

**Cidadania, jurisdição
e direitos humanos:
panorama internacional**

Organizadores:

- **Ricardo Maurício Freire Soares**
- **Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes**
- **Raissa Pimentel Silva**
- **Sadraque Oliveira Rios**

Cidadania, jurisdição e direitos humanos: panorama internacional

Colaboradores:

- **Adriana Prizreni**
- **Bruno Ricardo dos Santos Passos**
- **Diego Di Giuseppe**
- **Esmeralda Alborghetti**
- **Gábor Hamza**
- **Luigi Moccia**
- **Paulo Ferreira da Cunha**
- **Raffaele De Giorgi**
- **René Silva Almeida**
- **Ricardo Maurício Freire Soares**
- **Sadraque Oliveira Rios**
- **Samantha Mendonça Lins Bastos**
- **Stela Barbas**
- **Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes**



Salvador, Bahia, Brasil – 2017

Conselho Editorial

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Wilson Alves de Souza

Produção gráfica:

Couto Coelho – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*.

C569 Cidadania, jurisdição e direitos humanos: panorama internacional / Organizadores: Ricardo Maurício Freire Soares, Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes, Raissa Pimentel Silva e Sadraque Oliveira Rios. - Salvador: Ed. Paginae, 2017.
263 p.

Inclui bibliografia

ISBN: ISBN: 978-85-63784-85-8

1. Direito - Brasil. 2. Direitos humanos. 3. Jurisprudência. 4. Cidadania. I. Soares, Ricardo Maurício Freire. II. Mendes, Vera Lúcia Peixoto Santos. III. Silva, Raissa Pimentel. **IV.** Rios, Sadraque Oliveira. **V.** Título.

CDD: 341.481

Sumário

CAPÍTULO I

Il controllo sociale come dimensione dello stato democratico di diritto: storia ed esperienze attuali dai Balcani	9
– <i>Adriana Prizreni</i>	

CAPÍTULO II

A efetividade do direito à alimentação adequada no ordenamento jurídico brasileiro	21
– <i>Bruno Ricardo dos Santos Passos</i>	
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
1. Introdução	21
2. A dignidade da pessoa humana como marco axiológico do sistema constitucional brasileiro.....	23
3. O surgimento e a evolução dos direitos sociais.....	29
4. O direito às prestações positivas e negativas do Estado.....	35
5. A emergência do direito humano à alimentação adequada na conjuntura internacional e sua incorporação ao ordenamento brasileiro	37
6. A segurança alimentar e nutricional como uma diretriz fundamental para o fomento do DHAA.....	41
7. A problemática da efetividade e da justiciabilidade do direito à alimentação adequada.....	48
8. Considerações finais.....	53
Referências.....	55

CAPÍTULO III

Disinventare la sorveglianza nell'esecuzione penale: la fabbrica della sorveglianza	59
– <i>Diego Di Giuseppe</i>	
1. Disinventare la sorveglianza	59
2. Un centro di produzione di verità: il tribunale di sorveglianza	61

2.1. Il fascicolo	63
3. La messa a nudo di un fascicolo: il discorso ed i suoi effetti....	65
4. La messa a nudo di un fascicolo: il discorso e la temporalità..	70
5. La fabbrica della sorveglianza	73
Referencias.....	75

CAPÍTULO IV

Il Codice Civile Generale Austriaco (ABGB) – lavori

preparativi e caratteristiche generali	77
– <i>Gábor Hamza</i>	
1. I tentativi di unificazione del diritto privato.....	77
2. Il processo di elaborazione del Codice Civile Generale Austriaco (ABGB).....	81
3. Le caratteristiche generali del Codice Civile Generale Austriaco.....	83
4. L'influenza della scuola storica (historische rechtsschule) sull'uso del Codice Civile Generale Austriaco e sulla scienza giuridica (rechtswissenschaft).....	85
5. La riforma del Codice Civile Generale Austriaco nel XX Secolo.....	86
6. La riforma del Codice Civile Generale Austriaco nel XX Secolo.....	89
Referências.....	91

CAPÍTULO V

Formas da propriedade na tradição jurídica europeia.....

– <i>Luigi Moccia</i>	
– <i>Tradução de Ricardo Maurício Freire Soares e Esmeralda Alborghetti</i>	
1. O tema em geral	98
2. O tema em particular: “continuidade” e “descontinuidade” das formas proprietárias.....	100
3. Experiência romana e concepção unitária da propriedade	103
4. A experiência medieval e a ideia de propriedade-posse	107
5. Difusão europeia do modelo feudal de propriedade e teoria do domínio dividido na perspectiva do <i>revisiting</i> da comparação <i>civil law-common law</i>	117
6. Direito natural moderno e recomposição da concepção unitária de propriedade.....	123
7. O absolutismo do direito à propriedade: ascensão e declínio....	130

CAPÍTULO IX

Liberdade de pensamento sobre o transcendente na sociedade da informação: reflexões preliminares	141
– <i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	
1. Guerra de Convicções no <i>brave new world</i>	141
2. Coisas de César e coisas de Deus.....	147
3. Pela paz do pensamento.....	153

CAPÍTULO VI

Latinoamérica entre disensos y consensos: nuevos abordajes en la sociología jurídica	155
– <i>Raffaele de Giorgi</i>	

CAPÍTULO VII

A responsabilização internacional do Estado Brasileiro na Organização dos Estados Americanos – OEA – pela prática de tortura: a situação do sistema prisional e os direitos dos presos	173
– <i>René Silva Almeida</i>	
1. Introdução	173
2. Evolução histórica da tortura nas prisões.....	177
3. Sistema prisional brasileiro contemporâneo.....	180
4. A definição legal do crime de tortura.....	183
5. A responsabilidade do Estado Brasileiro frente a OEA pela prática de tortura no sistema prisional.....	187
6. Considerações finais.....	194
Referências.....	195

CAPÍTULO VIII

A possibilidade de realização de revista de empregados sob a ótica do dano moral: uma análise do deferimento de indenizações pela Justiça do Trabalho	197
– <i>Samantha Mendonça Lins Bastos</i>	
1. Introdução	197
2. Analisando o dano moral.....	198
2.1. O dano moral na Justiça do Trabalho	198
2.2. Elementos para a configuração do dano moral	200
3. A revista de empregados	202
3.1. A revista no direito brasileiro e seus tipos.....	202

3.2. Investigando a legitimidade: fundamentos e justificativas para a prática da revista	204
3.3. Os direitos envolvidos: conflito e solução.....	205
4. A análise casuística do dano moral na revista e a jurisprudência trabalhista.....	207
5. Conclusões.....	211
Referências.....	211

CAPÍTULO X

Direito à proteção da saúde	215
– <i>Stela Barbas</i>	
1. Introdução	215
2. Direito à saúde e dignidade da pessoa humana	218
3. A problemática da efetivação do direito à saúde.....	221
4. O direito à saúde e o correlativo dever de proteção da saúde.	223
5. Considerações finais	225

CAPÍTULO XI

Jurisdição constitucional e efetividade do direito à saúde: as experiências francesa e brasileira	227
– <i>Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes</i>	
– <i>Sdraque Oliveira Rios</i>	
1. Introdução	227
2. Os direitos fundamentais à luz da teoria do Estado Constitucional Democrático e da Teoria dos Princípios	229
3. O direito à saúde no sistema jurídico francês	240
4. O direito à saúde no sistema jurídico brasileiro.....	246
5. Efetividade do direito à saúde no Brasil.....	253
6. Considerações finais	258
Referências.....	259

Il controllo sociale come dimensione dello stato democratico di diritto: storia ed esperienze attuali dai Balcani

Adriana Prizreni*

I. Ringrazio l'Eccellentissimo Tribunale per aver rivolto a me, che non sono un teórico del diritto, ma neppure un giurista positivo, l'invito a parlare di un tema molto attuale e di grande interesse non solo giurídico, ma anche sociológico e, vorrei dire, storico.

(*) Professora e Pesquisadora. Estudou em Tirana, onde se formou em língua italiana e literatura. Trabalhou como intérprete e tradutora da Rádio Tirana no noticiário em língua italiana. Em 1992, viajou para a Itália, onde estudou na Universidade para Estrangeiros de Perugia. Nos anos seguintes, viveu na Itália, em Lecce, onde estudou Sociologia, Sociologia do Direito e Teoria dos Sistemas Sociais da Faculdade de Economia e Direito. Nos anos 1994-1999, participou nas atividades de investigação do Centro de Estudos do Risco da Universidade de Lecce (atualmente Università del Salento), operando sob mediação linguística e cultural. Realizou um trabalho como intérprete de instituições e de instituições públicas e privadas e continuou seus estudos sobre a teoria dos sistemas sociais. Em 2001 obteve bolsa para participar de três anos de Doutorado na pesquisa "Evolução dos sistemas jurídicos e novos direitos", estabelecida na Universidade de Lecce (Salento). Em 2004, recebeu o título de Doutor em Filosofia. De 2005 até 2008 trabalhou no Centro de Estudos de Risco como parte de projeto de pesquisa "Evolução dos sistemas jurídicos". Durante os anos de Doutorado e na atividade como titular de pesquisa, ocupou-se da História da Albânia, em especial o Kanun, as estruturas normativas das regiões montanhosas albanesas, história e cultura albanesa, interpretados através da observação de linguagem normativa. Em 2003, teve passagem pelo Max Planck Institut für europäische rechtsgeschichte de Frankfurt, onde estudou aspectos étnicos, culturais e políticos da diáspora albanesa, questões relacionadas aos importantes fluxos migratórios na história da Europa. Traduziu do albanês para o italiano obras de Mimoza Ahmeti, Migjeni, Kadare Ismail, Elezi Ismet, Blushi Ben e Edi Rama. Traduziu do italiano para o albanês as obras Sociedade Teoria de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi com longa apresentação e notas. Nos anos 2008-2010, ensinou "Língua albanesa, Instituições e Cultura", na Facoltà di Scienze Sociali, Politiche e del Territorio dell'Università del Salento. Atualmente, trabalha Sociologia das migrações, desenvolvimento social, com particular referência para a transformação de países de democracia recente na Europa Oriental. Também lida com a análise sociológica das políticas de migração na Europa e especialmente nos países do Mediterrâneo.

Si tratta di un tema che generalmente è trattato secondo una prospettiva eurocentrica del diritto e dello stato, e comunque, secondo una rappresentazione occidentale, cioè secondo una visione classica dei modelli dello Stato, i quali hanno avuto in Europa le loro formulazioni teoriche e le loro costruzioni storiche. Generalmente si riflette su questo tema nella consapevolezza che uno stato di diritto eserciti il controllo sociale secondo il sistema di norme che lo caratterizza, appunto, come uno Stato organizzato secondo il diritto. Poi si discute sui modelli di controllo sociale che possono essere più appropriati, oppure sulle forme della loro contaminazione.

Dopo la seconda guerra mondiale l'Europa, che aveva vissuto la tragedia del nazismo e del fascismo, cioè dello Stato autoritario, ha ricostituito al suo interno democrazie fondate sullo stato di diritto. Dalla fine degli anni ottanta, dopo il crollo degli stati che ruotavano intorno al regime sovietico, la maggior parte dei paesi dell'Europa dell'est, hanno organizzato la loro struttura istituzionale secondo i principi dello Stato di diritto e per quasi tutti questo presupposto ha costituito il primo requisito per la loro accettazione nell'Unione Europea. Questo percorso verso la ricostituzione dello stato di diritto e della forma democratica dell'organizzazione dello Stato si è potuto realizzare perché, nonostante le tragedie vissute per gran parte del secolo, le società dei singoli paesi europei non erano state lacerate da conflitti che le avessero rese estranee a se stesse. Quelle società avevano sperimentato violenza e repressione, fame e guerra, odio ed aggressione, ma avevano conservato ancora grandi spazi di coesione interna del loro tessuto sociale.

Proprio questa considerazione preliminare mi permette di riflettere sui concetti che sono espressi dal nostro tema generale: democrazia, trasparenza e controllo sociale secondo una prospettiva diversa da quella che, come dicevo, è generalmente utilizzata.

Vorrei utilizzare una prospettiva storico-istituzionale che fissa la sua attenzione sui Balcani. E questo naturalmente non solo perché la mia cultura si è formata in quella regione e le mie conoscenze sono più specifiche riguardo a quella realtà. Ma anche per altri motivi.

I Balcani costituiscono una regione che è situata geograficamente all'interno dell'Europa, ma la sua storia istituzionale è sempre stata esterna all'Europa, una specie di appendice, un mondo diverso, un

mondo verso il quale l'Europa ha sempre avuto una specie di diffidenza e di disinteresse.

Ma la storia dei Balcani è ricchissima: lungo il suo corso, i paesi balcanici hanno sperimentato forme diverse di organizzazione statale, hanno vissuto periodi di dominazione e di indipendenza, di servitù e di autonomia. Di questa storia sappiamo poco, oserei dire quasi nulla.

Per un costume giornalistico abituato a ricorrere a formule che si diffondono senza una consapevolezza piena del loro significato, siamo portati ad associare il termine Balcani ad una espressione che compare spesso nel lessico della politica e nella semantica politica: è il termine "balcanizzazione".

Questo termine viene utilizzato nel senso di frantumazione, di lacerazione; con esso si indica una condizione politica e sociale incontrollabile, nella quale è immanente il rischio di continue esplosioni di conflitti e di scontri, di guerre intestine, fratricide. Una specie di condizione tribale della politica e della organizzazione dello Stato.

Ma non si dice, naturalmente, che questa condizione è risultato storico delle frantumazioni praticate da poteri imperiali centralizzati nei loro scontri con altri poteri centralizzati; non si dice che essa è conseguenza delle violenze praticate per secoli nel tentativo di realizzare impossibili sogni imperiali di piccole potenze, un campo di secolari battaglie scaturite dall'uso politico imperiale delle differenze etnico-religiose e da ultimo è il risultato della violenza con cui sono state imposte religioni che erano anch'esse imperiali prima ancora di essere monoteiste. Questo, naturalmente, non si dice. E' molto più facile scrivere la storia imputando ai piccoli la colpa di non essere grandi e ai deboli la colpa di non aver saputo resistere alla prepotenza dei grandi e di non aver voluto differenziarsi dalla barbarie dei grandi.

Ai fini specifici del nostro seminario vorrei svolgere alcune riflessioni su questa storia per dimostrare le due ipotesi seguenti:

1°: organizzazioni autoritarie, politico-militari dello stato realizzano condizioni di un controllo sociale "balcanizzato", cioè di un controllo sociale che frantuma ogni possibile coesione sociale;

2°: quando la struttura della società è, appunto, "balcanizzata", anche se le condizioni formali dell'organizzazione dello stato

sono democratiche e appaiono regolate dal diritto, in realtà, non c'è nessuno spazio per la democrazia e per la trasparenza.

In sostanza vorrei poter dimostrare che la storia aiuta a prendere distanza dai modelli classici che usiamo per rappresentarci la realtà e che proprio per questo la storia aiuta a guardare la realtà con più preoccupazione e con più disincanto. Anche i paesi occidentali che non hanno avuto esperienze storiche come quelle dei Balcani possono "balcanizzare" le strutture della loro coesione sociale e in questo modo possono distruggere ogni spazio di democrazia possibile o reale, possono annullare nella realtà sociale ogni forma giuridica. La violenza della disuguaglianza che abbiamo sotto i nostri occhi può essere un esempio molto evidente.

Ritengo che considerazioni comparative ci permettono di ottenere conoscenze utili per uno sguardo più attento su aspetti della nostra realtà che rischiamo di non vedere.

II. In un suo contributo il grande scrittore albanese, Ismail Kadare, scrive che il nostro pianeta non è altro che un bazar di incomprensioni tra i diversi popoli e molto spesso tra i popoli vicini. Si tratta di incomprensioni che non hanno certo caratteri antropologici, ma che sono prodotte da politiche imperiali che le utilizzano sfruttando le differenze. La storia dei rapporti tra Europa e Balcani sembra caratterizzata da discordanze che si giustificano per l'incapacità europea a riconoscere la natura delle incomprensioni tra i paesi balcanici. Questo significa, però, anche che le discordanze tra l'Europa e i Balcani non si fondano su enigmi che non si possono spiegare, e che esse non sono neppure fatalità insuperabili ed eterne.

Secondo lo scrittore albanese, esse sono conseguenza di un fatto semplice e tragico allo stesso tempo: il fatto che all'Europa sia stato amputato un arto per un periodo di cinquecento anni, come lui scrive, il fatto che per mezzo millennio una parte dell'Europa sia stata estraniata da se stessa, diciamo noi, e che questa estraneazione sia stata usata contro se stessa. E' ciò che Kadare chiama "il grande inganno".

E' proprio per questo che i tentativi che la penisola balcanica avrebbe fatto per rientrare nel continente-madre non potevano essere privi di drammaticità. I popoli balcanici continuano ancora a restare alle porte dell'Europa: anche quelli che riescono ad entrarci non riescono a nascondere il segno che l'Impero ottomano gli ha inciso

nel corpo e nella mente. Per cinquecento anni, scrive Kadare, i popoli dei Balcani e l'Impero ottomano ordirono insieme uno dei più grandi inganni che avrebbero pesato su tutta la storia umana successiva. L'Impero ottomano fu un apparato statale militare tra i più completi mai esistiti. Sarebbe impossibile, però, concepire questo grande impero senza le popolazioni balcaniche e caucasiche che ad esso offrirono energia e linfa vitale ancora di più di quanto non facessero gli stessi turchi con i quali l'impero si identifica. I popoli balcanici divennero parte integrante, attiva, di quel complesso di potere e di sopraffazione; essi parteciparono alle sue imprese e si identificarono con i suoi trofei e con i suoi i suoi crimini. Non si trattò solo della islamizzazione forzata di popolazioni cristiane, ma della penetrazione lacerante di una amministrazione che sconvolse ogni stabilità sociale, giuridica, proprietaria, ogni ordine sociale che per generazioni aveva dato identità ai differenti popoli balcanici. Le comunità furono estraniare da quelle stabilità sociali e culturali nelle quali per secoli avevano sentito la loro identità e, in luogo delle differenze riconosciute e accettate, furono imposte differenze e identità che erano proprie del dominatore. I popoli si identificarono con il loro dominatore, usarono le sue imposizioni per fare violenza all'altro, per inventarsi come nemico il fratello, per ottenere il riconoscimento come nemici del proprio fratello, del proprio vicino.

Naturalmente le antiche identità, le forme dell'ordine che fin dall'antichità avevano dato senso alle relazioni sociali, i costumi che avevano dato un volto proprio alle differenti comunità, i contenuti simbolici nei quali si era condensata la riconoscibilità dei popoli, tutta quella normatività sociale che era impressa nella cultura, nei costumi, tutto questo sarebbe rimasto impresso nella terra dei padri, conficcato in profondità come radici. E come le radici degli alberi tengono in piedi i tronchi e i rami, così quelle radici nascoste e represses avrebbero alimentato una sotterranea religiosità dell'onore e dell'appartenenza. Quando fosse stata liberata, sarebbe esplosa come appartenenza etnica, nazionalismo, odio religioso, razzismo. Alle condizioni della società moderna possiamo dire che sarebbe emersa come tribalizzazione politica.

Possiamo riformulare questa nostra argomentazione con le espressioni di Kadare: *nei secoli XIX e XX, egli scrive, quando i popoli dei Balcani cominciarono a separarsi uno dopo l'altro dall'Impero, e dunque, quando giunse l'ora della memoria, ciascuno di questi popoli cominciò a*

dimenticare quella parte della storia che sarebbe stata chiamata "turpe", cioè la cooperazione, e a rievocare, invece, la parte che sarebbe stata chiamata "eroica", cioè quella delle rivolte. L'eroismo balcanico si personificava nello sciovinismo e nel nazionalismo: ogni comunità poteva innalzare la bandiera dell'odio come bandiera della propria differenza. Agli avversari veniva imputata "la vergogna balcanica". Ciascuno doveva essere avversario dell'altro. L'inganno storico diventava così la base, il presupposto di tutti i nazionalismi balcanici e allo stesso tempo il fuoco che li avrebbe continuamente riaccesi. Una psicosi collettiva nella quale sfociavano tante singole psicosi dell'annientamento e della distruzione.

Autoconvincimento e autoipnosi, dice ancora Kadare. Le idee nazionaliste partorirono dottrine feroci e disumane, guerre, genocidi. I Balcanici che per cinque secoli erano state vittime di un impero tetro e arretrato, diventarono loro stessi più tetri e arretrati di quell'impero.

III. Poi venne la guerra, o meglio, vennero le guerre. E fu un secolo di guerre. Dopo ogni guerra, ci fu la gelida violenza della pace. Per riprendere le parole di un famoso guerriero britannico di fronte alla occupazione dei romani, parole riportate da Tacito, possiamo senz'altro dire: *fecero un deserto e lo chiamarono pace.* Dopo la seconda guerra mondiale, sui Balcani si stese il grande manto dei regimi socialisti. I paesi erano stati smembrati, le differenze erano state represses, le distinzioni etniche erano legate insieme dai fili di un internazionalismo di cui solo pochi riuscivano a intuire la natura. Uno stato burocratico pienamente gestito da una élite militar-ideologica, costruì reti di controllo che penetravano in tutti gli spazi della coesistenza sociale, in particolare negli spazi privati o, meglio, in quelli che i singoli ritenevano fossero privati. Si controllava l'agire, l'espressione del pensiero e il pensiero stesso. Si controllavano i movimenti delle persone e dei beni, l'educazione e il corpo, l'estetica e il gusto. E poiché i regimi erano costruiti in nome del popolo e per il popolo lavoratore, essi erano rappresentati come democratici, la trasparenza era totale, assoluta. I processi si celebravano davanti al popolo, la cultura era del popolo, la difesa era del popolo e la libertà era del popolo. L'universale controllo e l'universale accettazione. L'apparenza di una stabilità inamovibile era consolidata dalla possibilità di accesso di tutti ai beni sociali: lavoro, scuola, salute, assistenza, cultura fino ai livelli più alti, emancipazione dalle vecchie schiavitù. Naturalmente

le nuove uguaglianze producevano nuove disuguaglianze, ma queste potevano essere dimenticate perché portavano con sé il peso del passato. E queste società sognavano il futuro. Un incontenibile paradosso: il presente faceva sognare il futuro, ma il futuro era il sogno della emancipazione dal presente. Lo stato era l'organizzazione militar-burocratica del Partito e il Partito era la grande famiglia della protezione, della sicurezza, della tutela dei singoli e della collettività. Questa integrazione di Partito e Stato occupava tutto lo spazio pubblico e privato, essa non aveva alternative e non poteva tollerare alternative. Essa era il custode delle condizioni di possibilità dell'esistenza dei singoli in quanto singoli e della collettività come luogo naturale della socialità dei singoli. Questa funzione era universale. Essa non poteva tollerare nulla che fosse *altro*, diverso. Ogni differenza era estraneità: l'uguale e il diverso potevano essere costruiti solo all'interno della universalità, all'interno del Partito e dello Stato. I quali diventavano così, naturalmente, fabbrica dell'esclusione, fabbrica del rigetto, della estraneità, della eliminazione. L'universalità della funzione del Partito e dello Stato costringeva a trattare ogni differenza come minaccia. La minaccia poteva essere presente in ogni momento, in ogni persona, in ogni manifestazione del pensiero, in ogni gesto. E allora tutto doveva essere interpretato, decodificato, naturalmente dal punto di vista dell'interesse generale, cioè della universalità.

Un ruolo particolarmente importante aveva l'educazione. Essa doveva essere educazione alla accettazione, alla condivisione, alla socializzazione dell'ideale, del fine, dell'obiettivo. Essa doveva essere un percorso che portava ad apprendere ad obbedire, a non pensare, perché pensare poteva significare mettere in dubbio e quindi non accettare e il rifiuto era interpretato come minaccia.

Dopo secoli di islamizzazione; dopo secoli nei quali la macchina dello stato era stata organizzata come un complesso meccanismo burocratico feudal-militare e la politica come esercizio autoritario della volontà di potere; dopo secoli nei quali il controllo sociale era stato esercitato come controllo della natura delle persone e delle loro differenze, nel secolo ventesimo si tornava ancora una volta ad una forma rozza e arcaica di controllo sociale. Nei secoli oscuri della occupazione ottomana, il controllo sociale era dato dai vincoli della stratificazione sociale, dalle catene della sopraffazione di tutti coloro che erano esclusi dalla socialità e dalla violenza dell'inclusione di coloro che erano coinvolti nella burocrazia militare che si univa ad un

potere di tipo feudale. Il controllo si esercitava attraverso la tribalizzazione dei poteri territoriali e la minaccia della reciproca soppressione, la quale era attivata e contenuta dalla esistenza dell'impero. Il potere esercitava il controllo di persone su non-persone. Nel secolo ventesimo, invece, il controllo sociale era esercitato da uguali su uguali, da membri della società su membri della società: ma ancora una volta in modo rozzo e arcaico. Il controllo richiedeva la continua osservazione, il controllo si manifestava come impedimento, come criminalizzazione, come minaccia di pubblica menzogna, di falsità pubblica. Poiché il mondo era nemico e il mondo era pieno di nemici, il controllo sociale doveva impedire la loro penetrazione all'interno della società. E poiché questa minaccia di inquinamento era sempre presente, tutti avevano interesse a stabilizzare i confini della società e a tenere fuori la minaccia. Ciascuno poteva essere nemico dell'altro. Qui l'uguaglianza di tutti implicava l'uguale minaccia da parte di ciascuno. Non c'erano sfere di protezione o di immunizzazione. Anche gli osservatori venivano osservati, anche i controllori erano controllati: ciascuno poteva essere il nemico. E poiché il nemico esiste, così come per la religione esiste il diavolo, era continuamente necessario indicarlo, dire dove si nascondeva, dire chi era in quel momento. E perché il nemico fosse individuato era sufficiente che qualcuno potesse essere considerato come uno che poteva essere il nemico. Il controllo sociale diventava esso stesso incontrollabile. Esso poteva resistere solo come terrore.

L'inquisizione fu terrore, la notte ottomana fu terrore, l'uguaglianza socialista fu terrore. Sempre il terrore ha usato il diritto; sempre il diritto ha usato i processi e sempre i processi hanno usato le prove. E sempre i regimi hanno lacerato, frantumato, la socialità e la individualità perché hanno indirizzato il controllo sui singoli, sulle manifestazioni della loro individualità, della loro particolarità, fino ad includere i gesti, i corpi, le parole e fino a tentare di intervenire sui pensieri. Essi hanno tribalizzato gli stati, i gruppi, le unità etniche, le famiglie, i singoli, le opinioni, le ideologie. Il diritto ha fornito ai regimi la esterna legittimazione del tribalismo delle loro forme di potere.

E' chiaro che chiamiamo **tribalismo** ciò che più sopra abbiamo definito **balcanizzazione**. Lì abbiamo usato il termine in relazione ad una regione, qui lo usiamo in relazione alla arcaicità della sua collocazione. Il concetto è lo stesso.

IV. Poi è venuta la democrazia. Finalmente la democrazia di tipo occidentale. I regimi si sono frantumati, le loro stabilità si sono disintegrate, l'ideologia ha lasciato libero spazio alla varietà di descrizioni dell'interesse comune, del bene comune, del futuro delle società, le vecchie differenze nella natura delle persone e le meno vecchie differenze tra eroi del popolo e nemici del popolo hanno ceduto il posto alle più moderne manifestazioni di ciò che si chiama democrazia. In tutti gli stati dove si erano consumati i vecchi regimi si sono organizzati partiti, movimenti, gruppi, associazioni, chiese, poteri deboli e poteri forti. Codici, Corti e apparati giudiziari, liberi mercati e libero scambio di idee. Tribunali amministrativi e tribunali elettorali, legislazioni fiscali e leggi elettorali, parlamenti e apparati di controllo. In alcuni stati sono cambiati solo i nomi delle istituzioni, ma non coloro che le avrebbero gestite, perché molti hanno compreso per tempo che era giunto il momento di rivoltarsi contro ciò che avevano fatto fino ad allora; in altri sono cambiate le persone e in una certa misura anche il volto delle istituzioni. In alcuni stati si è materializzata la violenza contro gli aguzzini dei vecchi regimi, in altri stati ci sono stati processi sommari, in genere è prevalsa la pratica della pacificazione. Una pratica fortemente auspicata dall'Europa, che a sua volta è fortemente interessata alla stabilità democratica dei paesi di nuova democrazia, come si dice. Diciamo pure una pratica del nascondere, in un certo senso del dimenticare, della archiviazione giuridica. La fine del secolo scorso non voleva rivivere ciò che aveva vissuto a Norimberga alla fine degli anni quaranta. Non c'era stata una guerra, il nemico si era autoconsumato, i morti c'erano già stati nei decenni precedenti e nessuno li aveva contati, non c'erano grandi stati da ricostituire, le economie – proprio perché erano economie di sopravvivenza – continuavano a sopravvivere, l'Unione Sovietica si era trasformata, il ritiro dei suoi eserciti dall'Europa era stato ben pagato. I Balcani potevano dimenticare se stessi ed essere dimenticati. Potevano essere abbandonati a se stessi. E così fu, in realtà.

Le nuove democrazie si erano appena costituite e cominciarono a sbranarsi reciprocamente. Rinacque la vecchia "vergogna dei Balcani" che ciascuno imputava all'altro, rinacquero i nazionalismi più brutali, i razzismi e gli antichi odi etnici e religiosi. Riesplosero tutti gli antichi, mai sopiti, risentimenti per le ferite che le paci siglate dopo ogni guerra avevano inferto ai territori, alle identità, alle etnie, alle patrie; riesplose la feroce bramosia di distruzione e di annientamento

di coloro che tentavano di liberarsi dalle sudditanze imposte, dalle artificiali divisioni, dalla ignoranza o dalla furbizia della politica di coloro che di volta in volta erano stati i vincitori. Una esplosione i cui l'Europa e l'Occidente si accorsero quando ormai la "vergogna dei Balcani" ricadeva su di loro, capaci, come credevano di essere, di esportare la democrazia e incapaci, come realmente furono, di fermare un genocidio che durava da anni. Da quella esplosione nacquero nuovi stati, nuove piccole democrazie: alcune furono assorbite all'interno dell'Europa, altre rimasero ai margini, dove sono tutt'ora nel limbo di un'attesa che comincia a legittimare ancora una volta il fatto che sui recenti deserti riappare il chiarore della mezza. Un chiarore che si estende sugli spazi abbandonati con l'offerta di beni materiali e di beni culturali. Mentre su di esso sembra abbattersi proprio in questi giorni la furia di un'altra primavera.

In questi paesi c'è un diritto, c'è uno stato di diritto, ci sono democrazie parlamentari. Il controllo sociale si realizza attraverso poteri che hanno la forza di intimidire, che controllano il mercato del lavoro che, in generale è un mercato della esportazione, quasi sempre clandestina, di forza lavoro. Si è stabilizzata una divisione etnica della occupazione nel mondo del lavoro nero e nel mondo dello sfruttamento dei corpi, nel mondo della criminalità organizzata e della criminalità comune. Populismi consumano il sangue delle istituzioni democratiche e le costringono a fungere da copertura legittimante dell'accecamento e della distruzione dell'opinione pubblica e ad agire come strutture di canalizzazione dei flussi della corruzione. A queste condizioni il mercato del consenso opera come il mercato della droga.

La politica si è ritribalizzata, l'avversario politico deve essere anientato, deve essere reso impotente: basta guardare ai tribunali della Russia di Putin o, meglio, alle carceri di quel paese, basta guardare alla stranezza di alcune morti in Inghilterra, alle grandi fortune dei nuovi professionisti della politica, ai suicidi per depressione di alcuni che avevano avuto il coraggio di pensare di opporsi ai nuovi poteri.

Se un grande giornale brasiliano come *O Estado de S. Paulo*, domenica scorsa, poteva pubblicare un articolo ben informato dal titolo: *A irrelevância da eleição presidencial no Irã*, nel mio paese, in Albania, la compra-vendita di deputati serve per mantenere in piedi un regime al quale neppure il sistema del diritto riesce ad offrire legittimazione, in Ungheria si è imposto un governo che evoca atroci esperimenti

del secolo scorso, questi soli esempi possono dare l'idea delle capacità dello stato di diritto di mantenere trasparenza, di coniugarsi con la democrazia, di realizzare quel controllo sociale tipicamente moderno che è garantito da una opinione pubblica capace di scandalizzarsi di quello che accade sotto i suoi occhi.

Le nuove democrazie di paesi nei quali la coesione sociale è stata per secoli balcanizzata in modi differenti tendono ad attivare forme di autoimmunizzazione contro l'opinione pubblica democratica e contro la reciproca autonomia del diritto e della politica: contro quelle forme di organizzazione del consenso e di canalizzazione dei conflitti che caratterizzano la complessità della società moderna e la garantiscono. E' proprio la garanzia delle forme di mantenimento della complessità il reale presupposto della trasparenza.

A efetividade do direito à alimentação adequada no ordenamento jurídico brasileiro

Bruno Ricardo dos Santos Passos*

Ricardo Maurício Freire Soares**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A dignidade da pessoa humana como marco axiológico do sistema constitucional brasileiro; 3 O surgimento e a evolução dos direitos sociais; 4 O direito às prestações positivas e negativas do estado; 5 A emergência do direito humano à alimentação adequada na conjuntura internacional e sua incorporação ao ordenamento brasileiro; 6 A segurança alimentar e nutricional como uma diretriz fundamental para o fomento do DHAA; 7 A problemática da efetividade e da justiciabilidade do direito à alimentação adequada; 8 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante de um cenário mundial extremamente preocupante no que tange às violações à dignidade do homem e aos direitos humanos,

(*) Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduação em Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia/UFBA. Advogado e professor universitário. E-mail: brspassos@gmail.com

(**) Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor-visitante em diversas instituições: Università degli Studi Roma Tre, Università Degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Universidade Autónoma de Lisboa e Martin-Luther-Universitat. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

que se acentuaram no século XX, sobretudo em decorrência das duas grandes guerras mundiais, surge a necessidade de melhor garantir e uniformizar tais valores e direitos como uma diretriz e um referencial ético de orientação a toda a ordem internacional.

Diante do fracasso na anterior Liga das Nações, emerge então a Organização das Nações Unidas (ONU) e, logo em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que erigiu a dignidade da pessoa humana como um objetivo a ser alcançado em escala global, bem como elencou o rol primário dos direitos humanos fundamentais a serem protegidos em escala global e, no seu art. 25, assegurou o Direito à Alimentação como um pressuposto do Direito à Vida, à Saúde e ao bem-estar social.

No Brasil, em completa harmonia com os preceitos defendidos pela ordem jurídica internacional, entra em vigor a Constituição Federal de 1988 (CF/88), como uma resposta do processo de redemocratização política proveniente do fim da ditadura militar. Consolida os direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles a vida e a saúde, orientando a atuação estatal à sua proteção, tendo a dignidade humana como um fundamento basilar a ser alcançado.

No entanto, parece haver um grande abismo que separa a mera positivação de um direito fundamental e o seu pleno exercício. Em que pese as obrigações estatais estarem evidenciadas, são muitos os obstáculos à sua materialização. A proteção expressa dos direitos fundamentais e sociais na ordem constitucional brasileira provocou o inevitável crescimento das tarefas Estatais, sobretudo no reconhecimento e na garantia destes direitos, exigindo a atuação através de ações estatais positivas materializadas pelas políticas públicas.

Os direitos são o produto de um processo de conquista social em resposta a um cenário de violação. E neste contexto, o surgimento do Direito à Alimentação Adequada é fruto da constatação de que a fome é um grave problema global, agravante das violações à dignidade humana, em que pese já restar comprovado que o nosso planeta possui o potencial necessário para erradicar a fome em definitivo. No entanto, ainda hoje, milhões de indivíduos ainda morrem em decorrência da fome e da desnutrição.

A partir deste contexto, propõe-se neste artigo tecer uma análise crítica sob o Direito à Alimentação Adequada na ordem jurídica

brasileira, à luz da Constituição Federal de 1988, evidenciando alguns dos mais relevantes obstáculos enfrentados à efetivação deste Direito.

Neste sentido, o presente trabalho está subdividido em seis partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira se evidencia a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e o seu contexto histórico. Na segunda parte se discute o surgimento dos direitos sociais jusfundamentais. Na terceira, será traçada uma reflexão acerca dos direitos à prestação positiva e negativa. Na quarta, se evidenciará o surgimento do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) do cenário internacional até a sua internalização ao direito brasileiro.

Em seguida, na quinta seção, será posta em discussão noções importantes sobre a Segurança Alimentar e Nutricional como uma diretriz fundamental para o fomento do Direito à Alimentação e, na sexta e última parte, buscaremos descrever noções importantes sobre a problemática acerca da efetividade e da justiciabilidade deste Direito.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MARCO AXIOLÓGICO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Uma das tendências mais marcantes do pensamento jurídico contemporâneo reside na convicção de que o fundamento do sistema jurídico não deve ser procurado na esfera metafísica do cosmos, da revelação religiosa ou da estrutura de uma razão humana universal. Tais argumentos jusnaturalistas, baseados na existência de supostos direitos naturais, revelam-se inadequados em face da constatação de que a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica e, portanto, vinculada ao plano histórico-cultural da convivência humana. De outro lado, consolida-se o entendimento de que o fenômeno jurídico também não pode ser justificado pela manutenção de um conjunto meramente formal de regras jurídicas, apartadas do mundo dos fatos e valores, como sugere o idealismo típico das diversas doutrinas positivistas, que promovem o distanciamento social e o esvaziamento ético do Direito.

Diante dos limites do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a ciência jurídica atual vem buscando formular novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a

compreensão de suas múltiplas dimensões – normativa, fática e valorativa – e a realização ordenada da justiça no âmbito das relações concretas. Esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, intitulado de pós-positivismo jurídico – vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, outrora abandonados, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social.

Como expressão do pós-positivismo no Direito Constitucional, a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico-político que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo.

Para tanto, o neoconstitucionalismo pressupõe o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substancialista, ancorada numa prévia ontologia cultural e que se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda-se em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo pós-moderno.

Com o neoconstitucionalismo, ocorre também o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerado um diploma de valor meramente programático e superficial, passando a operar com uma normatividade jurídica de eficácia direta e imediata. Como bem salienta Dirley Cunha Júnior¹, a Constituição deixou de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como um diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas. Isto porque a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão se conformar quanto ao modo de elaboração (compatibilidade formal) e quanto à matéria (compatibilidade material).

Verifica-se que o movimento neoconstitucionalista, com a internalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando

1. CUNHA JÚNIOR Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 32.

na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. A legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna, cujo parâmetro é a Constituição, e de crítica externa, cujo parâmetro é o substrato axiológico da moralidade social.

Como salienta Maria Moraes,² tais princípios jurídicos, extraídos da cultura, exprimem a consciência social, o ideal ético e, portanto, a noção de justiça presente na sociedade, figurando, portanto, como valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização principiológica, através da qual a Constituição passa a representar o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto axiológico fundamental da convivência coletiva.

Com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo uma inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Partindo-se da etimologia do vocábulo “dignidade”, verifica-se que o termo está associado ao latim *dignitas*, que significa “valor

2. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”. Daí provém o entendimento de que o ser humano é um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de converter-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos, políticos e ideológicos.

Sendo assim, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante. Assim sendo, a promoção do Direito à Alimentação Adequada fomenta a restauração da dignidade do indivíduo.

Segundo Ingo Sarlet³, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto a proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, a exemplo da fome e pobreza extrema, como também aqueles que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No que tange à origem deste novo processo de positivação do direito justo, é importante elucidar que, antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, a dignidade da pessoa humana já figurava como um valor ético que brotou da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço. Daí porque, longe de ser enclausurada como um ideal metafísico, absoluto e invariável, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido em sua dimensão histórico-cultural.

3. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Nesse sentido, assinala Aquiles Guimarães⁴ que a defesa da dignidade humana gira em torno dos valores constitutivos da estrutura ontológica da pessoa humana, enquanto ser situado numa ambiência histórico-cultural cambiante. Daí porque a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um constructo cultural, que espelha as exigências deontológicas fundamentais em prol do ser humano, variando no tempo e no espaço.

No pensamento filosófico da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana estava relacionada com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade.

Durante o período medieval, segundo a religião cristã, o ser humano foi criado à imagem e semelhança da Divindade, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é inerente, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. Destacou-se o pensamento de Tomás de Aquino, o qual chegou a referir expressamente o termo *dignitas* humana, ratificado, já em plena Renascença, pelo humanista italiano Pico Della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, postulou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.

No âmbito do pensamento jusnaturalista do século XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental, da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Dessa concepção jusnaturalista decorreu a constatação de que uma ordem constitucional que consagra a dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que

4. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81.

devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Após o refluxo da preocupação filosófica pela dignidade humana, por força do cientificismo positivista do século XIX, ocorre a retomada do debate. Como bem refere Peces-Barba Martínez⁵, a luta pela afirmação da dignidade da pessoa humana como fonte dos direitos fundamentais do cidadão fora robustecida em meados do século XX após a traumática experiência totalitária da Segunda Guerra Mundial. Tratou-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, erigindo o respeito à condição do ser humano como valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Decerto, os grandes textos normativos desse período histórico passaram a reconhecer a ideia da dignidade da pessoa humana, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no plano específico do Direito Nacional de cada Estado soberano. A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos correlatos, sobretudo no Ocidente, seguiu-se o fenômeno da constitucionalização desses direitos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, de direitos fundamentais, ampliando a possibilidade de garantia e da sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.

O sistema constitucional brasileiro também fora influenciado por esses novos sopros libertários, tendentes à emancipação do ser humano, através do respeito à dignidade intrínseca, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, gestada no contexto político-social de redemocratização do país, após o longo período autocrático da ditadura militar.

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988 no seu artigo 1º, inciso III, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, orientando a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais.

5. PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

Desse modo, as demais normas da Constituição e de toda a ordem jurídica não de ser interpretadas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. O sistema constitucional encontra coerência substancial partindo da dignidade da pessoa humana e a ela retornando, nela fundando a sua unidade material. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido de certo texto normativo, deve-se priorizar aquela que torne o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana mais eficaz, ao mesmo tempo em que cada norma jurídica se encontra mais bem fundamentada e legitimada quanto mais concretizá-lo diante de um caso concreto.

Neste sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan⁶, ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade axiológica de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências éticas de justiça de todo o sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, além de fundamentar os direitos individuais, como a vida, a liberdade e a igualdade, a dignidade humana expandiu seu raio de influência aos chamados direitos sociais, a exemplo da saúde, da educação e do próprio Direito à Alimentação que, quando não satisfeito, submete o indivíduo à mais severas violações da sua existência.

Uma vez esclarecida a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para a sociedade contemporânea como um valor supremo e critério de interpretação e configuração de todo o ordenamento brasileiro, sobretudo dos direitos fundamentais, cabe melhor delimitar a evolução dos direitos sociais jusfundamentais, campo de estudo que justifica a proteção do Direito à Alimentação Adequada.

3. O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

ao longo da história da humanidade, em diversas épocas o homem se viu privado do gozo de direitos fundamentais. Entretanto, pode-se

6. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

dizer que as primeiras discussões sobre a necessidade da proteção dos direitos sociais tiveram início no século XVIII, em decorrência da Revolução Industrial. Tal marco histórico definiu a ruptura entre a Idade Média e a Idade Moderna. Por meio do processo de industrialização, trabalhadores foram submetidos a condições de trabalho desumanas, ambientes insalubres, jornadas intermináveis e remunerações precárias.

A priorização da mecanização e da automação na produção das indústrias culminou com a desvalorização do trabalho humano e consequentemente com a sua excessiva exploração e com o desemprego, disseminando extrema desigualdade social. Os trabalhadores eram compelidos a laborarem nas fábricas sem as condições mínimas de dignidade, com jornadas de trabalho exorbitantes e salários incapazes de manter as necessidades vitais.

Em uma época de um Estado não regulador, o liberalismo econômico ganha força como mais uma causa preponderante para a desigualdade material, onde incentivou a concorrência de mercado desenfreada sem a ingerência do Estado. Tal circunstância proporcionou um acúmulo desproporcional de riqueza inimaginável em épocas anteriores, e, em contraponto, favoreceu a grave exploração da mão de obra operária, com base na lei da oferta e da procura.

A supressão extrema dos direitos sociais fora agravada após o período que envolveu as duas grandes guerras mundiais, na Europa. O nazismo e o fascismo ascenderam ao poder com o respaldo do pensamento positivista e promoveram uma verdadeira barbárie aos direitos humanos. Minorias foram perseguidas e punidas em sua dignidade por um discurso ideológico infundado do Estado, que prezava pela hierarquia entre os homens e a prevalência de uma raça entendida como “superior”.

Com o pós-guerra, emergiu-se um cenário de constatação e reconstrução dos direitos humanos, como modelo para orientar a proteção por toda a ordem internacional contemporânea. Iniciaram as primeiras declarações mundiais de proteção aos direitos humanos individuais e sociais, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, com adesão expressa de diversas nações mundiais. Em consequência, no âmbito do Direito Constitucional Ocidental, sobretudo no século XX, surgem os primeiros textos constitucionais

abertos à abordagem principiológica, dotados de grande carga axiológica, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor orientador, um “superprincípio”⁷.

O ponto culminante para a garantia dos direitos sociais se materializa com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948. Flávia Piovesan acrescenta que esse processo de “juridicização” da Declaração só fora concluído em 1966, com a construção de dois tratados internacionais distintos no âmbito da ONU, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que detalharam ainda mais os direitos integrantes da Declaração Universal, na forma de preceitos que são juridicamente obrigatórios e vinculantes aos Estados⁸.

A proteção dos direitos sociais visa à garantia da autonomia plena do indivíduo enquanto sujeito de direitos, tendo como base a dignidade humana, um direito de qualquer criatura racional. Neste sentido, a plena efetivação dos direitos sociais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas também uma obrigação jurídica, fundamentada em tratados internacionais de proteção, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ao qual aderiu o Estado Brasileiro⁹.

Considerando o processo de origem do constitucionalismo, que emerge concomitantemente à adesão dos direitos sociais nas Cartas Mundiais, eles são chamados de direitos de segunda dimensão ou geração¹⁰. A primeira dimensão surge com a proteção dos direitos individuais, pautados nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade sustentados pela Revolução Francesa no século XVIII. São os direitos

7. PIOVESAN, Flávia & CONTI, Irio Luiz (org). **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.21.

8. *Ibidem*, p.27.

9. O PIDESC fora ratificado pelo Governo Brasileiro mediante o Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 11/02/16.

10. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p.05.

de resistência ou de oposição perante o Estado¹¹, também chamado de direitos negativos.

Mas a segunda dimensão dos direitos humanos, os direitos sociais, são atribuídos aos impactos da industrialização no século XIX e dos graves problemas sociais e econômicos que o acompanharam, que culminaram com diversas revoluções sociais. Conforme pontua Ingo Sarlet¹², a expressão “social” agregada aos direitos, é fruto da densificação do princípio da justiça social, e que exigem uma atuação positiva do Estado, sendo direitos de cunho prestacional.

No contexto brasileiro, a proteção aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, mais precisamente no seu art. 6º, é um reflexo da superação de um momento político delicado de restrição de direitos proporcionada pela Ditadura Militar, conforme esclarece Sarlet:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar¹³.

Entra em vigor então a Constituição Federal de 1988, apresentando conteúdo revolucionário e de vanguarda, festejada inclusive no cenário mundial, que acabou por positivar todos os direitos humanos constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo em título próprio do texto constitucional, os direitos e garantias fundamentais, subdivididas em capítulos que asseguram os direitos individuais (art. 5º) e os direitos sociais (art. 6º).

De forma histórica na evolução constitucional, uma Carta Magna brasileira apresentou um rol tão exaustivo de direitos fundamentais

11. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.46-7.

12. SARLET, Ingo Wolfgang., 2012, p.47-8.

13. *Ibidem*, p. 63.

a serem observados pelo Estado e por toda sociedade, ratificando de forma expressa a adesão à Carta Mundial de Direitos Humanos e seus tratados. Em paralelo, atribuiu caráter perpétuo a estes preceitos fundamentais, sedimentados como cláusulas pétreas, descritas no art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88.

Diante do surgimento de inúmeros direitos sociais, mesmo após a promulgação da CF/88 e que foram posteriormente incorporados a ela mediante Emenda Constitucional, como é o caso do Direito à Alimentação, muitos autores, a exemplo de Dimitri Dimoulis, criticam o suposto caráter dirigente da inovadora Constituição vigente, apontando o principal obstáculo que se configuraria à satisfação dos direitos sociais, qual seja, a sua efetivação:

As principais críticas formuladas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 relacionam-se aos direitos sociais. Juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais (conservadoras, do ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa à garantia do *status quo ante* social) rejeitam o caráter “dirigente” da Constituição, condenam a “inflação de direitos” e principalmente a extensão dos direitos sociais, sugerindo de forma aberta ou encoberta o retorno a um regime de garantia quase ilimitada das liberdades individuais. De forma contrária, autores que adotam posições “socialmente progressistas” reclamam da falta de efetivação dos direitos fundamentais e principalmente dos direitos sociais¹⁴.

Pode-se considerar que a problemática da efetivação plena dos direitos sociais é um problema inerente a todas as dimensões de direitos, pois, sob a abordagem de uma análise econômica, todos os direitos possuem um custo, tanto direto quanto indireto, o que exige do Estado esforço orçamentário significativo. A proteção à propriedade privada, a garantia da saúde pública, da segurança pública, e, de igual forma, da segurança alimentar e nutricional, por exemplo, por mais fundamentais que sejam, exigem a destinação de recursos para a implementação das políticas públicas necessárias.

14. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p.25.

Ocorre que, de fato, não se pode negar que os recursos públicos são escassos¹⁵, ao passo que as necessidades coletivas são exponenciais. E por este motivo é necessário encarar de forma realista, com certa prudência e ceticismo o reconhecimento de novos direitos e o seu discurso muitas vezes panfletário, diante do risco da banalização e perda da própria fundamentalidade, o que ameaça toda a ordem constitucional.

Em que pese as críticas evidenciadas, que merecem toda a consideração para motivar o empoderamento social para a fiscalização constante e ininterrupta da atuação estatal, a plena efetivação do direito social é um objetivo a ser alcançado, pois, “a vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais”¹⁶.

O processo do constitucionalismo dos direitos sociais na ordem jurídica brasileira, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, tem também o objetivo de irradiar sua aplicação a todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, orientando a atuação do legislador e do judiciário na pacificação dos conflitos buscando sempre a justiça social. Demonstra que a escolha do Poder Constituinte não fora aleatória, mas sim, buscou direcionar a atuação Estatal e as relações em sociedade.

Como bem delimitado por Flávia Piovesan¹⁷, a Constituição de 1988 acolheu a tese da “universalidade dos direitos humanos”, considerando que “consagra o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988”.

Entretanto, não se pode perder de vista que a mera consagração formal de direitos sociais não garante a sua plena e efetiva satisfação,

-
15. A título de sugestão para uma melhor abordagem do tema, sugerimos a obra: GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
 16. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.55.
 17. PIOVESAN, Flávia & CONTI, Irio Luiz (org). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.35.

o que se evidencia como o mais importante desafio da ordem jurídica contemporânea. E uma das causas preponderantes é que a sua implementação se dá através de políticas públicas, ou seja, através de prestações positivas por parte do Estado, visando a promoção da justiça e do bem estar social.

4. O DIREITO ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS E NEGATIVAS DO ESTADO

Os direitos fundamentais são classificados basicamente em direitos de *status* positivo e de *status* negativo. Trata-se da teoria do *status* de Georg Jellinek, que serviu de referência para a teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy¹⁸. O *status* seria identificado como uma “relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Ele expressa como conteúdo o “ser” e não o “ter” jurídico do indivíduo.

Segundo o doutrinador alemão¹⁹, o *status* negativo corresponde à faculdade do indivíduo de resguardar sua individualidade contra a atuação do Estado, um direito de resistência às liberdades não protegidas. Informa que os direitos às prestações negativa, que integram o conceito de direitos a algo, subdivide-se em direitos ao não embaraço de ações, direitos a não-afetação de situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas.

Em todas estas situações identificam-se restrições à atuação do Estado limitando-o e impossibilitando-o de intervir na esfera individual do ser humano, bem como criando óbice para que ele (o Estado) não dificulte o acesso às mesmas condições mínimas de sobrevivência atribuída a todos os indivíduos.

De acordo com Dimitri Dimoulis²⁰, trata o *status negativus* de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. O indivíduo pode repelir eventual interferência do Estado, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece, logicamente, limitando as possibilidades de atuação do Estado.

18. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.254-5.

19. *Ibidem*, p.258-260.

20. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

A internalização desta doutrina pode ser compreendida, por exemplo, por meio da previsão do inciso II do artigo 5º, onde prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, como uma proteção contra o arbítrio estatal.

Contudo, de maior relevância aos objetivos deste trabalho são as discussões em torno dos direitos de *status positivus* ou prestações estatais positivas. Os direitos sociais são definidos na doutrina como aqueles que tenham como objeto a efetiva exigibilidade de prestações materiais estatais em sentido estrito, com objetivo de promover a justiça e o bem-estar social, buscando assegurar as condições mínimas de uma existência digna.

E nesta mesma compreensão, Dimoulis²¹ descreve que a categoria dos direitos de *status positivus*, comumente chamados de direitos sociais ou a prestações estatais, inclui os direitos que permitem aos indivíduos exigirem determinada atuação Estatal, com objetivo de melhorar as suas condições de vida, garantindo substratos materiais necessários para o exercício da liberdade plena, incluindo as liberdades de *status negativus*. Segundo ele, a expressão “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida de toda a população e seus segmentos, de forma igualitária, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social.

Considerando que os direitos sociais são materializados através de prestações positivas por parte do Estado, se torna evidente de que necessitam da atuação política estatal por meio de políticas públicas eficazes e integradoras, de caráter estrutural e interdisciplinar, um grande desafio contemporâneo.

É importante salientar que a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais por meio das prestações positivas corresponde a uma obrigação do Estado e não se pode perder de vista que sem a completa efetivação dos direitos sociais, a exemplo do Direito à Alimentação Adequada, não se satisfazem os direitos fundamentais mais primários do indivíduo, a exemplo da vida, da saúde e da liberdade.

Pode-se concluir que os direitos a prestações estatais positivas são atuações direcionadas à promoção da efetiva garantia e satisfação

21. *Ibidem*, p.51.

dos direitos fundamentais sociais, restabelecendo o equilíbrio entre os indivíduos, em busca da promoção da justiça, erradicação das desigualdades sociais e instauração de um efetivo bem estar aos cidadãos.

5. A EMERGÊNCIA DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NA CONJUNTURA INTERNACIONAL E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO

As primeiras discussões sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) remontam ao período posterior às duas grandes guerras mundiais, em que submeteram milhões de indivíduo a situações de extrema violação aos seus direitos mais primários e vitais. O alimento passou a ser utilizado pelas grandes nações como questão de soberania face às demais, instaurando-se grandes latifúndios e disseminando um quadro de grande desigualdade social e de fome.

Diante de um cenário mundial extremamente preocupante no que tange às violações à dignidade humana e aos direitos humanos, sobretudo no pós-guerra, emergiu-se a necessidade de garantir e uniformizar os valores dos direitos humanos como uma diretriz, um referencial ético de orientação a toda a ordem internacional.

Surge então a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que elencou o rol primário dos direitos humanos fundamentais a serem protegidos e, no seu art. 25, assegurou o Direito à Alimentação como um pressuposto do direito à vida, à saúde e ao bem-estar social.

Seguindo este panorama, em 1966, celebrou-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que fora adotado pela Assembléia Geral da ONU com adesão de diversas nações signatárias, com objetivo de melhorar a proteção a estes direitos, destacando-se que são essenciais à satisfação dos demais direitos humanos fundamentais.

O PIDESC apenas passou a vigorar em 1976, dez anos após a sua aprovação, diante da grande dificuldade em obter as trinta e cinco ratificações mínimas necessárias. O Brasil apenas ratificou sua adesão em 1992, por meio do Decreto nº 591, anos após a redemocratização constitucional de 1988.

O artigo 11 deste Pacto reconheceu o Direito à Alimentação como aquele inerente a todas as pessoas em um nível de vida suficiente para suprir as suas necessidades individuais e da sua família, incluindo-o no rol de direitos sociais fundamentais, visando a melhoria das condições de existência do indivíduo.

No ano de 1988 é assinado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado de “Protocolo de San Salvador”, que define em seu art. 12 que “toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual”. Salieta que a fim de tornar efetivo este direito e visando a eliminação da desnutrição “os Estados partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos”²², promovendo uma maior cooperação internacional. O Brasil apenas manifestou adesão ao Pacto em 1996, passando a vigorar em 1999²³.

Concomitante a este processo, antes no ano de 1993, é criado no Brasil o Conselho Nacional de Segurança Alimentar – CONSEA, órgão consultivo de assessoramento da presidência, composto de forma paritária e sob a presidência da sociedade civil, com objetivo de propor diretrizes para promoção do Direito à Alimentação Adequada e à segurança alimentar e nutricional.

Alguns anos mais tarde, novamente em 1999, ocorre o encontro do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais, que teve como resultado a elaboração do Comentário Geral nº 12 sobre o artigo 11 do PIDESC, onde apresentou os elementos normativos que acompanham a definição do Direito à Alimentação Adequada:

O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção²⁴.

22. Protocolo de San Salvador – http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 08/11/15.

23. O Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão ao Protocolo de São Salvador em 21 de agosto de 1996, mas a sua promulgação e consequente vigor somente se materializou através do Decreto nº 3.321 de 30/12/1999.

24. Comentário Geral nº 12 sobre o art. 11 do PIDESC, proposto no encontro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos

Diante deste panorama, em março de 2002, o Brasil recebeu a visita de Jean Ziegler, Relator Especial da ONU à época, que, em missão oficial, publicou um relatório detalhado em 2003 sobre o Direito à Alimentação Adequada no contexto brasileiro, concluindo que o problema da fome não se resumia à ausência da disponibilidade física do alimento, mas sim, pelo obstáculo de acesso ao alimento, por conta das mazelas sociais. Definiu o Relator, enfim, o conceito do Direito à Alimentação Adequada:

O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter o acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva²⁵.

Parte-se do pressuposto de que o Direito à Alimentação Adequada não deve ser interpretado restritivamente apenas à obtenção do pacote mínimo de calorias e nutrientes, mas que a sua plena satisfação deve ocorrer de forma progressiva, tendo os Estados o dever de aplicar as medidas imediatas e emergenciais para mitigação da fome, seja em épocas de desastres naturais ou não.

Dentro deste amplo conceito, destacam-se dois objetivos primários dos Estados para a garantia do DHAA: o dever de isentar os indivíduos da fome e da má nutrição e, ainda, em seu contexto mais estrito, permitir o acesso igualitário à fruição dos demais direitos fundamentais e conseqüentemente às oportunidades igualitárias de sobrevivência, visando a autonomia do indivíduo na construção de uma sociedade sustentável, saudável e solidária.

Até o início do século XXI no Brasil, o DHAA vinha sendo justificado através de uma interpretação constitucional dos tratados internacionais citados, eivados de normatividade supraconstitucional, por

Humanos/ONU, em 1999. <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Direito%20humano%20%C3%A0%20Alimenta%C3%A7%C3%A3o-Seguran%C3%A7a-alimentar.pdf>. Acesso em: 10/02/16.

25. A versão original do Relatório pode ser encontrada no sítio <http://www.righttofood.org/wp-content/uploads/2012/09/ECN.4200354Add.1.pdf>. Acesso em 17/01/16.

conta da previsão do art. 5º, § 2º da CF/88, que reconheceu tutela aos direitos oriundos dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, como ocorreu com o PIDESC, ratificado em 1992. Desta forma, o Direito à Alimentação já se tornava exigível.

As normas supraconstitucionais, a exemplo do PIDESC, são aquelas aplicáveis ao ordenamento jurídico com valoração principiológica superior às das normas ordinárias, contudo, inferior às constitucionais enquanto não submetidas ao crivo procedimental do artigo 5º, § 3º da CF/88, quando enfim teriam *status* de normas constitucionais por excelência.

Contudo, um plano mais amplo e estruturado de erradicação da pobreza e promoção da segurança alimentar e nutricional somente fora proposto pelo governo Lula, em 2003: o Programa Fome Zero. Significou a abertura do diálogo e dos debates sobre o problema da fome e da má nutrição em todo o território nacional, com foco em uma série de políticas públicas de fomento à segurança alimentar, e, dentre elas, a medida emergencial da imediata distribuição de renda, além de outras mudanças legislativas e estruturais necessárias.

Em 2006 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 11.346/2006 que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), também conhecida como Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN). O objetivo era promover um debate sério e atual com a sociedade civil sobre a efetiva consagração do Direito à Alimentação Adequada no Brasil, em uma concepção abrangente e intersetorial da Segurança Alimentar e Nutricional, assim definida no art. 3º da referida Lei nº 11.346/2006:

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis²⁶.

26. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em 10/02/16.

Com a vigência desta lei, o Direito à Alimentação Adequada passou a ser reconhecido como um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal (art. 2º), bem como se definiu o conceito da segurança alimentar e nutricional (art. 3º) e a sua abrangência (art. 4º).

Como resultado das reivindicações da sociedade civil organizada, o Direito à Alimentação Adequada fora definitivamente incorporado ao texto da Constituição Federal em 05 de fevereiro de 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 64²⁷, que incluiu a alimentação entre os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna.

Elencado em definitivo ao rol dos direitos fundamentais e protegido enquanto cláusula pétrea, com a garantia da vedação do retrocesso, a promoção do Direito à Alimentação Adequada se traduz em uma obrigação do Estado, a ser implementada mediante políticas públicas eficazes e integradoras do indivíduo enquanto sujeito de direito, proporcionando-o a aquisição da autonomia necessária para gerir sua própria vida.

6. A SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL COMO UMA DIRETRIZ FUNDAMENTAL PARA O FOMENTO DO DHAA

Nada é mais vital para um ser vivo do que o ato de respirar e de se alimentar. O oxigênio é encontrado em abundância na atmosfera, mas o alimento tem que ser conquistado para manutenção da existência. Em tempos atuais em um mundo globalizado, um bilhão de pessoas não tem o que comer e a cada três segundos, alguém morre de fome no planeta²⁸. Segundo a FAO, em 2015, cerca de 795 milhões de pessoas no mundo ainda estão subnutridas²⁹.

27 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm. Acesso em 10/02/16.

28. <http://www.dw.com/pt/not%C3%ADcias/a-fome-no-mundo/s-30379>. Acesso: 10/12/15.

29. FAO, IFAD and WFP. 2015. **The State of Food Insecurity in the World 2015**. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, p.12.

As violações do direito ao alimento digno têm na fome, na desigualdade social e na má distribuição de renda suas principais causas. A superação da fome é uma questão política, haja vista que o mundo tem a capacidade necessária para produzir alimento para atender mais do que a exigência da população mundial.

O problema da fome no Brasil fora apontada pela ONU não como uma questão de escassez ou de disponibilidade física do alimento, haja vista ser um país de raízes agrícolas e considerada uma das maiores nações exportadoras de alimento no mundo, com condições de suprir internamente a capacidade alimentar necessária para satisfazer a sua população. O problema identificado, contudo, fora o obstáculo de acesso ao alimento adequado, seguro e nutritivo, por conta das mazelas sociais já citadas.

O alimento é digno e adequado, quando satisfaz integralmente as necessidades diárias do indivíduo em quantidade e qualidade, seja saudável e nutritivo do ponto de vista biológico, seja corretamente produzido, armazenado e transportado até o consumidor final, seja isento de substâncias químicas, a exemplo dos agrotóxicos, sejam isentos de manipulação genética e sejam balanceados do ponto de vista nutricional.

A discussão sobre o tema da alimentação deve incorporar elementos sobre a produção (tipos de alimentos produzidos, quantidade, composição nutricional, qualidade); quem produz, como e onde; acesso físico e econômico aos alimentos e à água de boa qualidade; modos de preparo; informações sobre balanceamento nutricional recomendável da dieta; riscos e benefícios potenciais à saúde de diferentes alimentos, como a ingestão gorduras saturadas, carne vermelha, alimentos transgênicos, p.ex., entre outros e deve ser acrescentado ainda à lista o consumo de produtos industrializados.

O conceito de adequação atribui ao Estado a responsabilidade de disponibilizar uma alimentação satisfatória para atender às necessidades diárias de cada indivíduo, contendo os nutrientes necessários ao seu desenvolvimento físico e mental, além de proporcionar alimentos seguros para o consumo humano e livre de substâncias adversas, contemplando uma alimentação culturalmente aceitável³⁰,

30. ONU, OHCHR, FAO. **The Right to Adequate Food**. Fact Sheet nº 34. Genebra: 2010, p.08.

de modo a garantir o direito à saúde do indivíduo em seu contexto mais amplo.

O alimento adequado é também aquele isento de manipulação genética na sua produção e das suas sementes. A escolha governamental pela autorização da utilização dos alimentos transgênicos pela população, por exemplo, manifesta uma violação à Segurança Alimentar e Nutricional, por não existir pesquisas seguras que comprovem os impactos biológicos do consumo humano em médio e em longo prazo.

Ademais disso, os transgênicos promoverão o controle privado do preço dos alimentos e ameaça à agricultura familiar e sustentável. Graves desequilíbrios sociais e ambientais ocorrerão em consequência da queda da produção, instaurando-se grandes monopólios mundiais. As nações tornar-se-ão dependentes das importações e ainda mais às regras internacionais de mercado, culminando com a chamada “guerra das sementes”, e consequente monopólio da produção, atingindo objetivos antagônicos à plena satisfação do Direito fundamental à Alimentação Adequada.

Como violador do direito ao alimento digno e adequado e à segurança alimentar, não se pode deixar de citar o fomento estatal ao consumo de alimentos industrializados. Por toda a sua existência, o homem sempre ingeriu alimentos frescos e uma dieta diversificada, adaptada às mudanças climáticas, aos biomas e à sazonalidade do ambiente.

Em decorrência do processo de industrialização, a alimentação do homem globalizado passou a ser carregada de alto teor de açúcar, sódio, conservantes, corantes e demais substâncias artificiais que são de fácil acesso e ingestão, contudo, de baixíssimo potencial nutritivo e apresentando riscos diretos à saúde individual e indiretos à saúde pública.

Os impactos negativos da mudança do hábito alimentar do indivíduo do século XX são visíveis e estatisticamente mensuráveis: a ocorrência do sobrepeso e da obesidade³¹ como problemas de

31. A OMS aponta a obesidade como um dos maiores problemas de saúde pública no mundo. A projeção é que, em 2025, cerca de 2,3 bilhões de adultos estejam com sobrepeso; e mais de 700 milhões, obesos. O número de crianças com sobrepeso

saúde pública, bem como a incidência de patologias crônicas não transmissíveis, a exemplo da diabetes, hipertensão, doenças coronarianas, doenças respiratórias, dentre outras, que violam a autonomia e a dignidade do indivíduo, incumbindo ao Estado um ônus orçamentário com despesas extraordinárias na área da saúde, que poderiam ser mais bem investidas se a segurança alimentar fosse uma prioridade no Brasil.

A mudança neste panorama preocupante é obtida por meio da atuação conjunta entre a sociedade civil organizada bem como através das prestações estatais positivas materializadas nas políticas públicas, que contemple uma reeducação alimentar e nutricional dos indivíduos combinada a outros hábitos de vida saudáveis, a exemplo da prática de atividades físicas e o consumo de alimentos naturais e, sobretudo, dos alimentos orgânicos.

As primeiras discussões conceituais sobre a segurança alimentar têm origem nos anos posteriores ao fim da 1ª Guerra Mundial, quando nações exerceram o imperialismo sobre as demais também pela dominação do suprimento alimentar, tornando-se um nascedouro de violações aos direitos humanos, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que não tinham meios e recursos para atender à sua própria demanda alimentar interna.

Em 16 de outubro de 1945 surge a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), que promove a sua primeira conferência mundial, em 1974, onde a segurança alimentar permanecia pautada na produção do alimento. A principal causa para a insegurança alimentar e da fome era atribuída à insuficiência na produção. O indivíduo fora considerado em segundo plano e a segurança alimentar e nutricional não era entendida como um direito de todos os indivíduos em seu contexto mais amplo.

e obesidade no mundo poderia chegar a 75 milhões, caso nenhuma medida seja tomada. No Brasil, o levantamento realizado pelo IBGE entre 2008/2009, aponta que mais de 50% da população está acima do peso, ou seja, na faixa de sobrepeso e obesidade, ao passo que entre as crianças, os índices estariam em torno de 15%. A Região Sul apresenta o maior índice de sobrepeso do país: 56% da sua população, seguido da Região Sudeste, com 50%. Fonte: <http://www.abeso.org.br/atitude-saudavel/mapa-obesidade>. Acesso: 01/02/16.

Na segunda metade do século XX, ganha força a política global da Revolução Verde³², criada desde a década de 50, cujo objetivo principal era a busca pelo aumento exponencial da produção alimentar no mundo, valendo-se de estratégias como a manipulação genética em sementes, utilização de insumos químicos e industriais em alta escala e a mecanização da produção, repetindo a desqualificação da mão de obra e a segregação social caracterizada na Revolução Industrial do século XVIII.

O objetivo não fora alcançado: o problema da fome no mundo não regrediu, haja vista que a produção dos países em desenvolvimento era (e é) direcionada, em prioridade, a exportações para os Estados mais ricos e não ao consumo interno da sua população.

Esta estratégia política equivocada provocou sérias consequências ambientais, econômicas e sociais ainda refletidas nos dias atuais, tais como a redução da biodiversidade, a menor resistência das plantações às pragas, o êxodo rural, a contaminação química dos trabalhadores rurais, do solo, dos lençóis freáticos e dos alimentos com agrotóxicos, além do incentivo equivocado à monocultura.

De forma paradoxal, a revolução que se dizia “verde”, fora a responsável por incluir o uso extensivo de agrotóxicos e de produtos químicos ao alimento, contrapondo-se ao incentivo saudável do consumo de alimentos naturais e orgânicos.

Apenas na década de 90 a segurança alimentar incorporou a discussão nutricional do alimento seguro, ou seja, não contaminado de forma química ou biológica, da qualidade do alimento em seu contexto nutricional, biológico, sanitário e tecnológico, e ainda sob o ponto de vista do balanceamento da dieta, da informação e dos hábitos culturais alimentares.

Teve um papel destacado nesse período a Conferência Internacional de Nutrição, promovida pela FAO e pela OMS na cidade de Roma, em 1992. A Conferência reafirmou a incorporação desses atributos (o

32. Como sugestão para melhor aprofundamento do tema, indicamos a obra: SHIVA, Vandana. **The Violence of the Green Revolution: Third World Agriculture, Ecology and Politics**. Malaysia: Zed Books, 1991, onde a autora relata as sérias consequências sociais da implantação da Revolução Verde na cidade de Punjab, na Índia, local onde se originaram os primeiros testes no mundo.

alimentar e o nutricional) e chamou a atenção ainda para a ideia de segurança alimentar domiciliar, destacando a importância dos cuidados promovidos no lar (carinho, atenção, preparo do aleitamento materno, estimulação psicossocial, informação e educação, entre outros).

O ordenamento jurídico brasileiro materializou expressamente em 2006, através da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, o direito ao alimento adequado como um direito fundamental indissociável (art. 2º), bem como conceituou a segurança alimentar no art. 3º, em uma concepção abrangente e intersectorial:

A Segurança Alimentar e Nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis³³.

Trata-se a Segurança Alimentar e Nutricional de como a sociedade civil organizada, por meio das políticas públicas de responsabilidade do Estado e da comunidade como um todo, reivindica a plena garantia do Direito à Alimentação Adequada, em seu contexto mais amplo e integralista.

A insegurança alimentar é evidenciada quando se é obstaculizado o exercício do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, adequados, seguros, nutritivos, sustentáveis e em quantidade satisfatória. Trata-se de um dos problemas sociais crônicos do Brasil, onde a fome e a exclusão social são fatores cruciais para o insucesso na satisfação do direito ao alimento adequado.

A fome é a forma mais extrema de insegurança alimentar e tem como principais consequências: a morte, a deficiência no desenvolvimento físico e psicológico do indivíduo e a menor resistência às doenças. A exclusão social proporcionada pela pobreza e pela má distribuição de renda também evidenciam o estado crítico da insegurança alimentar no Brasil, pois, os indivíduos em estado de indigência e miserabilidade não dispõem dos recursos financeiros mínimos para

33. Lei nº 11.346 de 15 de setembro de 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso: 10/02/16.

garantia da alimentação adequada, segura e nutritiva, na quantidade diária necessária para se atingir, ao menos, o consumo calórico ideal de 2.200 Kcal recomendados pela FAO³⁴ para um adulto.

Não restam dúvidas de que o combate à fome se enquadra entre as diretrizes primárias para se reduzir o estado de insegurança alimentar no Brasil, haja vista refletir sua faceta mais severa. Contudo, o indivíduo necessita de muito mais do que uma ração básica nutricionalmente balanceada para se atingir a segurança alimentar em sua plenitude. Há ainda outros aspectos importantes quanto ao alcance da proteção do direito à alimentação adequada.

Não se pode perder de vista, ainda, que o Brasil é o maior consumidor de agrotóxicos do mundo³⁵. O uso dos pesticidas nos alimentos destinados à população fora autorizado pelo Governo Brasileiro mediante a promulgação da lei nº 7.802 de 11 de julho de 1989³⁶ que rege o processo de registro de um produto agrotóxico, sendo posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 4.074 de 01 de janeiro de 2002³⁷. Resta evidenciado que estes diplomas normativos infraconstitucionais padecem do vício da inconstitucionalidade material por violarem a previsão do art. 6º da CF/88, que incluiu o Direito à Alimentação Adequada entre o rol dos direitos fundamentais sociais protegidos pelas cláusulas pétreas.

O uso deste tipo de aditivo gera grandes impactos biológicos e ambientais. Biológico porque ameaça a saúde e a vida dos indivíduos com a contaminação do alimento e, ainda, ameaça à vida dos trabalhadores rurais, que manejam a substância tóxica diariamente. Ambiental, pela contaminação do solo, lençóis subterrâneos, nascente dos rios, da fauna e flora do local pelo combate de pesticidas nas lavouras.

Agrega-se a isto o fato da omissão estatal na conscientização e fiscalização dos pequenos e grandes produtores rurais, educando e

34. <http://www.fao.org/docrep/015/i2490e/i2490e03a.pdf>. Acesso: 05/02/16.

35. <http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>. Acesso: 10/02/16.

36. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso: 10/02/16.

37. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm. Acesso: 10/02/16.

impedindo que se utilizem substâncias químicas proibidas e em quantidades muito superiores às toleráveis, expondo-o a coletividade a uma situação de insegurança alimentar.

Em que pese tais evidências, que apontam um longo caminho para que se possa constatar a plena efetividade da Segurança Alimentar e Nutricional, e conseqüentemente do Direito à Alimentação Adequada, a FAO, em 2014, declarou em relatório que o Brasil havia atingido a meta de redução global da insegurança alimentar, tendo sido retirado das estatísticas do Mapa Mundial da Fome³⁸.

Podemos concluir que a Alimentação Adequada é um Direito do indivíduo e a Segurança Alimentar e Nutricional é um Dever da sociedade e do Estado. Faz-se necessário o empoderamento social para um maior controle da atuação estatal, através da informação sobre os instrumentos de exigibilidade e dos demais meios necessários para a reivindicação do direito frente ao Estado. Entretanto, a mera previsão formal de um Direito não assegura, necessariamente, a sua plena efetividade.

7. A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE E DA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

A efetividade dos direitos se evidencia como um dos maiores problemas enfrentados pela ordem jurídica contemporânea. Como dito, a mera positivação de um direito fundamental na Carta Magna não lhe assegura, necessariamente, o seu pleno exercício, por exigir uma atuação estatal organizada e eficiente para o seu êxito.

Em que pese os direitos sociais gozarem de aplicabilidade imediata conforme a previsão do art. 5º, § 1º da CF/88, ao menos no campo teórico, todos eles, e de igual forma o Direito à Alimentação Adequada, somente se satisfazem através da promoção das políticas públicas estatais adequadas e conseqüentemente pela dotação orçamentária prioritária, para que atinja seu objetivo mais amplo e eficaz.

38. <http://www.fao.org/brasil/fao-no-brasil/brasil-em-resumo/pt/>. Acesso: 10/02/16.

Neste mesmo sentido entende, por exemplo, o professor Fábio Konder Comparato³⁹, que nos esclarece que a efetividade dos direitos sociais só pode ser alcançada através da “execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”.

Podemos compreender, então, que a importância da atuação estatal materializada através das políticas públicas para a plena satisfação dos direitos fundamentais sociais, tal qual o Direito à Alimentação Adequada, deve ser analisada sob a ótica da exigibilidade e da justiciabilidade. A primeira estaria relacionada ao ato de se exigir a prestação dos direitos sociais frente ao Poder Executivo, ao passo que a segunda se relacionaria com a exigência dos mesmos direitos frente ao Poder Judiciário.

No contexto do Direito à Alimentação, as duas problemáticas são importantes e podem refletir obstáculos ao fomento da Segurança Alimentar e Nutricional. Por um lado, a promoção de políticas públicas integra a seara do poder discricionário do Estado, pois, só ele terá condições técnicas e políticas de apurar qual medida parece ser a mais conveniente e eficaz, levando em conta diversas variáveis, entre elas, o custo orçamentário. Ademais disso, não há garantia de êxito nesta decisão, considerando que não raro algumas políticas públicas manifestam-se ineficazes no Brasil.

Por outro lado, do ponto de vista da justiciabilidade, diversas objeções poderiam ser direcionadas ao fato do Poder Judiciário decidir questões envolvendo a materialização de políticas públicas, inclusive violando o princípio da separação dos poderes. É o que se chama de ativismo judicial.

O Judiciário não tem a função nem se encontra tecnicamente preparado para efetuar o planejamento, a execução ou a avaliação de políticas públicas. De igual forma, também careceria de meios compulsórios para a execução de eventual sentença que imponha ao Estado o cumprimento de uma prestação. Não se pode deixar de observar, ainda, que o Judiciário não pode atuar deferindo prestações que vão

39. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

impactar extraordinariamente no plano orçamentário, o que acarretaria danos a toda a coletividade.

Certamente, a via mais adequada seria uma atuação conjunta e multidisciplinar entre o Estado, seus ministérios e a sociedade, onde as políticas públicas sejam interligadas e integradas entre as demais áreas da atuação pública (alimentação, educação, trabalho, p.ex.), visando incorporar a participação ativa da população e da sociedade civil organizada, empoderando-as para exigir a contemplação das prioridades do Direito à Alimentação Adequada junto ao orçamento público, haja vista possuir uma grande importância do ponto de vista estratégico na definição das principais políticas públicas a serem implementadas.

Conforme bem ponderado por Clóvis Zimmermann⁴⁰, para que se possa garantir a exigibilidade das políticas públicas alimentares, torna-se inevitável que as deliberações conjuntas entre o governo e a sociedade sejam devidamente documentadas e publicadas para o conhecimento geral, além da responsável reserva do orçamento, pois, na hipótese da não implementação das políticas acordadas, os cidadãos estariam legitimados a buscar a exigibilidade do cumprimento perante o Judiciário.

A discussão em torno da exigibilidade e da justiciabilidade do Direito à Alimentação Adequada nos conduz a uma outra questão juridicamente relevante: se haveria ou não um direito ao mínimo existencial no contexto alimentar. Seria basicamente o núcleo intangível dos direitos fundamentais, a parcela mínima que, quando violada, evidencia o dever do Estado em restabelecê-la, para proporcionar uma condição digna de existência aos indivíduos.

Conforme Ricardo Lobo Torres, o direito ao mínimo existencial não possui previsão expressa na CF/88, mas apenas se evidencia por interpretação do seu art. 3º, III, quando prevê o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. Haveria uma relação direta entre a pobreza absoluta e o mínimo existencial. Neste sentido, entende que a

40. ZIMMERMANN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito à Alimentação. In: PIOVESAN, F.; CONTI, I.L. (Org.). **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.131.

jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringiria, apenas, ao contexto do mínimo existencial⁴¹, entretanto, este não teria um conteúdo específico⁴².

Neste sentido, haveria um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não poderia ser objeto de intervenção Estatal pela via da tributação e que, ainda, exigiria prestações estatais positivas⁴³. Entretanto, nem todo direito se enquadraria no conceito do mínimo existencial, mas apenas aquele que faça referência a situações existenciais dignas.

O Direito à Alimentação Adequada, enquanto direito fundamental social, se enquadra nesta definição e apresenta um núcleo essencial intangível, um mínimo existencial sem o qual não há sobrevivência. Quando não é oportunizado ao indivíduo as condições mínimas de existência, a exemplo do acesso ao alimento adequado e nutritivo e a uma água potável em decorrência do estado de extrema miserabilidade proveniente da má distribuição de renda, o Estado tem o dever de promover a satisfação do mínimo existencial, prestando assistência material e efetiva aos necessitados, de modo a lhe assegurar a sobrevivência e condições de almejar a autonomia plena.

Sob a ótica do Direito à Alimentação Adequada, o direito a um mínimo existencial é materializado mediante políticas públicas emergenciais de combate à fome e à pobreza extrema, que visem assegurar a distribuição emergencial da renda mínima e a prestação alimentar efetiva aos necessitados, promovendo a verdadeira igualdade material.

Diante desta constatação, não restam dúvidas acerca da importância das políticas de redistribuição de renda, a exemplo do Bolsa Família, uma das políticas do Programa Fome Zero, que nada mais é do que a materialização do direito ao mínimo existencial, que busca retirar famílias da situação de fome e pobreza absolutas, promovendo, ainda que parcialmente, a Segurança Alimentar e Nutricional.

41. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p.08-9.

42. *Ibidem*, p.13.

43. *Ibidem*, p. 35-6.

Entretanto, com o objetivo de evitar o assistencialismo, tais políticas públicas devem assumir o caráter da multidisciplinaridade, sendo integradas com outras áreas da atuação governamental, como a educação e o trabalho, de modo que tal medida seja temporária e promova uma plena autonomia do indivíduo, incentivando-o à qualificação educacional e profissional, de modo a reintegrá-lo ao mercado de trabalho, ao invés de ser manejada como uma estratégia meramente eleitoreira.

Há ainda uma questão de extrema relevância se apresenta como um obstáculo à satisfação razoável do Direito à Alimentação Adequada e que também se relaciona com a sua exigibilidade e justiciabilidade. É o caso das reais possibilidades orçamentárias para a integralização de um direito, ou, o seu custo.

Conforme a obra de Holmes e Sunstein⁴⁴, a dicotomia clássica criada pela doutrina jurídica de que os direitos negativos detinham baixo custo e que direitos positivos seriam onerosos para o Estado é uma premissa simplista e equivocada. Isto porque, na verdade, todos os direitos possuem um custo porque todos eles pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los⁴⁵. Logo, tanto o direito à propriedade privada, à segurança pública ou à alimentação adequada ensejariam despesas orçamentárias significativas. No mesmo sentido entendem diversos autores brasileiros como Gustavo Amaral⁴⁶, Flávio Galdino⁴⁷ e Flávia Piovesan⁴⁸.

De fato, não há como negar que todos os direitos fundamentais implicam necessariamente em um custo orçamentário e que o Estado lida com recursos escassos. Entretanto, tal circunstância não pode servir de obstáculo à satisfação dos direitos sociais, haja vista que o

44. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

45. *Ibidem*, p.43.

46. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.

47. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

48. PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.17-48.

governo detém a discricionariedade para decidir entre investir uma maior quantia para a saúde do que para a publicidade dos seus atos, ou destinar mais verbas à segurança alimentar do que para as festas populares, ou ainda, por exemplo, direcionar esforços mais vultosos para a educação ao invés de subsidiar grandes corporações financeiras ou o agronegócio, sem mencionar um controle mais eficaz contra a corrupção.

Seria coerente entender que mais do que uma avaliação crítica sobre o “custo” dos direitos sociais, que se aplica de igual forma também aos direitos civis e políticos, é essencial direcionar esforços para a “aplicação progressiva”⁴⁹ dos direitos sociais, de forma a extrair seus efeitos mais elementares.

Podemos concluir, portanto, que para a concreta exigibilidade dos direitos sociais, assim como o Direito à Alimentação Adequada, surge o grande desafio na construção de um novo paradigma, que tenha como pauta a inclusão social, políticas públicas multidisciplinares e integradas, com capacidade para garantir o desenvolvimento sustentável, igualitário e democrático e, sobretudo, a autonomia do indivíduo.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os direitos fundamentais sociais gozarem de uma proteção especial na ordem constitucional brasileira pós-ditadura e idealizarem a promoção de um Estado justo e igualitário visando a dignidade do indivíduo, muitos são os obstáculos em busca da plena satisfação destes direitos. Apesar de teoricamente garantidos, tais direitos ainda necessitam ser reivindicados pela sociedade.

A superação da fome é uma questão política, haja vista que o mundo tem a capacidade necessária para produzir alimento para atender quase ao dobro da população mundial. No Brasil, o problema da fome fora identificado pela ONU não como uma questão de escassez ou de indisponibilidade física do alimento, mas sim, como resultado da concentração da riqueza e dos meios de produção a uma classe social, proporcionando uma pobreza e miserabilidade extremas e a má distribuição de renda.

49. *Ibidem*, p.29-30.

Em que pese os relativos avanços alcançados pelo Governo Brasileiro da última década na redução da pobreza absoluta e dos índices globais de insegurança alimentar, fato este inclusive reconhecido pela FAO em 2014, há um longo caminho para se atingir a plena satisfação do Direito fundamental à Alimentação Adequada que, como se esclareceu, não se resume apenas ao contexto das políticas de distribuição de renda.

Cabe frisar que, conforme o art. 2º da Lei 11.346/2006, a Segurança Alimentar e Nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Ocorre que a fome e a má nutrição ainda são as formas mais extremas de insegurança alimentar, e também uma realidade no Brasil, atingindo dezenas de milhares de cidadãos, tendo como principais consequências a deficiência no desenvolvimento físico e psicológico do indivíduo, a menor resistência às doenças e a morte.

Não se pode perder de vista que o Brasil ainda sofre as consequências da Revolução Verde e é hoje o maior consumidor de agrotóxicos do mundo, sendo condescendente com os grandes impactos biológicos e ambientais deste manejo, em decorrência da ameaça à saúde dos indivíduos com a contaminação do alimento, com a intoxicação dos trabalhadores rurais e com a degradação do solo, dos lençóis subterrâneos, das nascentes dos rios, da fauna e da flora.

Ainda podemos elencar a realidade da sociedade brasileira contemporânea que sofre com a obesidade e as demais patologias crônicas não transmissíveis, como a diabetes, a hipertensão e as doenças cardíacas, que tem na má alimentação seus principais vetores e que sobrecarregam diariamente o sistema público de saúde, proporcionando expressivos gastos orçamentários.

Para a efetiva satisfação do Direito à Alimentação Adequada faz-se necessário a superação de um paradigma e a percepção de que o valor humano se sobrepõe à discricionariedade estatal e que exige prioridade no que tange as medidas políticas e dotações orçamentárias, direcionando todos os esforços ao fomento da Segurança Alimentar e Nutricional.

Diante de um cenário de grande discricionariedade e muita resistência estatal, uma nova perspectiva a ser almejada para a exigibilidade plena do Direito à Alimentação consiste na construção de alternativas solidárias de convivência cívica que contemplem a participação ativa da sociedade, acompanhando e fiscalizando a atuação estatal, seja por meio dos seus representantes eleitos, seja pela atuação em conselhos representativos, a exemplo do CONSEA, ou pela efetiva construção do orçamento participativo.

É necessário que o indivíduo seja visto e reconhecido como protagonista, um sujeito de direitos que se apodera dos meios necessários à satisfação do direito conquistado e que permanece em evolução a cada dia.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1998.
- BRASIL. **Lei nº 11.346 de 15 de setembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 10/02/16.
- BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 20/12/15.
- BRASIL. **Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 15/01/16.
- BRASIL. **Lei n.º 7.802 de 11 de julho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm>. Acesso em: 10/02/16.
- BRASIL. **Decreto nº 4.074 de 04 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 10/11/15.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CUNHA JÚNIOR Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 32.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAO, IFAD and WFP. **The State of Food Insecurity in the World 2015**. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, 2015.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. < <http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 17/10/2015.
- ONU, OHCHR, FAO. **The Right to Adequate Food**. Fact Sheet nº 34. Genebra: 2010.
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.
- PIOVESAN, Flávia & CONTI, Irio Luiz (org). **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.
- SHIVA, Vandana. **The Violence of the Green Revolution**: Third World Agriculture, Ecology and Politics. Malaysia: Zed Books, 1991.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: em busca do Direito Justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

ZIMMERMANN, Clóvis. As Políticas Públicas e a Exigibilidade do Direito à Alimentação. In: PIOVESAN, F.; CONTI, I.L. (Org.). **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.123-139.

Disinventare la sorveglianza nell'esecuzione penale: la fabbrica della sorveglianza

Diego Di Giuseppe*

SUMÁRIO: 1 Disinventare la sorveglianza; 2 Un centro di produzione di verità: il Tribunale di sorveglianza; 2.1 Il fascicolo; 3 La messa a nudo di un fascicolo: il discorso ed i suoi effetti; 4 La messa a nudo di un fascicolo: il discorso e la temporalità; 5. La fabbrica della sorveglianza. Referencias.

1. DISINVENTARE LA SORVEGLIANZA

In un'intervista dal titolo evocativo "Disinventare la modernità", l'epistemologo francese Bruno Latour, rispondendo alle domande del giurista e filosofo d'impostazione foucaultiana François Ewald, sottolinea la centralità del rapporto tra diritto e verità e la necessità di un'analisi capace di portare alla luce le forme istituzionali e non, attraverso cui questo rapporto si manifesta.

Il programma di ricerca da lui denominato *antropologia simmetrica*, ha come obiettivo quello di identificare i centri di produzione della verità nelle società contemporanee. «*Il diritto – dice B. Latour (2008, 10) – è un'altra forma, più antica e più distribuita, per la produzione di verità essenziali alla costituzione dei moderni*». Già nel suo testo "La Fabbrica del diritto", Latour aveva affrontato la questione del complesso rapporto tra verità e diritto. In quello scritto, il suo interesse è rivolto al Consiglio di Stato. Mediante una minuziosa descrizione di dossier e fascicoli, l'autore mette in evidenza l'oggettività del diritto, ovvero, come la costruzione di un diritto amministrativo

(*) Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia/UFBA. Advogado e professor universitário. E-mail: brspassos@gmail.com

forte passi da interazioni semplici, talvolta fragili, tra soggetti qualificati diversamente e da reti di discorsi i quali organizzano un complesso artificio istituzionale di un dato grado di giudizio amministrativo. Da questo testo ci sembra che emergano due indicazioni particolarmente produttive per l'analisi del diritto contemporaneo. Da un lato, cioè, B. Latour (2007, 11) suggerisce come la definizione di ciò che è diritto passi dalla combinazione di reti di discorsi e da interazioni che possono essere semplici o complesse; tali reti di discorsi e interazioni determinano quelle decisioni che definiscono la realtà e la verità del diritto. Dall'altro lato, il diritto non può essere ridotto alla presunta purezza del sapere giuridico, ma si struttura quale dispositivo complesso in cui si articolano saperi giuridici e non giuridici eterogenei.

Pertanto, il riferimento all'analisi di Latour appare ai nostri fini particolarmente utile per individuare due direzioni lungo le quali indagare il tema del quale vogliamo occuparci: il diritto della sorveglianza. La prima direzione lungo la quale ci porta il pensiero di Latour è quello di considerare il diritto quale centro di produzione di verità. La seconda direzione, invece, è quella di analizzare i fascicoli quali luoghi di convergenza di discorsi e reti argomentative che definiscono la verità del diritto e permettono di assumere decisioni su cosa è diritto.

Non intendiamo studiare la "sorveglianza moderna" nella sua interezza, sotto un profilo sociologico o criminologico, ma abbiamo il proposito di analizzare e problematizzare, attraverso alcune questioni, il funzionamento del «dispositivo» della sorveglianza dell'esecuzione penale (*cfr.* M. Foucault, 2012, 187; M. Foucault, 1977, 299). Analogamente al progetto di B. Latour (2008, 7ss.), il nostro proposito è quello di cercare di «disinventare la sorveglianza nell'esecuzione penale». Ovvero, non limitarsi ad osservarla dall'esterno, ma per comprenderne il funzionamento, tentare di penetrare all'interno di uno dei suoi centri di produzione di verità: il Tribunale di Sorveglianza.

Pertanto, il Tribunale di Sorveglianza verrà analizzato quale centro di produzione di verità, quale luogo dell'elaborazione della sorveglianza e del diritto della sorveglianza. Ciò che intendiamo fare, è capire come, nel Tribunale di Sorveglianza, si producono le verità della sorveglianza dell'esecuzione penale e attraverso la messa

a nudo di un fascicolo e dei discorsi che in esso convergono, cercare di problematizzare alcuni aspetti del suo funzionamento. L'attività di messa a nudo di un fascicolo del Tribunale di Sorveglianza, dalla quale si intende procedere, costituisce un frammento di un lavoro più ampio, di studio dei fascicoli, selezione e raccolta del materiale, partecipazione alle camere di consiglio, osservazione ed analisi dei discorsi, che si sta svolgendo presso il Tribunale di Sorveglianza di Lecce.

L'ordine argomentativo che proponiamo al lettore, segue cinque passaggi fondamentali. Nel primo passaggio, vorremmo procedere individuando ed inquadrando l'istituzione giuridica deputata alla sorveglianza nel corso dell'esecuzione della pena. In un secondo momento, vorremmo esaminare la struttura del fascicolo del Tribunale di Sorveglianza focalizzando l'attenzione sui documenti che lo compongono. Nel terzo passaggio, attraverso la messa a nudo di un fascicolo del Tribunale di Sorveglianza e dei discorsi in esso convergenti ed utilizzando gli strumenti della filosofia del linguaggio, vorremmo problematizzare gli effetti prodotti dai discorsi formulati da diversi soggetti istituzionali che prendono parte alla sorveglianza nell'esecuzione della pena. Nel passaggio successivo, sempre attraverso la messa a nudo del fascicolo del Tribunale di Sorveglianza e dei discorsi in esso convergenti, vorremmo, in una chiave di lettura semantica dei tempi, problematizzare la questione delle temporalità attivate dai discorsi formulati da diversi soggetti istituzionali che prendono parte alla sorveglianza nell'esecuzione della pena. Infine, vorremmo tentare di ridescrivere il diritto, osservandolo dalla prospettiva della sorveglianza dell'esecuzione penale, cercando di far emergere la discrepanza con il racconto di un diritto osservato dalla prospettiva della retorica giuridica moderna. Provare a riscrivere il racconto moderno del diritto riconsiderando l'attività della sorveglianza attuata dal Tribunale di Sorveglianza quale complessa macchina istituzionale e ripensando tale istituzione quale fabbrica della sorveglianza.

2. UN CENTRO DI PRODUZIONE DI VERITÀ: IL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA

A differenza di altri ordinamenti giuridici, nei quali la sorveglianza dell'esecuzione della pena si ritiene abbia solo natura amministra-

tiva, nell'ordinamento giuridico italiano, dal 1923, è stata attribuita ad essa natura giudiziaria¹.

Nel 1930, con l'emanazione del codice Rocco, è stata istituita la figura dei Giudici di Sorveglianza (ora Magistrati di Sorveglianza), ma è solo nel 1975 che viene istituito il Tribunale di Sorveglianza quale organo collegiale, composto, pena la nullità della pronuncia, da due giudici togati e da due esperti. Nello specifico – così come indicato dall'art. 70 c.3 dell'ordinamento penitenziario – si tratta di professionisti esperti in psicologia, in servizi sociali, in pedagogia, in psichiatria, in criminologia, o di docenti in scienze criminali, che sono nominati, di volta in volta, dal Consiglio Superiore della Magistratura, su richiesta del presidente del Tribunale di Sorveglianza.

Qualunque decisione, relativa alle istanze di soggetti condannati –che può spaziare dalla richiesta di attribuzione di una pena alternativa (arresti domiciliari, affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, libertà condizionale, concessione della libertà anticipata) sino al differimento sia obbligatorio che facoltativo della pena– e quindi, a più ampio sguardo, il trattamento delle garanzie liberali dei condannati, è affidata all'autorità decisionale di tale organo giudicante, competente sia quale giudice di primo grado, che quale giudice d'appello (a seguito di rigetto dell'istanza da parte del Magistrato di Sorveglianza).

Sotto tale aspetto, particolarmente utile è l'analisi che M. Foucault (2012; 25) svolge nel testo "Sorvegliare e punire". Egli mette in evidenza come, nel tempo, si corroda il potere del diritto criminale di affermare il vero e si rompa il riferimento con il suo statuto di verità. Il discorso del diritto criminale, nella modernità, non è più in grado di autogiustificarsi. Tale perdita di potere, ne ostacola l'operatività, svuota di valore le parole che costituiscono il suo discorso. Per questo, la giustizia penale moderna, può operare solo mediante una giustificazione resa dal continuo riferimento al diverso. Solo attraverso il riferimento ad altri tipi di sapere non giuridici e facendo leva sui loro statuti di verità. Si delinea, pertanto, un nuovo e labile regime di verità del diritto criminale –posto che si riferisce ora alla psicologia, ora alla

1. Prima del R.D. del 28 giugno del 1923, n.1890 le amministrazioni penitenziarie erano sotto il controllo del Ministero dell'Interno, solo con l'emanazione di esso venne ordinato il passaggio al Ministero di Giustizia.

psichiatria, ora alla criminologia, ora alle scienze sociali ecc.– che si compie attraverso l'istituzionalizzazione di saperi e soggetti “nuovi”, i quali si collocano nel diritto e nell'istituzioni attraverso le quali il diritto esercita il potere punitivo.

Muovendo da ciò, all'interno del Tribunale di Sorveglianza, la compresenza di più soggetti decisori, qualificati da saperi differenti e autorizzati dal diritto a decidere, ci induce a riflettere sulla scorta di quale sapere si decida, in che relazione si pongano questi saperi, ed in che proporzione influiscano nella decisione finale; ad interrogarsi se questi saperi siano in connessione o in concorrenza, se siano in armonia o se l'uno sia la negazione dell'altro.

In tale contesto però, non è possibile soffermarci su tutti questi aspetti che richiederebbero una riflessione approfondita. Ai nostri fini, basti rilevare –ciò che tenteremo di evidenziare nei prossimi paragrafi– come la verità della sorveglianza nell'esecuzione penale, si produca nell'istituzione del Tribunale di Sorveglianza, attraverso la formulazione di un discorso, formalmente giuridico, che è tuttavia un ibrido. Tale discorso è il risultato della compenetrazione di discorsi diversi (giuridici e non giuridici), attinenti ad ambiti cognitivi eterogenei, i quali poggiano su statuti di verità differenti.

2.1. Il fascicolo

Come rilevato da B. Latour (2007, 95-96): «esiste un oggetto che indirizza ed organizza tutta l'attività [...] sul quale si polarizzano tutte le cure e tutte le conversazioni, che permette di procedere senza soluzione di continuità [...]: si tratta del fascicolo. [...] Se l'etnografo vuole ottenere quel miscuglio instabile di prossimità e di distacco, ha bisogno di sostituire alle vaghe nozioni sul diritto, sulla legge, sulla normatività, un'indagine meticolosa sui fascicoli, per vedere dove questi ci portano».

Sicché, prima di procedere alla messa a nudo di un fascicolo del Tribunale di Sorveglianza, al fine di osservare e problematizzare alcune questioni, riteniamo opportuno specificare cos'è il fascicolo e di cosa si compone.

Il fascicolo costituisce, in un certo senso, il terreno di «messa in forma» (B.Latour, 2007, 101) del discorso della sorveglianza del Tribunale di Sorveglianza. È qui che convergono le argomentazioni,

i discorsi propri di ogni forma di sapere che prendono parte al complesso artificio istituzionale della sorveglianza del Tribunale di Sorveglianza e che strutturano l'ordinanza finale.

Il suo processo di formazione non è veloce e impetuoso, ma al contrario, lento, freddo, scandito e graduale. Secondo l'opinione di B. Latour (2007, 118): «procedere passo dopo passo è tipico del diritto».

Il processo di lavorazione collettiva del fascicolo, che si realizza attraverso la manipolazione da parte di soggetti istituzionali e istituzionalizzati differenti (cancelliere, ufficiali giudiziari, avvocati, giudici, esperti ecc.), è necessario per la realizzazione di questo complesso artificio, per mezzo del quale, stralci costantemente frammentati vengono messi a nudo, trascurati, riacquisiti, esplorati e infine spillati e attaccati sino a dare forma ad una totalità.

La formazione del fascicolo muove secondo una procedura consolidata. Prima di fissare il giorno dell'udienza e della camera di consiglio, si provvede all'inoltro di richieste di trasmissione (da parte degli organi competenti) ed all'acquisizione, di tutta una serie di documenti che convergeranno nel fascicolo insieme all'istanza del condannato.

I documenti richiesti e acquisiti al fascicolo sono:

- Copia della sentenza di condanna (richiesta alla Procura della Repubblica del tribunale che l'ha emessa);
- Certificato dei carichi pendenti (richiesto alla Procura della Repubblica);
- Rapporto informativo dettagliato sul soggetto, per pervenire a un giudizio ponderato sulla sua istanza (richiesto alla questura ed ai carabinieri del posto in cui il soggetto ha residenza o è domiciliato);
- Relazione di sintesi aggiornata relativa al soggetto, se in stato di detenzione (richiesta all'amministrazione penitenziaria del carcere o della casa circondariale in cui è recluso, ed emessa dall'E.O.T.²).

2. E.O.T. è l'acronimo di "Equipe osservazione e trattamento", composta dal personale del carcere, generalmente da un funzionario giuridico pedagogico, da un assistente sociale, da uno psicologo (o da uno psichiatra o criminologo), dalla polizia penitenziaria e dal direttore del penitenziario che assume il ruolo

A questa documentazione, che costituisce lo zoccolo duro del fascicolo, si aggiungono poi:

- Perizie, rilasciate da consulenti tecnici di parte (C.T.P) e da consulenti tecnici d'ufficio (C.T.U), quest'ultime su conferimento di un incarico da parte del Tribunale di Sorveglianza;
- Dichiarazioni di disponibilità ad accogliere il condannato presso la propria abitazione, in caso di richiesta di arresti domiciliari (rilasciate da parenti o congiunti dello stesso);
- Dichiarazioni di disponibilità ad accogliere il condannato a svolgere attività lavorativa presso la propria struttura, in caso di istanza di semilibertà o di affidamento in prova ai servizi sociali (rilasciate da organizzazioni, enti, cooperative, ecc., generalmente segnalate dall'amministrazione penitenziaria o dai parenti del condannato);
- Informazioni sul comportamento tenuto dal condannato nello svolgimento dell'attività lavorativa (richieste al datore di lavoro o rappresentante dell'ente inserito nel sociale, presso il quale il condannato ha prestato la sua attività durante l'esecuzione della pena alternativa).

3. LA MESSA A NUDO DI UN FASCICOLO: IL DISCORSO ED I SUOI EFFETTI

Il fascicolo che abbiamo studiato e selezionato e a partire dal quale intendiamo mettere in evidenza e problematizzare gli effetti prodotti dai discorsi in esso contenuti, si riferisce ad un soggetto condannato a nove anni di reclusione, per aver commesso vari reati nel corso della sua vita. Le istanze promosse dal condannato, rigettate dal Magistrato di Sorveglianza e riproposte d'innanzi al Tribunale di Sorveglianza nella veste di giudice d'appello, sono:

- **Richiesta di detenzione domiciliare** (ex art. 47 O.P.);

di direttore dell'equipe. In altri casi invece, come quelli di tossicodipendenza, l'osservazione e il trattamento sono di competenza del "Gruppo osservazione e trattamento" (G.O.T.), un gruppo allargato nel quale prendono parte all'attività anche il sanitario, il cappellano del carcere, i volontari e gli insegnanti.

- **Richiesta di differimento pena facoltativo per grave infermità mentale** (ex art. 147 n.2 c.p.), da considerare in via subordinata rispetto alla prima istanza, qualora il Tribunale di Sorveglianza non sia nelle condizioni procedurali o sostanziali di poter concedere la pena alternativa della detenzione domiciliare.

Vorremmo partire analizzando uno stralcio della **Sentenza di condanna**. Dalla lettura di tale atto giudiziario, emerge il seguente discorso:

[...] il tribunale condanna l'imputato a nove anni di reclusione per i reati a lui ascritti di lesione personale, detenzione illegale di armi e munizioni, spari in luoghi abitati, ricettazione continuata in concorso, furto in concorso, commercio di prodotti con segni falsi, tentato omicidio, associazione di tipo mafioso, [...] nonché al pagamento delle spese processuali e di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare [...] Dichiaro l'imputato interdetto dai pubblici uffici [...] Ordina che l'imputato sia sottoposto, dopo l'espiazione della pena, alla misura della libertà vigilata e lo condanna al risarcimento dei danni nei confronti delle costituite parti civili.

Analizzando tale discorso attraverso gli strumenti della filosofia del linguaggio (*Cfr.* J. Austin, 1987) possiamo inquadrarlo quale enunciato performativo, ossia quale atto linguistico che non racconta l'azione, ma la realizza. Nello specifico un atto linguistico illocutorio diretto. Illocutorio, perché appunto la pronuncia dell'enunciato in questione, non descrive l'azione del giudizio di condanna, ma la compie; diretto, perché l'enunciato, si esprime attraverso verbi performativi (condannare, ordinare) che realizzano un'azione. In tale discorso, compare in maniera evidente la forza delle parole, si manifesta quella che Austin definisce la «forza illocutoria» che in questo caso fa sì che si realizzi un'azione verditiva (l'emissione di un giudizio, di un verdetto). A ben vedere, attraverso il proferimento di tale discorso, si determina la produzione di effetti illocutivi e perlocutivi, ovvero voluti e non voluti dal soggetto parlante, la cui rilevanza non attiene solo all'ambito linguistico, ma trasfonde nel sociale. Effetti che modificano la sfera individuale e gli assetti sociali. Però, per riuscire a cogliere tali effetti che procedono da un piano linguistico per poi esularne, l'analisi linguistica deve essere completata attraverso un'analisi del discorso. Cioè il discorso non è solo atto linguistico, ma si inserisce all'interno

di strategie di potere. Come rilevato da M. Foucault (2007, 30) «*il discorso è quest'insieme regolare di fatti, linguistici ad un determinato livello, polemici e strategici ad un altro*». Tali effetti derivanti dal discorso non sono altro se non effetti di potere.

Se utilizziamo queste considerazioni per rileggere il discorso di condanna formulato dal tribunale, possiamo osservare che da esso scaturisce la produzione di effetti di potere giuridici, punitivi e risarcitori, ma anche di effetti di potere non giuridici. *In primis*, da esso, deriva un effetto di potere giuridico che comporta la variazione dello *status* del soggetto in questione da “libero” a “detenuto”. In aggiunta però, esso produce anche effetti di potere non giuridici. Ad esempio, un effetto di potere che potremmo definire di “denigrazione sociale”, perché il soggetto dal momento della pronuncia di tale discorso (che compie il giudizio di condanna) appare agli occhi del contesto sociale colpevole in via definitiva; quindi queste affermazioni, se da un lato hanno il potere di sottrarlo alla stima dei suoi cari (parenti, vicinato, conoscenti ecc.) ingenerando in loro sfiducia, diffidenza e paura, probabilmente al contempo dall'altro, hanno la capacità di farlo apprezzare e considerare dal mondo della criminalità.

Sempre attraverso il fascicolo, cerchiamo ora di evidenziare come discorsi differenti, producono differenti effetti di potere. Per farlo, confrontiamo il discorso della sentenza di condanna, con quello contenuto in uno stralcio della **Relazione del servizio sanitario della casa circondariale** ove si asserisce:

[...] Il soggetto è stato ricoverato nel reparto di psichiatria dell'ospedale per 15 gg. per il tentativo di 'acting out' a mezzo impiccagione. A termine di accertamenti e cure veniva dimesso dal reparto con diagnosi di 'disturbo di personalità misto, in soggetto manifestante atti autolesionistici a chiara impronta dimostrativa per l'ottenimento di vantaggi secondari.' Al momento si trova in buone condizioni generali, coerente, lucido, senza turbe del pensiero e dell'umore, manifesta crisi ricorrenti tonico-cliniche con caduta al suolo, in trattamento farmacologico e sotto controllo specialistico psichiatrico e neurologico. Al momento le sue condizioni non richiedono ricovero in presidi sanitari extra-murari.

Il discorso formulato dal reparto di psichiatria dell'ospedale (in cui il soggetto viene ricoverato per quindici giorni per tentato omicidio), ripreso poi dal Servizio Sanitario della Casa Circondariale, è

un enunciato prevalentemente constattivo (che descrive un qualcosa del quale, a differenza degli enunciati performativi, si può affermare che sia vero o falso) e che produce effetti su un piano linguistico, che si traducono in effetti di potere sul piano sociale, differenti dal primo discorso che abbiamo considerato. Nel dettaglio, quale effetto di potere perlocutivo (non voluto) e non giuridico, la diagnosi formulata ha capacità di costruire un soggetto finto suicida, esibizionista, cinico, freddo e calcolatore, in grado di mettere a repentaglio la propria vita al solo scopo di ottenere dei vantaggi. Tale discorso però, pur non essendo pronunciato da un tribunale, asserendo che «le condizioni non richiedono assistenza al di fuori dal carcere», produce un effetto di potere che incide sulla sfera giuridica del soggetto. Questa affermazione ha quale conseguenza quella di restringere il campo di operatività del diritto fondamentale dell'individuo alla salute, sancito dalla costituzione all'art. 32. Quindi questo discorso ha quale effetto quello di escludere il condannato da un trattamento terapeutico, specifico e mirato, somministrato da una clinica specializzata che operi all'esterno del contesto carcerario. Tale enunciato, ha il potere di negare al detenuto l'accesso ad una cura scrupolosa ed indirizzata specificamente al trattamento della sua patologia, relegandolo alle sole cure dell'infermeria del carcere.

Questi discorsi diversi, formulati da soggetti istituzionali differenti che convergono nel complesso meccanismo della sorveglianza dell'esecuzione della pena e che producono effetti di potere (giuridici e non giuridici) diversi, costituiscono gli strumenti utilizzati dal Tribunale di Sorveglianza per formulare un discorso funzionale alla scelta di concessione o di negazione del beneficio al condannato. In altri termini, il discorso della sorveglianza dell'esecuzione penale, di cui il fascicolo è espressione nella sua totalità, lungi dal conformarsi ai canoni propri del discorso giuridico (riferimento a principi, indicazione di norme, interpretazione di postulati giuridici, riferimenti giurisprudenziali ecc.) si presenta come un prodotto ibrido, non riconducibile a nessuno dei discorsi che incorpora, ma che produce effetti di potere giuridici. Ciò, oltre che dal fascicolo nella sua interezza, lo si può scorgere nitidamente analizzando questo stralcio dell'**ordinanza finale**, provvedimento mediante il quale il Tribunale di Sorveglianza decide sull'istanze formulate dal condannato:

[...] La difesa dell' istante rappresenta che egli è seguito dal S.E.R.T. interno alla C.C. di Lecce ed è portatore di una carica

ansiosa che spesso sfocia in gesti di "acting out" auto ed etero diretti in ragione dei quali è stato sottoposto a provvedimento di grande sorveglianza [...]. Il C.T.P. medico psichiatra attesta che il detenuto è affetto da "disturbo borderline di personalità, depressione maggiore e ritardo mentale lieve" è pertanto auspicabile che il soggetto possa essere inserito in una comunità riabilitativa psichiatrica [...]. Il C.T.U. neuropsichiatra, attesta che il prevenuto è affetto da "disturbo somatoforme con note ansioso depressive associato ad un disturbo di personalità borderline" con un quadro di gracilità psico-intellettiva da presumibile deprivazione socio-culturale; manifesta inoltre crisi comiziali. Le sue condizioni di salute non rappresentano una valida condizione patologica di gravità, che, anche se non del tutto reversibile, come nel caso del disturbo di personalità, possono essere trattate in ambito carcerario non essendovi incompatibilità con lo stesso. [...] I Carabinieri della Legione Puglia hanno comunicato che il prevenuto è da ritenersi soggetto di elevata ed acclarata pericolosità sociale [...].

[...] Tanto premesso, questo Collegio ritiene che le istanze avanzate dal condannato tanto in via principale quanto in via subordinata debbano essere disattese [...].

Tale provvedimento, palesa come la verità della sorveglianza nell'esecuzione penale, si produca nell'istituzione del Tribunale di Sorveglianza, attraverso la formulazione di un discorso, formalmente giuridico, perché pronunciato da un tribunale (che costituisce nel caso in questione, ciò che su un piano linguistico J.Austin definisce «condizione di felicità»), ma che è tuttavia un meticcio. Tale discorso è il risultato della compenetrazione di discorsi diversi (giuridici e non giuridici), attinenti ad ambiti cognitivi eterogenei (medici e paramedici), i quali poggiano su statuti di verità differenti (psichiatria, psicologia, pedagogia, servizi sociali ecc.). Questi saperi diversi, che si esprimono in discorsi diversi, sono montati ad arte dal Tribunale di Sorveglianza per dare forma ad un discorso posto a supporto di una decisione giuridica. Tale discorso produce effetti di potere giuridici. Più precisamente, esso impedisce al condannato l'accesso al regime degli arresti domiciliari e gli nega il beneficio del differimento della pena. Questo discorso ibrido, che produce i suoi effetti giuridici facendo leva su statuti di verità non giuridici, trova uniformità solo nel riferimento alla sorveglianza del Tribunale di Sorveglianza. In altri termini, costruisce la verità della sorveglianza nel corso dell'esecuzione della pena.

Oltre a ciò, i saperi coinvolti nel complesso artificio della sorveglianza dell'esecuzione penale, hanno statuti di verità che si rivelano nel tempo statuti di falsità. Ossia, questi saperi evolvono attraverso la falsificazione di verità, che diventano ovviamente falsità. Come affermato da D. Antiseri (2001, 102): «*La storia della scienza è un cimitero di errori [...]*» Ad esempio, in passato la psichiatria considerava conforme al suo statuto di verità, trattare alcune patologie con la terapia delle docce di acqua gelata a sorpresa; oppure, la medicina, in base al suo statuto di verità, non considerava tossici e cancerogeni alcuni composti organici largamente impiegati come l'amianto ed il cloruro di vinile (cfr. E. Bencivenga, 2003). Queste verità passate, sono state falsificate e ritornano al presente nella forma di falsità. Tale considerazione, va a lambire la questione che intendiamo analizzare nel paragrafo successivo: il tempo e le temporalità attivate dai discorsi formulati dai soggetti istituzionali della sorveglianza.

4. LA MESSA A NUDO DI UN FASCICOLO: IL DISCORSO E LA TEMPORALITÀ

Le riflessioni sugli effetti di potere che scaturiscono dai discorsi e dal discorso della sorveglianza dell'esecuzione penale, effettuate nel paragrafo precedente, suggeriscono di prendere in considerazione la relazione che si instaura tra i discorsi, il tempo e gli effetti di potere. Più precisamente, sempre muovendo dal fascicolo del Tribunale di Sorveglianza, vogliamo affrontare la questione della temporalità. In particolare, abbiamo l'intenzione di rendere evidente (e problematizzare) come, tutti i soggetti istituzionali (e istituzionalizzati) che intervengono nel complesso artificio della sorveglianza dell'esecuzione penale, attraverso la formulazione dei loro discorsi, attivano delle temporalità diverse, producendo degli effetti diversi.

Prendiamo in considerazione il **Rapporto informativo dettagliato della Legione Carabinieri di Puglia** nel quale si afferma:

Il soggetto in ragione delle gravi e preoccupanti condanne penali riportate, essendo sottoposto a misura di prevenzione della sorveglianza speciale, è da ritenersi soggetto di elevata ed acclarata pericolosità sociale, nonché organico nell'associazione a delinquere di stampo mafioso denominata S.C.U. Inoltre, sul suo conto emerge che:

- 1) Ha sempre dimostrato in maniera inequivocabile la mancanza di concreti sintomi di ravvedimento, proseguendo sistematicamente nel suo continuo comportamento anti-giuridico, insensibile alle regole del vivere civile.
- 2) Annovera numerosi controlli di polizia in compagnia di persone censite dalle forze dell'ordine.
- 3) Non ha mai svolto alcuna attività lavorativa, pertanto è lecito ritenere che abbia sistematicamente tratto i mezzi di sostentamento dal compimento di azioni delittuose.

In questo rapporto dei Carabinieri, si riferisce su dei comportamenti tenuti dal soggetto nel corso del suo passato, prima che fosse recluso nell'istituto penitenziario e prima che fosse introdotto in un contesto trattamentale riabilitativo-detentivo che, al contrario, scandisce, giorno per giorno, istante dopo istante, il suo presente. Questo discorso, pertanto, attiva (al presente) un tempo passato, perché riferisce del passato del detenuto, ne narra i modi di fare e gli atteggiamenti assunti quando era ancora in libertà. Le argomentazioni del Servizio Sanitario del carcere (riportate e analizzate nel paragrafo precedente) invece, attivano un tempo presente, ossia raccontano del presente del detenuto e del suo stato di salute nel corso dell'espiazione della pena. Oltre a ciò, entrambi i discorsi sono scritti al presente, ma comunque si tratta, per tutti e due, di un tempo presente che è antecedente rispetto al tempo della decisione del Tribunale di Sorveglianza; quindi, un presente, che rispetto al presente della decisione del Tribunale di Sorveglianza è già passato.

Cercando di chiarire meglio tali aspetti discorsivi legati al tempo, possiamo rilevare che – come per tutti i soggetti calati in un contesto comunicativo – l'operare dei soggetti istituzionali ed istituzionalizzati che prendono parte all'artificio (istituzionale) della sorveglianza, si realizza al presente. Ovvero, la formulazione (o la pronuncia) del loro discorso, avviene sempre al presente. Ancorché questi discorsi siano formulati (o pronunciati) al presente, possono attivare attraverso le loro argomentazioni temporalità passate (riferendo per es. sulle condotte che il soggetto aveva prima della condanna, durante la sua giovinezza o nella sua infanzia), ma anche temporalità future (riferendo per es. che il reinserimento in società del soggetto costituirebbe un pericolo per la sua e l'altrui incolumità, oppure che il suo rientro in famiglia ne lenirebbe le sofferenze psichiche), producendo degli effetti

che si proiettano nel presente e nel futuro del condannato. Ad esempio, il discorso del Servizio Sanitario interno al carcere, produce quale effetto nel presente del detenuto, quello di non modificare la terapia (sommministrata all'interno del carcere) con la quale viene trattata la sua patologia; il discorso del Tribunale di Sorveglianza (contenuto nell'ordinanza riportata nel paragrafo precedente) invece, produce quale effetto nel futuro del detenuto, quello di protrarre lo stato di reclusione in carcere.

Inoltre, non solo i soggetti della sorveglianza si esprimono ed operano al presente, ma lo fanno nel loro presente. Ovvero, tra l'operare di un soggetto istituzionale al presente e l'operare al presente di un altro soggetto istituzionale, non c'è coincidenza temporale. In altri termini, tali soggetti non operano nella stessa temporalità, non condividono lo stesso presente (ad es. i discorsi dei carabinieri, del Servizio Sanitario interno al carcere e quello del Tribunale di Sorveglianza, sono scritti tutti al presente, ma sono dei presenti diversi tra di loro); benché operino attraverso discorsi formulati o pronunciati al presente, si tratta di un loro presente, sicché un presente sarà antecedente rispetto agli altri che saranno posteriori (nel caso in questione, il tempo presente del discorso del Tribunale di Sorveglianza è posteriore rispetto al presente degli altri discorsi che sono antecedenti).

Quindi nella sorveglianza dell'esecuzione della pena, temporalità presenti, passate e future vengono attivate, attraverso discorsi che convergono nel fascicolo, determinando degli effetti che si scaricano nel presente e nel futuro del condannato.

Il rapporto dei carabinieri riportato, inoltre, ci consente di mettere a fuoco un altro aspetto della questione temporalità, ovvero: come il Tribunale di Sorveglianza prenda la sua decisione al presente, costruendola sulla base del passato del condannato, determinandone il futuro.

In altri termini, così come risulta nello stralcio dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza (riportata ed analizzata nel paragrafo precedente), il tribunale pone a supporto della sua argomentazione di negazione dei benefici all'istante, il fatto che i carabinieri abbiano riferito che il soggetto in questione sia da ritenersi «soggetto di elevata ed acclarata pericolosità sociale».

Tuttavia il soggetto, viene classificato come pericoloso, nel rapporto dei carabinieri, proprio «sulla base delle gravi e preoccupanti

condanne penali riportate», ossia subite nel corso della sua vita passata. Vale a dire, questo soggetto era già pericoloso prima di iniziare il percorso di espiazione della pena ed il trattamento riabilitativo. Pertanto, il Tribunale di Sorveglianza, con il suo discorso riattiva quel passato del soggetto, quei reati, quelle condotte, restituendogli consistenza, raccontandole al (suo) presente, determinandone (con la decisione) il futuro. Il futuro del condannato, in questo caso, è la continuazione del regime detentivo murario. Il suo presente, il trattamento riabilitativo, marcato istante dopo istante. Tale modalità discorsiva ed operativa del Tribunale di Sorveglianza, problematizza in modo molto chiaro il discorso giuridico moderno sulla penalità, il quale tende ad affermare che dopo la condanna di un soggetto imputato, ciò che ha commesso rappresenta il passato, qualcosa da cancellare di cui non occorre più tener conto, mentre ciò che rileva è il comportamento tenuto dal detenuto nel corso trattamento penitenziario.

Come rilevato da R. Koselleck (1986, 300 ss.) futuro e passato, incrociandosi e combinandosi nelle categorie storiche di «aspettativa» e di «esperienza», rendono possibile l'agire umano al presente. Il presente nel quale si consuma l'agire umano, quindi, per la sua struttura incrociata, che lo rende *trait d'union* in cui il futuro sfugge nel passato ed il passato trasfonde nel futuro, esiste continuamente unicamente come momento in bilico tra l'estensioni temporali del «già stato» e del «non ancora», della memoria e dell'aspettativa. Il Tribunale di Sorveglianza non si sottrae a tale logica operativa, decidendo del condannato al presente, muovendo tra queste due categorie storiche, quella della «memoria delle sue condotte criminose» e quella «dell'aspettativa di una sua completa riabilitazione»; oscillando tra due estensioni temporali della vita del condannato, quella del «già stato condannato» e quella del «non ancora riabilitato».

5. LA FABBRICA DELLA SORVEGLIANZA

Alla luce del ragionamento e delle considerazioni effettuate sino a questo momento, emerge un quadro relazionale tra diritto e sorveglianza dall'aspetto multiforme e volubile, che passa da discorsi che determinano effetti di potere attivando delle temporalità diverse. Tenendo in considerazione le riflessioni realizzate nei paragrafi precedenti, possiamo tentare di ridescrivere il diritto osservandolo dalla prospettiva della sorveglianza dell'esecuzione penale. Assumendo la sorveglianza quale nostra prospettiva di osservazione del diritto,

esso si configura come un dispositivo di controllo dai confini variabili e porosi che coinvolge discorsi e figure istituzionali molto diverse e differenziate. Il diritto, osservato da quest'angolazione, opera attraverso un discorso, composto non tanto su un sapere giuridico, quanto piuttosto su saperi non giuridici. Un diritto che, attraverso un discorso che fa leva su statuti di verità non giuridici e destinati nel tempo alla falsificazione, produce effetti giuridici; ma al contempo un diritto che, attraverso un discorso, non produce soltanto effetti di potere giuridici, ma anche effetti di poteri non giuridici, di gestione, differenziazione, inclusione/esclusione dei soggetti condannati. Tale diritto, attraverso un discorso, decide al (suo) presente, ma non di condotte realizzate solo nel presente del condannato, bensì costruendo di volta in volta il tempo, attivando e riattivando le condotte, su cui basare la sua decisione, oscillando tra passato, presente e futuro del soggetto istante. Pertanto, si osserva un diritto che non garantisce il tempo sulla base del tempo in cui decide, ma che garantisce soltanto la decisione al suo presente. La ridescrizione del diritto da questa prospettiva, fa scricchiolare l'apparato di un diritto che, dalla prospettiva della retorica politica e giuridica penale moderna, si osserva e si racconta come certo e garantista.

Inoltre, sulla scorta degli aspetti inerenti agli effetti di potere prodotti e alle temporalità attivate dai discorsi formulati (o pronunciati) dai diversi soggetti istituzionali coinvolti nella sorveglianza dell'esecuzione penale – che abbiamo cercato di mettere in evidenza, muovendo dall'analisi discorsiva di alcuni documenti contenuti all'interno di un fascicolo del Tribunale di Sorveglianza – possiamo riconsiderare l'attività della sorveglianza attuata dal Tribunale di Sorveglianza e ripensare tale istituzione. Più precisamente, lungi dal liquidarla frettolosamente riducendola semplicemente a un dinamismo decisionale giuridico, possiamo riconsiderare l'attività della sorveglianza attuata dal Tribunale (di Sorveglianza), quale una complessa macchinazione istituzionale. Complessa macchinazione istituzionale, nel senso di un'organizzata interconnessione tra soggetti istituzionali (e istituzionalizzati) diversi, che sono titolari di bagagli esperenziali disparati, rientranti in ambiti cognitivi differenti (giuridici e non giuridici), e tra reti di discorsi da essi formulati (o pronunciati) e dai quali, il Tribunale di Sorveglianza, formula un discorso ibrido (perché non riconducibile a nessuno dei discorsi che incorpora) posto a supporto di una decisione giuridica.

Tenuto conto di ciò, possiamo quindi ripensare l'istituzione del Tribunale di Sorveglianza quale "fabbrica della sorveglianza" dell'esecuzione penale. Il termine fabbrica, in tale contesto, chiaramente, non va inteso in un'accezione puramente fordista, cioè nel senso di luogo in cui – attraverso un processo automatizzato noto come catena di montaggio – avviene la produzione di un manufatto industriale complesso, bensì quale luogo di realizzazione di questa complessa macchinazione istituzionale. Fabbrica, pertanto, osservata come un'articolata interazione tra soggetti, nella quale le figure degli operai della fabbrica tradizionale, sono sostituite dalle figure di soggetti istituzionali (ed istituzionalizzati), detentori di diversi saperi e, nella quale, le materie prime ed i pezzi da selezionare, scartare, ed assemblare, e quindi su cui operare, non sono meccanici, siderurgici, tessili ecc., ma sono pezzi di discorsi, argomentazioni afferenti ad ambiti cognitivi disparati.

In questa fabbrica, il prodotto finale è un discorso che attiva delle temporalità diverse e che produce diversi effetti di potere.

REFERENCIAS

- ANTISERI Dario, (2001). **Elogio dell'errore in Pedagogia, epistemologia e didattica dell'errore**. In Antiseri, Bachelard, Baldini, Bernard, Beveridge, Cannon, Dematté, Enriques, Feynman, Mach, Montessori, Mollo, Murri, Oppenheimer, Perkinson, Popper, Postman, Vailati, a cura di, BINANTI Luigino, Rubettino editore, Soveria Mannelli (Catanzaro), pp.101-105.
- AUSTIN John L. (1987). **Come fare cose con le parole**, Marietti, Genova.
- BENCIVENGA Ermanno (2003). **I passi falsi della scienza**, Garzanti, Milano.
- FOUCAULT Michel (2012). **Sorvegliare e punire**, Einaudi, Torino.
- FOUCAULT Michel (2001). **Dits et écrits, Il vol., 1976-1988**, Quarto Gallimard, Paris.
- FOUCAULT Michel (2007). **La verità e le forme giuridiche**, La città del sole, Napoli.
- KOSELLECK Reinhart (1986). **Futuro passato**, Marietti, Genova.
- LATOUR Bruno (2007). **La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato**, Città aperta edizioni, Troina (En).
- LATOUR Bruno (2008). **Disinventare la modernità**, Elèuthera, Milano.

Il Codice Civile Generale Austriaco (ABGB) – lavori preparativi e caratteristiche generali

Gábor Hamza*

SUMÁRIO: 1 I tentativi di unificazione del diritto privato; 2 Il processo di elaborazione del Codice Civile Generale Austriaco (ABGB); 3 Le caratteristiche generali del Codice Civile Generale Austriaco; 4 L'influenza della Scuola Storica (*historische rechtsschule*) sull'uso del codice civile generale austriaco e sulla scienza giuridica (*rechtswissenschaft*); 5 La riforma del Codice Civile Generale Austriaco nel XX secolo; 6 La riforma del codice civile generale austriaco nel xx secolo

1. I TENTATIVI DI UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

Ritroviamo i principî del diritto romano nell'ambito dei formulari e dei testi giuridici delle regioni ereditarie austriache; essi rivestivano però solo un ruolo sussidiario.

A partire dalla seconda metà del XVI secolo i giuristi che affrontavano problemi di diritto privato dal punto di vista pratico cercarono di avvicinare il diritto consuetudinario statale, ovvero il diritto delle regioni ereditarie (i territori austriaci sopra e sotto l'Enns, Stiria, Carinzia, Krain, Tirolo, Görz, Trieste, Istria e Vorarlberg) al diritto romano e al diritto canonico (*ius canonicum*), mossi dallo scopo di unificare i diversi ordinamenti giuridici.

I tribunali delle città (per esempio quelli di Vienna) in casi relativi alle successioni e ai rapporti patrimoniali fra coniugi citavano

(*) Professore ordinario, socio ordinario dell'Accademia delle Scienze Ungherese (MTA). Università "Eötvös Loránd" (Budapest). Email: gabor.hamza@ajk.elte.hu

il diritto romano giustiniano direttamente, oppure tramite le opere dei Commentatori (Postglossatori).

Come si diceva, a partire dalla seconda metà del XVI secolo gli autori dei trattati che analizzavano questioni giurisprivatistiche da un punto di vista pratico – tra loro ha particolare rilievo Bernhard Walther – hanno armonizzato il diritto consuetudinario delle regioni austriache con il diritto romano. Il diritto romano ha così facilitato l'avvicinamento fra i diritti consuetudinari di ciascuna regione. Esso, alla svolta del XVIII e del XIX secolo, insieme al diritto naturale ha costituito la base della codificazione giusprivatistica avente fine l'unificazione del diritto.

Bernhard Walther von Walthersweil (1516-1584), professore di legge e giurista pratico, era originario di Leipzig. Tra il 1537-1539 studiò a Bologna con Alciatus, poi divenne dottore *utriusque iuris* a Pavia. In base alle sue opere, scritte negli 1552-1558 (*Aurei Tractatus iuris Austriaci*) e chiamate “dissertazioni d'oro” grazie al loro alto livello scientifico – secondo Arnold Luschin von Ebengreuth – viene considerato “il padre” della scienza giuridica austriaca. Nelle opere di Walther von Walthersweil il diritto consuetudinario è il diritto principale. Laddove la consuetudine non è adatta, deve essere utilizzato il diritto comune, ovvero il *ius Romanum* per garantire certezza giuridica (*certitudo iuris*).

Sulla scia di Bernhard Walther von Walthersweil diversi trattati vennero scritti in Austria. Dobbiamo menzionare le opere di Johann Baptist Suttinger von Thurnhoff (?-1662), Johann Heinrich Reutter, Johann Weingärtler, Benedikt Finsterwalder e Nikolaus von Beckmann (1634-1689).

L'opera di Nikolaus von Beckmann, intitolata *Idea iuris statutarii et consuetudinarii Stiriaci et Austriaci cum Iure Romano collati* pubblicata nel 1688 è caratterizzata dall'uso del metodo comparativo. L'autore compara il diritto consuetudinario e il diritto statuario della Stiria e dell'Austria sotto e sopra l'Enns con il diritto romano.

Nikolaus von Beckmann è autore anche dell'opera *Doctrina iuris* pubblicata nel 1676, considerata anche un lavoro di diritto in forma antologica. Questo giurista progettò per primo la sostituzione del *Corpus iuris civilis* con le Istituzioni di Giustiniano e con il *Corpus Iuris Leopoldinum* basato sul *Digesto* (l'opera fu intitolata in questo modo

con riferimento al regno dell'imperatore Leopoldo I (1658-1705) ritenuto il „secondo Giustiniano” [*redivivus et alter Justinianus*]). Anche Benedikt Finsterwalder si prefisse lo scopo di unificare l'ordinamento giuridico dell'Austria sopra e sotto l'Enns con il diritto comune-romano nella forma di compilazione o codice.

Il giurista e cancelliere Johann Baptist Suttinger è l'autore dell'opera, pubblicata in diverse edizioni, *Consuetudines Austriacae*, nella quale il diritto romano è presentato come un diritto subsidiario. L'opera fu pubblicata per la prima volta qualche decennio dopo la morte dell'autore, nel 1716 a Norimberga (Nürnberg).

Sempre con riferimento all'unificazione del diritto privato dobbiamo menzionare le diverse collezioni di diritto consuetudinario. La collezione *Institutum Ferdinandi I*, così intitolata in onore dell'imperatore Ferdinando I (*de facto* dal 1556, *de iure* dal 1558 fino al 1564), arciduca dell'Austria (1521-1564) e conclusa nel 1528, può essere ritenuta il primo progetto di codice contenente il diritto dell'Austria sotto l'Enns. Nell'opera, grazie all'influenza degli Umanisti, è forte il ruolo ricoperto dal diritto romano. Questo lavoro, però, non influenzò la giurisprudenza austriaca.

La *Landtafel oder Landesordnung des Erzherzogtums unter der Enns*, chiamata anche “Progetto Püdler” (*Entwurf Püdler*) dal nome del suo autore Wolfgang Püdler, fu pubblicata nel 1573 e fu utilizzato nella pratica come codice. Il “Progetto Püdler” influenzò notevolmente i vari progetti di codice e la codificazione del diritto privato durante il XVIII secolo. Abraham Schwarz lo utilizzò nel suo Progetto di codice di diritto dell'Austria sopra l'Enns (1609).

Dobbiamo ancora menzionare l'opera *Kompilationen der vier Doktoren* pubblicata nel 1654 e scritta da Suttinger, Seiz, Hartmann e Leopold. Quest'opera è stata influenzata dalle compilazioni precedenti e dal diritto romano. La compilazione è strutturata in sei libri: diritto delle azioni, contratti, diritto delle successioni testamentarie, diritto delle successioni secondo la legge, diritto feudale e *iura corporalia*. Il lavoro è talvolta in opposizione al diritto consuetudinario tradizionale. Per esempio, nella disciplina della successione legittima. Questo deriva dal fatto che il Progetto utilizza le disposizioni giustiniane in tema di successioni senza modifiche significative. Il quarto libro sulle successioni legittime entrò in vigore nel 1720 con il titolo di *Neue Satz- und Ordnung vom Erbrecht außer Testament* (nuove

disposizioni sulla successione al di fuori del testamento) nell'Austria sotto l'Enns. La compilazione entrò in vigore senza modifiche nell'Austria sopra l'Enns e nella Stiria nel 1729, e qualche anno dopo in Krain e nella Carinzia.

Il *Tractatus de iuribus incorporalibus* del 1679 contiene disposizioni sui rapporti giuridici fra i sudditi, sulla proprietà e sul diritto del mutuo e dell'enfiteusi dell'Austria sotto l'Enns. Questo lavoro, disciplinante la proprietà privata autonoma agraria e utilizzato come legge agraria in seguito all'approvazione del sovrano, fu modificato più volte. Dobbiamo ancora menzionare le disposizioni di diritto successorio pubblicate in diverse regioni ereditarie tra il 1720-1749, che costituirono la base della prima collezione di consuetudini in materia di successione legittima in Austria.

Questi progetti di *Landsrecht* condussero alla creazione del *Ius Romano-Germanicum* austriaco. Grazie a questi progetti gran parte del diritto privato austriaco fu raccolto sistematicamente e regolato in modo legislativo. Certi istituti giuridici presenti nei diversi progetti furono armonizzate ed in seguito a ciò certi progetti furono utilizzati come legge.

L'unica regione ereditaria dove la compilazione, ovvero la codificazione del diritto privato non rimase soltanto un progetto fu il Tirolo. Qui infatti i decreti regionali erano approvati dall'imperatore. Fra i decreti emerge per importanza la *Bauernlandesordnung* del 1526, la quale riconosce la capacità giuridica dei contadini nelle successioni. Questa disposizione fu sostituita da un decreto del 1532 legato al nome di Jakob Frankfurter, seguito a sua volta nel 1573 da un decreto modificato (*Neureformierte Landesordnung*), in vigore fino all'ABGB. Il contenuto di questa fonte giuridica fu influenzata dal diritto tedesco dato che Leopòldo V d'Asburgo, arciduca d'Austria-Tirolo (1625-1632) riconobbe ben due volte – nel 1619 e nel 1628 – il vigore sussidiario del diritto romano comune.

La codificazione del diritto privato fu anticipato dai decreti regionali della Boemia e Moravia, rinnovati ed approvati dall'imperatore nel 1627-1628.

I diversi diritti delle regioni ereditarie furono avvicinate per garantire la certezza del diritto (*certitudo iuris*) con l'aiuto del diritto romano. Il diritto romano all'inizio del XIX secolo fu una colonna

portante nella codificazione del diritto privato, finalizzata all'unificazione dei vari diritti.

2. IL PROCESSO DI ELABORAZIONE DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO (ABGB)

L'ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) è opera del lavoro di due generazioni di giuristi eminenti. Maria Teresa (1740-1780) costituì una commissione il 14 febbraio 1753 con lo scopo di compilare un diritto che era incerto e diviso. La commissione volle creare un unico codice per tutte le regioni ereditarie austriache con l'unificazione degli ordinamenti giuridici già esistenti. La commissione era formata da un presidente e da sei membri, i quali rappresentavano una parte dello Stato (Boemia, Moravia, Silesia, Pre-Austria, Austria sopra e sotto l'Enns e Austria Interiore). Il centro di lavoro della commissione era a Brünn, oggi Brno, città nella Repubblica Ceca. Il portar a termine della codificazione del diritto privato è dovuto in gran parte a Joseph Ritter von Azzoni (1712-1760), ottimo conoscitore del diritto romano comune, del diritto locale e del diritto naturale.

Il *Codex Theresianus* del 1766, rimasto allo stato di progetto (*Projekt*) era in verità una collezione di norme basata sulla casistica, avente 7377 paragrafi, e rispecchiante in gran parte le tradizioni del diritto romano. Il *Codex Theresianus* era costituito da tre parti (diritto delle persone, diritti reali e diritto delle obbligazioni) divise in capitoli. I capitoli si dividevano a loro volta in paragrafi.

Fece parte del lungo processo di codificazione del diritto privato la redazione dell'ABGB parziale (*Teil-ABGB*) – ovvero la prima parte del codice civile austriaco – nel 1786 e con la patente dell'imperatore Giuseppe II (1780-1790) in materia di successione, promulgata nello stesso anno. L'ABGB parziale – chiamato *Josephinisches Gesetzbuch* in onore di Giuseppe II – entrò in vigore nel 1787¹. In seguito alla codificazione il diritto romano cessò di essere diritto vigente; ciononostante continuò ad essere insegnato, da un lato a causa della vigenza limitata al diritto delle successioni del *Teil-ABGB*, dall'altro

1. Questo codice fu commentato da Joseph Leonard Banniza (1733-1780) con il titolo di "Gründliche Anleitung", ritenuto uno dei primi lavori della "nuova" scienza del diritto privato austriaca.

per il fatto che il diritto romano rimase una base importante per i progetti dell'ABGB.

L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (ABGB), il Codice civile generale austriaco, fu promulgato nel 1811 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1812 (riguardo al titolo tedesco del codice dobbiamo menzionare che l'Impero Austriaco fu creato nel 1804). L'ABGB abrogò tutte le fonti di diritto privato in vigore in quel periodo: il diritto romano, l'ABGB parziale del 1786 (*Josephinisches Gesetzbuch*), la patente successoria del 1786 ed il Codice per la Galizia del 1797, nonché il diritto consuetudinario e locale.

Il Bürgerliches Gesetzbuch per la Galizia, nonostante sia conosciuto con tre nomi diversi (Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien, Bürgerliches Gesetzbuch für Ostgalizien e Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien) entrò in vigore nel 1797, ha un testo identico. Questo codice fu il primo codice civile completo e moderno in Europa e a livello mondiale. È da menzionare il fatto che il testo definitivo dell'ABGB nacque dalla modifica di questo codice tra il 1801 ed il 1810.²

Il Codice civile generale austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* /ABGB/, 1811), nella cui redazione hanno avuto un'importanza determinante Karl Anton Freiherr von Martini zu Wasserberg (1726-1800) e Franz von Zeiller (1751-1828); ambedue erano rappresentanti del diritto naturale secolarizzato ("*säkularisiertes Naturrecht*") nonché adetti della filosofia kantiana. È da notare che una notevole parte del contenuto dell'ABGB ha radici riconducibili al diritto romano.

Per quanto riguarda la sua struttura, esso si basa – per quel che riguarda la separazione del diritto delle persone (*Personenrecht*) dal diritto reale (*Sachenrecht*) – sul sistema delle Istituzioni di Giustiniano. Secondo alcuni autori³ la struttura del Codice civile generale

2. W. Brauner: Das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch: Europas erste Privatrechtskodifikation. In: H. Barta – R. Palme – W. Inghenaeff (hrsg.): *Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums*, 1998 Wien, 1999.

3. H. Krejci: *Privatrecht*. Wien, 2000⁴.

austriaco segue il cosiddetto ‘più giovane’ sistema pandettistico (“jüngeres Pandektensystem”).

La categorizzazione principale del diritto delle persone (*Personenrecht*) e dei diritti reali (*Sachenrechte*) segue quella del sistema delle Istituzioni. È caratteristica particolare del Codice civile generale austriaco la divisione dei diritti personali sulle cose (*persönliche Sachenrechte*) e i diritti sulle cose (*dingliche Sachenrechte*) nell’ambito della categoria (del termine) generale *De rebus* conosciuta nelle Istituzioni di Gaio.

3. LE CARATTERISTICHE GENERALI DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO

Il testo originale del Codice civile generale austriaco contiene 1502 paragrafi (*Paragraphen*) interamente dedicati al diritto civile.⁴

L’Introduzione (*Einleitung*) del Codice (par. 1-14) “Delle Leggi in generale” (*Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt*) contiene le disposizioni generali del Codice.

La Parte prima (*Erster Teil*) del Codice (par. 15-284) “Del diritto delle persone” (*Von dem Personenrechte*) tratta il diritto delle persone (*ius personarum* o *de personis*) con il matrimonio e con le disposizioni riguardanti la filiazione.

La Parte seconda (*Zweiter Teil*) del Codice (par. 285-1341) “Del diritto sulle cose” (*Von dem Sachenrechte*) regola i diritti reali. In questa parte il Primo capitolo (*Erste Abteilung*) riguarda i “Diritti reali sulle cose” (*Von den dinglichen Rechten*). Qui sono regolati il possesso, la proprietà, l’acquisizione della proprietà, il diritto di pegno, le servitù e il diritto delle successioni (*Erbrecht*). Il Secondo capitolo (*Zweite Abteilung*) regola i “Diritti personali sulle cose” (*Von den persönlichen Sachenrechten*); i contratti, il diritto patrimoniale matrimoniale (*Von den Ehepakten*) e il risarcimento dei danni (*Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung*).

Nella Parte terza (*Dritter Teil*) del Codice (par. 1342-1502) “Disposizioni comuni relative al diritto delle persone e al diritto sulle

4. Qui menzioniamo che circa 60 per cento del testo originale dell’ABGB è tuttora in vigore.

cose" (*Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte*) si trovano il fondamento dei diritti e delle obbligazioni (*Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten*), la modifica dei diritti e delle obbligazioni (*Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten*), l'estinzione dei diritti e delle obbligazioni (*Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten*) e la prescrizione e l'usucapione (*Von der Verjährung und Ersitzung*). La Parte terza del Codice mostra poche similitudini con la Parte generale (*Allgemeiner Teil*) del sistema pandettistico (*Pandektensystem*).

Il Codice civile generale austriaco è considerato un codice civile generale per tre motivi. In primo luogo, l'ABGB era in vigore come unico codice in tutte le regioni ereditarie della monarchia austriaca. Ciò significa che tutti i diritti locali (*Lokalrechte*) in vigore in questi territori furono abrogati. In secondo luogo, – al contrario di altre fonti legislative – esso regolava i rapporti fra gli abitanti delle regioni ereditarie senza distinzione di stato sociale. Infine, l'ABGB regolava il diritto privato generale e non uno dei diritti privati speciali (*Sonderprivatrechte*) come il diritto commerciale (*Handelsrecht*) o il diritto cambiario (*Wechselrecht*).

Nella scienza del diritto privato in Austria fino alla metà del XIX secolo la Scuola Esegetica (*Exegetische Schule*) ebbe un certo rilievo; essa, – soprattutto sotto l'influenza della Scuola del diritto naturale (*Naturrechtsschule*) – spingeva i suoi rappresentanti a interpretare il codice civile alla lettera. Tra i rappresentanti della Scuola Esegetica troviamo Joseph Ritter von Winiwarter (1780-1848) e Franz Xaver Nippel von Weyerheim (1787-1862). Attraverso l'influenza della Pandettistica tedesca, a partire dalla seconda metà del XIX secolo – il periodo del neoassolutismo (*Neoabsolutismus*) – si arrivò ad un cambiamento nell'interpretazione dell'ABGB. Questo cambiamento non sarebbe mai avvenuto senza la riforma delle facoltà di giurisprudenza iniziata dal ministro dell'educazione Graf Leo von Thun-Hohenstein (1811-1888), il quale fece diffondere la dottrina e i concetti della Pandettistica (Scuola storica) tedesca. L'influenza della Pandettistica tedesca in Austria è stata limitata dal fatto che l'ABGB non si basa sul sistema delle pandette (*Pandektensystem*).

In Austria i rappresentanti più rinomati della Pandettistica tedesca basata sul diritto romano furono Moritz von Stubenrauch (1811-1865), autore tra l'altro dell'opera "*Das allgemeine bürgerliche*

Gesetzbuch auf das praktische Bedürfnis erläutert”, Joseph Unger (1828-1913), Viktor Hasenöhrle (1834-1903) e Anton Exner (1841-1894), il successore di Rudolf von Jhering a Vienna dal 1872 e di Bernhard Windscheid a Leipzig dal 1892.

4. L'INFLUENZA DELLA SCUOLA STORICA (HISTORISCHE RECHTSSCHULE) SULL'USO DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO E SULLA SCIENZA GIURIDICA (RECHTSWISSENSCHAFT)

È soprattutto per merito di Joseph Unger, che la giusprivatistica austriaca, facendo suoi i concetti della Pandettistica, si è posta di nuovo sulla scia del diritto romano, e si è rinnovata dopo averlo recepito. La sua gigantesca opera di due volumi, rimasta incompiuta, intitolata *“System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts”* fu pubblicata nel 1856 e negli anni 1857/1859. Secondo Unger bisognava obbligatoriamente avvicinare la civilistica austriaca a quella tedesca ma senza abrogare l'ABGB nel processo di unificazione del diritto dei Paesi di lingua tedesca. Già nel 1850 Unger sottolineò la necessità di un unico codice civile basato sul diritto romano per la federazione degli Stati di lingua tedesca; si fece inoltre portatore dell'idea della re-interpretazione del Codice civile generale austriaco avvalendosi dei concetti della Pandettistica tedesca, pur mantenendo in vigore l'ABGB. Le osservazioni di Joseph Unger relative alla re-interpretazione del Codice civile generale austriaco sono raccolte nella sua opera pubblicata nel 1858, *“Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz”*.

Dobbiamo menzionare che Adalbert Theodor Michel (1821-1877) già prima di Joseph Unger pose l'ABGB in un nuovo sistema (il diritto delle persone, diritto patrimoniale, diritto di famiglia e diritto successorio) nella sua opera *“Grundriß des heutigen österreichischen allgemeinen Privatrechts”*.

Il diritto privato austriaco si trasformò secondo il sistema della Pandettistica tedesca in gran parte per merito del noto civilista Ernest Till (1846-1926), di origine polacca. Till si occupò del diritto privato austriaco (*österreichisches Privatrecht*) nella sua opera *“Prawo prywatne austriackie”* (Diritto privato austriaco). Quest'opera di sei volumi fu pubblicato più volte tra il 1884-1911 e da allora è considerata un lavoro fondamentale dato che è il commentario più dettagliato

dell'ABGB. Ernest Till partecipò anche ai lavori di riforma del Codice civile generale austriaco durante la prima guerra mondiale.

La prima esposizione completa del diritto privato austriaco in lingua tedesca è l'opera di Josef Krainz (1821-1875). La sua opera "*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*" fu pubblicata, dopo la sua morte, tra il 1885-1889 da Leopold Pfaff. Quest'opera fu utilizzata e pubblicata anche da Armin Ehrenzweig (1864-1935), nato a Budapest.

Nell'interpretazione dell'ABGB ebbero un ruolo importante anche i giuristi interessati al diritto comparato. Qui dobbiamo menzionare soprattutto Anton Ritter von Randa (1834-1914), il quale durante i suoi studi sulla dottrina del possesso (*Besitzlehre*) utilizzò non solo il diritto romano comune ma anche il Codice generale prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), il *Code civil* francese, il Codice civile sassone (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*) e quello di Zurigo (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*).

Il commentario redatto da Franz Hofmann (1847-1897) e Leopold Pfaff (1837-1914), sfortunatamente rimasto incompiuto, contribuì molto alla nuova interpretazione (re-interpretazione) del Codice civile generale austriaco. Questi due autori durante il loro lavoro di studio approfondito dell'ABGB crearono una "rinnovata civilistica austriaca" ("*erneuerte österreichische Zivilrechtswissenschaft*"), senza distaccarsi completamente dalle tradizioni della scienza del diritto privato austriaco.

5. LA RIFORMA DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO NEL XX SECOLO

I materiali dei lavori preparativi dell'ABGB, che spiegano l'origine e interpretano il senso originale dei paragrafi del Codice, furono pubblicati soltanto negli anni Ottanta del XIX secolo. Sulla base di questi lavori diventa chiaro che i redattori del Codice civile generale austriaco si avvalsero del diritto romano e lo interpretarono e adoperarono in maniera adeguata. La loro intenzione era di giungere ad uno sviluppo del diritto romano *in forma codificata*.

Di conseguenza i giusciviltisti in Austria a partire dalla metà del XIX secolo non vollero redigere un codice civile nuovo ma si

accontentarono di una re-interpretazione e di una revisione parziale (*Teilrevision*) del Codice civile generale austriaco in vigore.

Nel 1904 si formò una commissione incaricata della riforma dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Il suo presidente fu Joseph Unger, il quale iniziò la revisione del codice pubblicando la sua opera "*Zur Revision des ABGB*". Lo scopo della commissione era di elevare a forza di legge i risultati più recenti della scienza giusprivatistica. I risultati dei lavori preparativi furono tre novelle inserite nell'ABGB tramite "decreti di urgenza" (*Notverordnungen*): nel 1914 sul diritto delle persone, sul diritto di famiglia e sul diritto delle successioni, nel 1915 sul diritto di vicinanza (*iura vicinitatis, Nachbarrecht*), nel 1916 sulla riserva del diritto della proprietà (*Eigentumsvorbehalt*), sul divieto di aggravamento (*Belastungsverbot*), sui contratti, sull'assunzione del debito altrui (*Schuldübernahme*), sulla promessa di ricompensa (*Auslobung*), sul risarcimento del danno e sulla prescrizione.

Queste tre "novelle di urgenza" modificarono circa un quinto del Codice civile generale austriaco mentre riguardo alle obbligazioni modificarono 180 articoli. Le novelle furono influenzate dal BGB tedesco e dalla Pandettistica tedesca (*Pandektistik o Pandektenwissenschaft*). Esse non modificarono la struttura dell'ABGB, non inserirono per esempio, tenendo conto del modello del BGB, una Parte Generale (*Allgemeiner Teil*), ma precisarono alcune definizioni grazie al metodo della giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*).

L'ABGB dopo la proclamazione della Repubblica Austriaca (*Republik Österreich, Deutsch-Österreich*) e l'entrata in vigore della Costituzione federale (*Bundesverfassungsgesetz*), il 1 ottobre 1920, fu modificato più volte sulla base delle nuove leggi federali (*Bundesgesetze*).

Il diritto matrimoniale e quello di famiglia furono modificati dalla Legge sul matrimonio (*Ehegesetz*) dopo l'annessione (*Anschluß*), quando l'Austria divenne parte dell'Impero Tedesco (*Deutsches Reich*)⁵. La Legge sul matrimonio, promulgata il 6 luglio 1938, comporta

5. Il nome Austria (*Österreich*) cessò di esistere e fu sostituito da *Ostmark*. Lo stato federale prima dell'*Anschluß* divideva l'Austria in sette "*Reichsgau*" (circoli imperiali) che non avevano un'amministrazione unica. I circoli venivano guidati direttamente dall'Impero Tedesco. Il nome *Ostmark* fu sostituito prima da *Reichsgaue der Ostmark* (circoli imperiali *Ostmark*) poi dall'*Alpen un Donaureichsgaue* (circoli imperiali delle Alpi e del Danubio). Vedi: G. Hamza: Die Idee des "Dritten

l'unificazione del divorzio (*Ehescheidung*) in Austria e negli altri territori dell'Impero Tedesco. Questa legge regola il matrimonio ed il divorzio. Gli altri istituti del diritto matrimoniale e della famiglia sono regolati nell'ABGB.

In Austria è ancora oggi in vigore la legge del 6 luglio 1938 ("*Reichsgesetz über das Erlöschen der Fideikomnisse und des sonstigen gebundenen Vermögens*") la quale aboliva il fedecommesso (*Fideikommiss*) e il patrimonio di non libera disposizione (*das sonstige gebundene Vermögen*). Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania furono modificate anche alcune disposizioni dell'ABGB riguardanti il diritto delle persone (*Personenrecht*).

Dei 1502 paragrafi del testo originale del Codice civile generale austriaco oggi sono in vigore ca. 1400. Il testo di più di 1020 paragrafi non è stato modificato. Questa identità dell'ABGB si spiega con il ruolo centrale dell'autonomia privata delle parti contraenti (*Privatautonomie der vertragsschliessenden Parteien*) che caratterizza il Codice civile generale austriaco. Nella maggior parte del Codice incontriamo regole dispositive. Le regole casistiche che si trovano nel Codice civile generale austriaco risultano dall'influenza della Scuola del diritto naturale (*Naturrechtliche Schule*).

In Austria era in vigore dal 1 luglio 1863 al 1939 il Codice commerciale generale tedesco (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *ADHGB*) del 1861. Questo Codice commerciale seguiva il sistema oggettivo ("*objektives System*") basato sull'atto commerciale ("*Handelsgeschäft*"). È da notare che l'*ADHGB* non regolava il diritto marittimo (*Seerecht*).

Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania (*Anschluß*) il Codice commerciale generale tedesco fu sostituito dal secondo Codice commerciale tedesco (*Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *HGB*) promulgato nel 1897 ed entrato in vigore nel 1900. Questo Codice è tuttora in vigore, con qualche minore modifica, in Austria.

Reichs" im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.) p. 321-336 e idem: The Idea of the „Third Reich“ in the German Legal, Philosophical and Political Thinking in the 20th Century. Acta Juridica Hungarica 42 (2001) p. 91-101.

Questo *Handelsgesetzbuch* segue il sistema soggettivo (“*subjektives System*”) ponendo al centro la figura del commerciante.⁶

6. LA RIFORMA DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO NEL XX SECOLO

I materiali dei lavori preparativi dell'ABGB, che spiegano l'origine e interpretano il senso originale dei paragrafi del Codice, furono pubblicati soltanto negli anni Ottanta del XIX secolo. Sulla base di questi lavori diventa chiaro che i redattori del Codice civile generale austriaco si avvalsero del diritto romano e lo interpretarono e adoperarono in maniera adeguata. La loro intenzione era di giungere ad uno sviluppo del diritto romano *in forma codificata*.

Di conseguenza i giusciviliisti in Austria a partire dalla metà del XIX secolo non vollero redigere un codice civile nuovo ma si accontentarono di una re-interpretazione e di una revisione parziale (*Teilrevision*) del Codice civile generale austriaco in vigore.

Nel 1904 si formò una commissione incaricata della riforma dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Il suo presidente fu Joseph Unger, il quale iniziò la revisione del codice pubblicando la sua opera “*Zur Revision des ABGB*”. Lo scopo della commissione era di elevare a forza di legge i risultati più recenti della scienza giusprivatistica. I risultati dei lavori preparativi furono tre novelle inserite nell'ABGB tramite “decreti di urgenza” (*Notverordnungen*): nel 1914 sul diritto delle persone, sul diritto di famiglia e sul diritto delle successioni, nel 1915 sul diritto di vicinanza (*iura vicinitatis, Nachbarrecht*), nel 1916 sulla riserva del diritto della proprietà (*Eigentumsvorbehalt*), sul divieto di aggravamento (*Belastungsverbot*), sui contratti, sull'assunzione del debito altrui (*Schuldübernahme*), sulla promessa di ricompensa (*Auslobung*), sul risarcimento del danno e sulla prescrizione.

Queste tre “novelle di urgenza” modificarono circa un quinto del Codice civile generale austriaco mentre riguardo alle obbligazioni modificarono 180 articoli. Le novelle furono influenzate dal BGB tedesco e dalla Pandettistica tedesca (*Pandektistik* o *Pandektenwissenschaft*).

6. Qui notiamo che il *Handelsgesetzbuch* contrariamente al Codice commerciale precedente (ADHGB) regola anche il diritto marittimo (Seerecht).

Esse non modificarono la struttura dell'ABGB, non inserirono per esempio, tenendo conto del modello del BGB, una Parte Generale (*Allgemeiner Teil*), ma precisarono alcune definizioni grazie al metodo della giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*).

L'ABGB dopo la proclamazione della Repubblica Austriaca (*Republik Österreich, Deutsch-Österreich*) e l'entrata in vigore della Costituzione federale (*Bundesverfassungsgesetz*), il 1 ottobre 1920, fu modificato più volte sulla base delle nuove leggi federali (*Bundesgesetze*).

Il diritto matrimoniale e quello di famiglia furono modificati dalla Legge sul matrimonio (*Ehegesetz*) dopo l'annessione (*Anschluß*), quando l'Austria divenne parte dell'Impero Tedesco (*Deutsches Reich*)⁷. La Legge sul matrimonio, promulgata il 6 luglio 1938, comporta l'unificazione del divorzio (*Ehescheidung*) in Austria e negli altri territori dell'Impero Tedesco. Questa legge regola il matrimonio ed il divorzio. Gli altri istituti del diritto matrimoniale e della famiglia sono regolati nell'ABGB.

In Austria è ancora oggi in vigore la legge del 6 luglio 1938 ("*Reichsgesetz über das Erlöschen der Fideikomnisse und des sonstigen gebundenen Vermögens*") la quale aboliva il fedecommesso (*Fideikommiss*) e il patrimonio di non libera disposizione (*das sonstige gebundene Vermögen*). Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania furono modificate anche alcune disposizioni dell'ABGB riguardanti il diritto delle persone (*Personenrecht*).

Dei 1502 paragrafi del testo originale del Codice civile generale austriaco oggi sono in vigore ca. 1400. Il testo di più di 1020 paragrafi non è stato modificato. Questa identità dell'ABGB si spiega con il ruolo centrale dell'autonomia privata delle parti contraenti

7. Il nome Austria (*Österreich*) cessò di esistere e fu sostituito da *Ostmark*. Lo stato federale prima dell'*Anschluß* divideva l'Austria in sette "*Reichsgau*" (circoli imperiali) che non avevano un'amministrazione unica. I circoli venivano guidati direttamente dall'Impero Tedesco. Il nome *Ostmark* fu sostituito prima da *Reichsgaue der Ostmark* (circoli imperiali *Ostmark*) poi dall'*Alpen un Donaureichsgaue* (circoli imperiali delle Alpi e del Danubio). Vedi: G. Hamza: Die Idee des "Dritten Reichs" im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.) p. 321-336 e idem: The Idea of the „Third Reich“ in the German Legal, Philosophical and Political Thinking in the 20th Century. Acta Juridica Hungarica 42 (2001) p. 91-101.

(*Privatautonomie der vertragsschliessenden Parteien*) che caratterizza il Codice civile generale austriaco. Nella maggior parte del Codice incontriamo regole dispositive. Le regole casistiche che si trovano nel Codice civile generale austriaco risultano dall'influenza della Scuola del diritto naturale (*Naturrechtliche Schule*).

In Austria era in vigore dal 1 luglio 1863 al 1939 il Codice commerciale generale tedesco (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *ADHGB*) del 1861. Questo Codice commerciale seguiva il sistema oggettivo ("*objektives System*") basato sull'atto commerciale ("*Handelsgeschäft*"). È da notare che l'*ADHGB* non regolava il diritto marittimo (*Seerecht*).

Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania (*Anschluß*) il Codice commerciale generale tedesco fu sostituito dal secondo Codice commerciale tedesco (*Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *HGB*) promulgato nel 1897 ed entrato in vigore nel 1900. Questo Codice è tuttora in vigore, con qualche minore modifica, in Austria.

Questo *Handelsgesetzbuch* segue il sistema soggettivo ("*subjektives System*") ponendo al centro la figura del commerciante.⁸

REFERÊNCIAS

N. Th. GÖNNER: Ueber das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erblände der Oesterreichischen Monarchie v. J. 1811. Landshut, 1811; O. Taglioni (I-VIII vols.) – G. Carozzi (IX-X. vols.): Commentario al Codice civile generale austriaco. I-X. Milano, 1816-1828; A. Th. Michel: Handbuch des allgemeinen Privatrechtes für das Kaiserthum Oesterreich. Olmütz, 1853; G. Carcano: Il Codice Civile Austriaco ed i suoi caratteri. Studi per la compilazione del Codice patrio. Milano, 1860; J. Baintner: Az ausztriai általános magánjog alaptanai. (Dottrine di base del diritto privato generale austriaco.) Pest, 1868; Ph. Harras von Harrasowsky: Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes. Wien, 1868 (Ristampa: Frankfurt am Main, 1968); Ph. Harras von Harrasowsky: Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. I-V. Wien, 1883-1886; A. Randa: Das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher. Leipzig, 1884; B. Kolosváry: Jegyzetek az ausztriai magánjogból tartott előadásokhoz. (Note per le lezioni sul diritto private

8. Qui notiamo che il *Handelsgesetzbuch* contrariamente al Codice commerciale precedente (*ADHGB*) regola anche il diritto marittimo (*Seerecht*).

austriaco.) Kolozsvár, 1906-1907; J. Freiherr von Schey: Über den redlichen und unredlichen Besitzer im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche. Stuttgart, 1998; G. Menyhárth: Az elbirtoklás az osztrák polgári törvénykönyv alapján. (L'usucapione in base al Codice civile austriaco.) Kolozsvár, 1910; H. von Voltolini: Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des XVIII. Jahrhunderts. Historische Zeitschrift 105 (1910) p. 65-104; F. Klein: Die Lebenskraft des ABGB In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil, Wien, 1911; I. von Koschimbahr-Lyskowski: Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB. In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil. Wien, 1911; E. Tilsch: Le Code Civil Général Autrichien, son origine et son développement, (à l'occasion de son centenaire en 1911). Revue de droit international et de législation comparée 13 (1911) p. 113-130; H. von Voltolini: Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat. In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil. Wien, 1911 p. 33-82; G. Menyhárth: Az osztrák általános polgári törvénykönyv magyarázata. I-II.. (Spiegazioni del Codice civile generale austriaco. I-II.) Budapest, 1914; A. Menzel: Kaiser Josef II. und das Naturrecht. Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919-1920) p. 511-528; M. Újlaki: Az utódállamok jogegységesítő törekvései és a magyar magánjog. (I tentativi degli Stati successori di unificazione del diritto e il diritto privato ungherese.) Szeged, 1936; A. Ehrenzweig: Das „Common law“ und das österreichische Recht. Österreichische Juristenzeitung 1946; A. Steinwenter: Der Einfluß des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes in Österreich. In: Studi in memoria di P. Koschaker. I. Milano, 1954 p. 403-426; G. Wesener: Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption. Graz – Köln, 1957; F. Gschnitzer: Hundertfünfzig Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Juristische Blätter 84 (1962) p. 405-407; H. Conrad: Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria-Theresias. – Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph im Natur- und Völkerrecht. Köln, 1964; W. Ogris: Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert. Wien, 1968; idem: Die historische Schule der österreichischen Zivilistik. In: Festschrift für H. Lentze. Wien, 1969; G. Wesener: Der Kauf nach österreichischem Privatrecht des 16. und 17. Jahrhunderts. In: Festschrift für H. Hämmerle. Graz, 1972 p. 433-449; W. Brauner: Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit. Salzburg, 1973; G. Wesener: Zur Entwicklung des Pfandrechts in den altösterreichischen Ländern. In: Festschrift für H. Demelius zum 80. Geburtstag. Wien, 1973 p. 257-280; idem: Zur Bedeutung der österreichischen Landesordnungsentwürfe des 16. und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte. In: Festschrift für N. Grass zum 60. Geburtstag. I. Innsbruck, 1974 p. 613-631; idem: Der innerösterreichische Regimentskanzler Nikolaus von Beckmann und sein Kodifikationsplan. In: Johannes Kepler, 1571-1971. Gedenkschrift der Universität Graz. Graz, 1975

p. 641-656; H. Strakosch: Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811). München, 1976; B. Dölemeyer: Die Revision des ABGB durch die drei Teilnovellen von 1914, 1915 und 1916. *Ius Commune* 6 (1977) p. 274-303; G. Wesener: Zur Entwicklung des Konkursrechtes in den altösterreichischen Ländern, vornehmlich im 16. und 17. Jahrhundert. In: Festschrift für H. Baltl zum 60. Geburtstag. Innsbruck, 1978 p. 535-556; G. Kocher: Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation. Die Oberste Justizstelle und das allgemeine Privatrecht in Österreich von 1749-1811. Wien – Köln – Graz, 1979; Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). (Hrsg. von W. Selb und H. Hofmeister) Wien – Graz – Köln, 1980; G. Wesener: Zeillers Lehre „von Verträgen überhaupt“. In: Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). (Hrsg. von W. Selb und H. Hofmeister) Wien – Graz – Köln, 1980 p. 248-268; W. Ogris: Recht und Staat bei Maria Theresia. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.)* 98 (1981) p. 1-29; W. Brauner: Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich. *ZNR* 5 (1983) p. 22-43; G. Wesener: Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte /ZNR/* 6 (1984) p. 113-131; B. Dölemeyer: Die Teilnovellen zum ABGB. In: Kodifikation als Mittel der Politik. (Hrsg. von H. Hofmeister) Wien – Graz – Köln, 1986 p. 49-57; W. Brauner: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811. In: *Gutenberg-Jahrbuch* 62 Mainz, 1987 p. 205-254; A. Fijal – W. Ellerbrock: Das Österreichische ABGB vom 1. 6. 1811 – ein Jubiläum besonderer Art. *Juristische Schulung* 28 (1988) p. 519-523; G. Wesener: Anfänge einer österreichischen „gerichtlichen Rechtsgelehrsamkeit“. In: *Recht und Geschichte. Festschrift für H. Baltl zum 70. Geburtstag.* (Hrsg. von H. Valentinisch) Graz – Wien, 1988; idem: Adalbert Theodor Michel (1821-1877) – ein später Vertreter der Exegetischen Schule der österreichischen Ziviljurisprudenz. In: *Festschrift für L. Carlen zum 60. Geburtstag.* Zürich, 1989 p. 47-65; idem: Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jh.). Wien – Köln, 1989; H. Hofmeister: Privatrechtsgesetzgebung für Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. In: *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus.* (Hrsg. von U. Davy – H. Fuchs – H. Hofmeister – J. Marte und I. Reiter) Wien, 1990 p. 124-148; Th. Mayer-Maly: Kauf und Eigentumsübertragung im österreichischen Recht. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12 (1990) p. 164-168; W. Brauner: Vernünftiges Recht als überregionales Recht: Die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786-1797-1811. In: *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung.* Berlin, 1991 p. 121 sqq.; G. Wesener: Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung. In: *Festschrift für H. Niederländer zum siebzigsten Geburtstag.* (Hrsg.

von E. Jayme et alii) Heidelberg, 1991 p. 195-213; idem: Römisches Recht und österreichische Rechtsgeschichte. In: Die Österreichische Rechtsgeschichte. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven. Graz, 1991 p. 285-294; W. Brauneder: Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation. In: Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992. (Hrsg. von G. Klingenberg, J.M. Rainer und H. Stiegler) Graz, 1992 p. 67-80; W. Brauneder: Das Eigentum des ABGB, die alten Eigentumsordnungen und die Gewerbefreiheit. In: Pocta K. Malému k 65. narozeninám. Praha, 1995; U. Floßmann: Die Stellung der verheirateten Frau im ABGB 1811 (Ein Beitrag zum Gleichheitsdiskurs in der österreichischen Rechtsgeschichte). In: Pocta K. Malému k 65. narozeninám. Praha, 1995; F. Bydliński: System und Prinzipien des Privatrechts. Wien – New York, 1996; M. Hebeis: Karl Anton von Martini (1726–1800). Leben und Werk. Frankfurt am Main u.a., 1996; G. Wesener: Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Thesianus. Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts. In: Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für K. Kröschell zum 70. Geburtstag. (Hrsg. von G. Köbler und H. Nehlsen) München, 1997 p. 1363-1388; H. Heiss: Der Einfluss des Code Civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation. In: Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998. (Hrsg. von H. Barta, R. Palme und W. Ingenhaeff) Wien, 1999 p. 515 sqq.; A. Völkl: Die österreichische Kodifikation und das römische Recht. In: Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998. (Hrsg. von H. Barta, R. Palme und W. Ingenhaeff) Wien, 1999 p. 277 sqq.; G. Wesener: Zum Erbrecht des Codex Thesianus. Zwischen *ius commune* und Vernunftrecht. In: Mélanges F. Sturm. I. (Sous la direction J.-F. Gerkens et alii) Liège, 1999 p. 943-957; E.A. Kramer: Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht. Archiv für die civilistische Praxis /AcP/ 200 (2000) p. 365 sqq.; W. Brauneder: Werbőczys Tripartitum in Österreich. In: Studien über István Werbőcz. (Hrsg. von G. Hamza unter Mitwirkung von Á. Boóc und Cs. Buzády) Budapest, 2001 p. 13-26.; G. Wesener: „Von Sachen und dinglichen Rechten“. Zum Sachenrecht des Codex Thesianus. In: Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für C. Schott zum 65. Geburtstag. Bern, 2001 p. 255-266; G. Hamza: Das Privatrecht und die Privatrechtskodifikation in Österreich vom Mittelalter bis Ende des 20. Jahrhunderts. Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio Juridica 43 (2002) p. 53-69; H. Koziol – R. Welsch: Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht. Wien, 2002¹²; H. Krejci – K. Schmidt: Vom HGB zum Unternehmensgesetz. Wien, 2002; G. Wesener: Emil Strohal (1844-1914). Über die Pandektistik zum neuen bürgerlichen Recht. In: Iurisprudentia universalis. Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag. (Hrsg. von M. J. Schermaier, J. M. Rainer und L. C. Winkel) Köln – Weimar – Wien, 2002 p. 853-864; idem: Zur Verflechtung von Usus modernus pandectarum und Naturrechtslehre. In: Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für F. Bydliński. Wien

– New York, 2002 p. 473-494; H. Hausmaninger: *The Austrian Legal System*. Wien, 2003³; G. Wesener: Franz von Zeiller (1751-1828) – Leben und Werk. In: Franz von Zeiller. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermark. Landesbibliothek am 30. 11. 2001. aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages. (Hrsg. von J.F. Desput und G. Kocher) Graz, 2003 p. 67-91; H. Baltl – G. Kocher: *Österreichische Rechtsgeschichte. Unter Einfluß sozial- und wirtschaftsgeschichtlicher Grundzüge. Von den Anfängen bis zur Gegenwart.* (Unter Mitarbeit von M. Steppan) Graz, 2004¹⁰; W. Brauneder: Die Adaptationsfähigkeit des ABGB. In: *Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher.* (Hrsg. von E. Berger) Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 29/2005 Bendern, 2005 p. 5-10; idem: Die Geltung des Code civil in Österreich. In: *Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher.* (Hrsg. von E. Berger) Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 29/2005 Bendern, 2005 p. 33-37; G. Hamza: *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaine dans la formation du droit privé moderne.* Budapest, 2005. p. 114-115; H. Kleinert: Das neue Unternehmensrecht. Wien, 2006; H. Krejci: Unternehmensgesetzbuch statt HGB. *Zeitschrift für Handelsrecht* 170 (2006) p. 113 sqq.; G. Wesener: Anfänge und Entwicklung der „Österreichischen Privatrechtsgeschichte“ im 19. und frühen 20. Jahrhundert. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte /ZNR/* 28 (2006) p. 364-408; W. Brauneder: Die naturrechtlichen Kodifikationen der Habsburgermonarchie als Modernisierungsprozeß. In: *Nihon University Comparative Law* 24 (2007) p. 113-130; G. Wesener: Zession und Schuldübernahme im Codex Theresianus. In: *Spuren des römischen Rechts.* Festschrift für B. Huwiler zum 65. Geburtstag. Bern, 2007 p. 693-708; U. Floßmann: *Österreichische Privatrechtsgeschichte.* Wien – New York, 2008⁶; Chr. Neschwara: Johann Baptist Suttinger (1608–1662). Porträt eines bedeutenden Juristen Österreichs im Rechtsleben seiner Zeit. In: *Festschrift für W. Brauneder zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive.* (Hrsg. von G. Kohl, Chr. Neschwara und T. Simon) Wien, 2008 p. 363-384; idem: Landständischer Einfluss auf die Gesetzgebung in der Frühneuzeit – Am Beispiel des Landesordnungsprojekts für Österreich unter der Enns von 1650. In: *Landesordnung und Gute Policey in Bayern, Salzburg und Österreich.* (Hrsg. von H. Gehringer, H.-J. Hecker und R. Heydenreuter) Frankfurt am Main, 2008. p 169-210; G. Hamza: Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition. Budapest, 2009. p. 301-315 e idem: *Vom ABGB zum europäischen Privatrecht. 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in Europa.* (Hrsg. von R. Welser) Wien, 2012.

Capítulo V

Formas da propriedade na tradição jurídica europeia¹

Luigi Moccia*

Tradução de Ricardo Maurício Freire Soares**
e Esmeralda Alborghetti***

SUMÁRIO: 1 O tema em geral; 2 O tema em particular: 'continuidade' e 'descontinuidade' das formas proprietárias; 3 Experiência romana e concepção unitária da propriedade; 4 A experiência medieval e a ideia de propriedade-posse; 5 Difusão europeia do modelo feudal de propriedade e teoria do domínio dividido na perspectiva do *revisiting* da comparação *civil law-common law*; 6

1. Vem aqui reproduzido, em forma reduzida, o texto de um ensaio destinado aos *Studi in onore di Antonio Cataudella*, parte de um mais amplo estudo intitulado *La proprietà: percorsi di riflessione e comparazione giuridica*, de prossima pubblicazione.

(*) Full professor of Comparative law, and Jean Monnet Chair holder in EU Law. President of the Centre 'Altiero Spinelli' – Jean Monnet Centre of Excellence – University 'Roma Tre'. Director of the post-graduate Master course in 'European Citizenship and Euro-Mediterranean Integration – University 'Roma Tre'. Scientific director in chief of 'La cittadinanza europea', six monthly journal on European and comparative law studies. Scientific director in chief of the monographs series 'Quaderni del Centro Altieri Spinelli'. Dr. h.c. Political Science, University of Oradea.

(**) Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza" e pela Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito, da Faculdade Ruy Barbosa e da Universidade Católica do Salvador. Professor-visitante em diversas instituições da Itália, de Portugal, da Espanha e da Alemanha. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas.

(***) Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador

Direito natural moderno e recomposição da concepção unitária de propriedade; 7 O absolutismo do direito à propriedade: ascensão e declínio.

1. O TEMA EM GERAL

Este ensaio pretende designar, em linhas gerais, um quadro das figuras e das formas de propriedade desenvolvidas historicamente na área continental da cultura jurídica romanística (*civil law*) e na inglesa (*common law*), consideradas, em suas complexidades, como representativas da tradição jurídica europeia.

É evidente que um propósito dessa espécie, devido ao longo prazo de tal tradição, junto com a complexidade de suas vicissitudes evolutivas e com a variedade de articulações nacionais ou locais, pode ser perseguido somente em via de aproximação, através de um discurso baseado no reconhecimento, ao interno de cada área cultural, de perfis tendencialmente uniformes de disciplina da matéria, com a finalidade de oferecer, no ponto de vista histórico-comparativo, uma síntese recognitiva sobre os últimos.

Segundo esse discurso, assume relevância, por sua incidência no âmbito da mentalidade (cultura) jurídica, o motivo da persistência de certos esquemas referentes ao aparato conceitual e de regras, logo, o modo de raciocinar técnico-jurídico, no campo da propriedade. Um modo que, mesmo na grande variedade dos contextos históricos, marcou o regime dos relacionamentos de propriedade, revestindo esse de categorias e de uma terminologia que subsistiram; mesmo modificado, adequado e renovado, em seguida às profundas transformações de caráter socioeconômico, político-institucional e cultural acontecidas no curso do tempo até os nossos dias.

Nesse sentido, por exemplo, a ideia romana, logo romanística – ou seja, fruto as elaborações doutrinárias dos interpretes medievais e modernos – naquilo que tange ao tema da propriedade, entendida como *domínio da coisa* (material) que é objeto dessa, com a bagagem de implicações lógicas e sistemáticas, permanece atualmente no plano das formulas definidoras e conceituais. Apesar da crescente difusão, na hodierna economia do conhecimento e dos serviços suportada pelo progresso das tecnologias informáticas e da comunicação, dos bens ditos “imateriais”, que reconduzem problematicamente a logias pro-

prietárias, com particular referência às várias figuras e espécies de “propriedade intelectual”, como o direito de autoria (*copyright*) e os direitos conectados, registros, marcas comerciais, nomes de domínio e assim por diante.

Na realidade, quando se afirma que o moderno regime da propriedade descende diretamente do *dominium ex jure quiritium*², a intenção é evidenciar o fato de que, bem além da experiência jurídica romana começada com as XII tabuas (V séc. A.C) e depois fixada na compilação justiniana (VI séc.), uma certa ideia da propriedade veio radicando-se e desenvolvendo-se na baseados textos romanos, até afirmar-se entre o XVIII e o XIX século na passagem da revolução francesa, época na qual aquela ideia e a sua formula definitiva, influenciadas pelos princípios do direito natural amplamente defendidos pelas correntes do pensamento liberal, tomaram suas hodiernas consistências, esboçando-se no *Code civil* napoleônico; esse inaugura a grande época codicista do século XIX, respresentando a consolidação – baseada, pelo menos exteriormente, em fontes romanísticas – dos ordenamentos dos países continentais³. Uma época que será concluída, na parte final do século XIX, pela opera de sistemazão dogmática da pandectista (de origem alemã), conduzida em nome da ‘atualização’ do direito romano (clássico).

Em mesmo sentido, no *common law*, as modernas categorias em matéria de *law of property*, no que tange ao regime fundiário (*land law*), ou seja, a dicotomia entre esse regime (*real property*) e aquele relativo aos outros bens (que não sejam a terra), continuam sendo, sob o aspecto conceitual, aquelas originariamente elaboradas pela jurisprudência medieval das cortes de Westminster⁴.

Até o paradoxo, em certa medida, das primeiras sociedades que encaminharam-se em direção do liberalismo econômico e político, como a sociedade inglesa, ou seja, atestadas sobre níveis muito avançados de desenvolvimento capitalista, como a sociedade norte-americana,

2. F. TERRÉ e PH. SIMLER, **Droit civil. Les biens**⁴, Paris, 1992, n. 65.

3. G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium – Proprietà – Property*, em **Studi in memoria di Salvatore Satta**, Pádua, 1982, vol. II, p. 1225.

4. L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietá*, em AA.VV., **Diritto privato comparato. Istituti e problemi**, Roma – Bari, 2ª ed., 2009, p. 45 ss.

mas que conservaram, continuando a utilizá-los nessa matéria, os antigos atributos feudais, com toda a sua complexa e complicada organização de formas proprietárias.

Justa é a observação de dois dos mais importantes históricos do direito inglês, para enfatizar – e até exaltar – o motivo da continuidade da tradição do *common law* quanto a esse regime: «o interesse pelo regime fundiário dos tempos de Enrique III (1271-1307) está em aquilo que ele foi capaz de tornar em o regime fundiário da Inglaterra, da América e da Austrália do século XX»⁵.

2. O TEMA EM PARTICULAR: “CONTINUIDADE” E “DESCONTINUIDADE” DAS FORMAS PROPRIETÁRIAS

A partir das abordagens dos temas e dos critérios dos quais tratou-se anteriormente, expondo uma visão geral do cenário da tradição jurídica europeia, como resultante da influência do direito continental de matriz romanística e do direito inglês, o desenvolvimento que segue tentará focar algumas das passagens evolutivas da ideia de propriedade (privada) ao longo das várias épocas históricas.

Com isso, torna-se oportuno fixar que estamos nos referindo às experiências que deram vida a determinadas formas proprietárias, cuja herança ainda pesa no assunto em questão e que, logo, são importantes para compreender melhor esse assunto sob a perspectiva de uma avaliação histórico-comparativa.

Na sequência expositiva que segue, falar-se-á desde logo das concepções proprietárias no seio da experiência romana antiga, para depois passar a considerar as transformações acontecidas na experiência medieval, concluindo com uma análise das doutrinas e correntes de pensamento que mais contribuíram à definição do paradigma individualista (e utilitarista) da moderna noção de propriedade (privada).

Porém, antes de iniciar a nossa exposição, é meritório prenunciar algumas considerações de ulterior especificação do tema tratado e de seu desenvolvimento.

5. F. POLLOCK e F.W. MAITLAND, **The History of English Law before the time of Edward I**, vol. II, London, 1898 (várias RIST, ed. 1984), p. 1.

Primeiramente, naquilo que tange à sequência expositiva previamente indicada. Ela parece remeter ao desenvolvimento da ideia de propriedade (na Europa e no mundo ocidental), de acordo com uma análise histórica, logo, abordando uma linha de raciocínio que se serve das princípios experiências e épocas.

Na realidade, – tanto nesse como em outros casos de reconstrução de institutos que conheceram um longo desenvolvimento histórico – trata-se de processos muito mais complexos e variados de quanto essa linearidade expositiva possa exprimir.

Porém, fica evidente que, – pelo menos nesse âmbito – dada a exigência de realizar uma visão panorâmica do cenário em questão, o ponto de observação deva limitar-se a uma reconstrução de elementos de simples morfologia do instituto proprietário nos vários contextos anteriormente considerados e indicados. É essa uma exigência que se traduz, portanto, em tomar a referência de apenas os pontos mais relevantes e de síntese.

Observando a situação por esse ponto de vista, torna-se fácil observar que o tema da propriedade revela-se amplamente caracterizado, constituindo praxe discursiva entre os juristas, tanto os de países de tradição jurídica continental (*civil law*) como aqueles de países de tradição jurídica inglês (*common law*), embora com diversas gradações, desde o motivo da persistência e, de qualquer forma, da influência de um léxico, logo, de esquemas conceituais e classificações remontantes, respectivamente, à antiguidade romana e à época medieval.

No caso particular dos juristas do *civil law* prevalece uma linguagem e um sistema conceitual que afunda as suas mais remotas raízes na jurisprudência romana clássica, cujos materiais foram conservados (em parte e em parte reelaborados) desde a compilação justiniana (do século VI) com a finalidade de ser transmitidos através de sua *interpretatio* (a partir do século XII e ao longo de toda a época moderna, até o século XIX).

Já no caso dos juristas do *common law*, o léxico, logo a *grammar of property* da qual esses se servem, ressentem-se, ainda hoje, de práticas consignadas numa tradução, originariamente referível aos costumes dos povos de origem germânica a ao mundo das relações feudais, sobre cuja base foi construído (a partir da jurisprudência das

cortes régias de Westminster) o edifício medieval das propriedades feudais e das posses beneficiárias, ou seja, situações de posse e gozo de terras, destinado a influir sobre a articulação do sistema inglês (e, genericamente, anglo-americano) dos direitos de propriedade (*property rights*).

Exemplos disso são o cânone discursivo da dicotomia entre ‘propriedade’ e ‘posse’ – no que tange à tradição jurídica ocidental –, ou o da distinção-oposição entre ‘direito de propriedade’ (*in re propria*) e ‘direitos reais limitados’ (*in re alina*), ambas de tradição romana.

Enquanto na Inglaterra permaneciam (e ainda permanecem), no âmbito terminológico-conceitual da *law of property*, nomes e categorias algumas vezes remontantes aos tempos do feudalismo normando.

Essa abordagem não quer desconhecer o motivo da relatividade e descontinuidade das concepções e configurações jurídicas em tema de propriedade, a par de qualquer outro instituto historicamente e comparativamente considerado; porém, deve-se reconhecer uma índole tanto conservadora como tradicionalista que influencia a mentalidade e a literatura jurídica, porque demonstra-se refratária ao registrar as transformações dos tempos; mais do que tudo, ela prefere absorvê-las sob o véu dos nomes e dos esquemas da aparente invariabilidade terminológica e conceitual.

Se é verdade, como foi afirmado, que «nove décimos de nossas categorias jurídicas remontam a um mundo econômico que é mais o de Balzac do que o da era atômica»⁶, é também verdade que, como outros fizeram perceber, o instrumental dos conceitos jurídicos é mais limitado de quanto se espere, tanto que o recurso à figura «antiga, mas viva» da propriedade romana ainda no mundo moderno, para entender situações novas, responde a uma exigência lógica e prática, pela qual «o estudioso que observa um fato novo, antes de dar-lhe uma própria figura e criar uma nova doutrina, procura reconduzi-lo às figuras e doutrinas já conhecidas por ele»⁷

6. A afirmação é (de um jurista da sensibilidade comparativa) de T. ASCARELLI, que assim lastimava, no começo dos anos '50, em um artigo do título *Economia di massa e statistica giudiziaria* (de 1954), reproduzido em seu **Saggi di diritto commerciale**, Milão, 1955, p. 525.

7. B. BRUGI, **Della proprietà**, vol. I, Napoles-Turim (1918), RIST. 2ª ed. 1923, p. 426.

Como já foi observado, o direito deveria conter em si o paradoxo (pelo menos na aparência) de ser um meio de conservação e inovação da ordem social; operando de maneira precípua através do entrelaçamento ou sob o manto de termos e conceitos, logo, de linguagens e estilos próprios de uma arte (ou ciência) jurídica (*prudencia iuris*), a qual se apresenta, em sua essência, como tradição e tem seus intérpretes comprometidos na missão de extrair, sempre dos mesmos textos, novas interpretações, sem que isso ficasse muito explícito (*spillare vino nuovo da botti vecchie*)⁸.

O motivo da persistência de certos esquemas linguístico-conceituais, e despeito de todas as oscilações, variações e mutações (descontinuidades) presentes na realidade em que eles se apresentam, é fator e produto de uma relativa autonomia do sistema de regras e noções entendido como modo de raciocinar técnico-jurídico (especialmente no que tange à propriedade).

Em última análise, assim como pode parecer demasiado simplista e, aliás, enganosa uma abordagem reconstrutiva que possui como base a continuidade da evolução do instituto proprietário, também seria muito aproximativa e até inadequada uma abordagem que se limita apenas a registrar a variabilidade (relatividade) dessa instituição em consequência das descontinuidades muito evidentes em sua evolução.

3. EXPERIÊNCIA ROMANA E CONCEPÇÃO UNITÁRIA DA PROPRIEDADE

Nas fontes romanas não são explicitadas definições teóricas do direito de propriedade. Tais definições, referidas a textos da compilação justiniana, são, na realidade, obra dos intérpretes medievais, desde os glosadores até seus sucessores, aos quais são devidas algumas das formulações mais célebres a respeito do assunto⁹.

8. A.W.B.SIMPSON, *Invitation to Law*, Oxford, 1988, pp. 23-24, onde encontramos a afirmação de que «Law then is one of the mechanisms which contribute to the rule of the past over the present».

9. Como, por exemplo, aquela de Bartolo (séc. XIV), segundo a qual: *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*; ou aquela ainda mais tardia (séc. XVI), que Entende a propriedade como: *ius utendi et abutendi re sua*

Nas mesmas fontes romanas, uma ideia de ‘propriedade’ é expressada pelo menos em três maneiras diferentes, mediante as palavras: *mancipium* (ou *mancupium*), *dominium* e *proprietas*¹⁰.

Naturalmente, não é esse o caso de entrar no detalhe de cada uma das hipóteses interpretativas; atrás das quais, na realidade, sob o perfil da relatividade do conceito de propriedade, manifesta-se o diferente e controverso problema da precedência – em sentido cronológico, logo, lógico – de uma ‘propriedade coletiva’ em relação à ‘propriedade individual’.

De qualquer forma, a possibilidade que as várias expressões utilizadas no primitivo direito romano para designar o fenômeno de apropriação representem variantes não só terminológicas, mas, devido às suas diferentes raízes etimológicas, também e especialmente conceituais do mesmo fenômeno, parece contraditada pelo relevo segundo o qual, em época histórica, os juriconsultos romanos tendem a atribuir significado igual, ou, de qualquer forma, equivalente a tais expressões, consideradas, portanto, como juridicamente assimiláveis¹¹.

De qualquer forma, o importante é persistir sobre a compilação em obra da jurisprudência romana clássica de um núcleo técnico-conceitual da propriedade (quiritária), como direito unitariamente entendido e referido às coisas (*res corporales*): tanto as imóveis como as

10. Acredita-se que essas denominações e suas relativas acepções, oscilando de um âmbito ‘potestativo’ para um âmbito ‘patrimonial’, tenham aparecido em várias épocas, conectadas, cada uma, a tantas quantas fases de desenvolvimento econômico-político-institucional da sociedade romana. Primordialmente, na época primitiva, teria se afirmado uma acepção de propriedade específica e exclusiva das ‘coisas’ – objetos, animais e pessoas – que podem ser aprendidas com a mão: as *res mancipi* (de *manus*). Com o decorrer do tempo, iria delineando-se uma acepção caracterizada pela atribuição ao *pater familias* do domínio sobre as coisas pertencentes coletivamente ao grupo parental, especialmente sobre a terra da *familia* ou sobre a mesma *familia*, considerada, complexivamente: o *dominium* (de *domus*, na verdade), como um protótipo – segundo alguns – da propriedade quiritária, enquanto instituição associada à ideia de autoridade (*patria potestas*) – ou até de ‘soberania’ em sentido territorial – do *pater familias*; mas que outros a vêem como algo distinto do restante dos poderes do chefe da família. Finalmente, teria ganhado vida a acepção mais próxima da mais moderna, em que dá-se ênfase à propriedade exclusiva da coisa: a *proprietas* (de *propius*).

11. Cfr., por ex., E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, p. 297.

móveis¹². As diferenças de regime encontradas nessa matéria concernem apenas aos modos de aquisição e transmissão de tais itens, salvo certos aspectos de específica pertinência da propriedade fundiária, como os que se referem à extensão do direito do proprietário sob o espaço localizado acima e abaixo do solo; e, ainda, os que se referem ao regulamento dos relacionamentos da vizinhança.

As noções e categorias principais no âmbito da propriedade elaboradas no seio do *ius civile Romanum*, passaram ao direito romano justiniano, para atingir, finalmente, através da sucessiva tradição romanística, a Idade Média até a Moderna, mantendo-se intactas nos atuais ordenamentos do *civil law*.

Com o olhar voltado às definições codicistas que contém tanto os bens imóveis como os móveis, não é difícil perceber a presença de uma ‘continuidade’ no sentido técnico-jurídico que, a partir – nas suas mais remotas origens – do ordenamento da *civitas* romana e, em seguida, do bizantino do império de Justiniano, se constrói na base de um modelo de direito de propriedade caracterizado, além que pela *materialidade* de seu objeto, por um dúplice elemento de conteúdo que consiste, tanto formalmente como abstratamente, em sua *completude*, em qualidade de direito oponível *erga omnes*, e, em sua *exclusividade*, em qualidade de direito de impedir a qualquer um de interferir com o bem objeto de propriedade.

Dessarte, o direito romano resolvia o mundo dos direitos reais no esquema da apropriação (*rws meam est*), construído sob a ótica do sujeito, como esquema *potestativo*, ou seja, na perspectiva de poder do homem sobre os bens.

Segundo este esquema conceitual (e a correspondente mentalidade) sob a mesma *res*, objeto de propriedade individual, não é possível a existência de direitos de terceiros, a não ser como direitos de propriedade. Trata-se dos direitos (*iura*) denominados *in re aliena* (de coisa alheia) pelos juristas romanos e implantados como formas de limitação (convencional) da propriedade; a tal ponto que foram admitidos como tipos fixos e em número determinado (*numerus clasus*).

12. Cfr., por ex., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, § 85. Há, todavia, quem acrescente à categoria do domínio também as *res incorporales*.

Ademais, os direitos sobre a coisa (de propriedade) alheia são, por definição – a diferença do domínio, por si só perpétuos – suscetíveis de extinção, assim que, uma vez cessados, fazem reviver por inteiro o direito de propriedade em si mesmo.

A partir de tudo isso, resulta que ulteriores caráteres do modelo (romano) de propriedade são, na teoria (ou seja, na interpretação da dogmática do século XIX): a ‘plenitude’ do direito, como totalidade dos poderes de domínio sobre a coisa; sua ‘indivisibilidade’, de acordo com o ponto de vista do titular; sua ‘elasticidade’, como possibilidade ora a ser reduzida, através da atribuição de poderes dominicais (*iura em re alienígena*) a outros, ora de expandir-se novamente para readquirir a plenitude de seu conteúdo.

Para completar esta sumária exposição da propriedade na experiência romana, é preciso salientar ainda outro aspecto muito importante, enquanto influente na posteridade, no sentido de que ele caracteriza o modelo seguido pelos modernos ordenamentos de *civil law*. Ele consiste na separação, no campo conceptual e normativo, entre ‘propriedade’, como (situação de) ‘direito’, e ‘posse’, como (situação de) ‘fato’, o que é atestado nas fontes clássicas pela afirmação de que: «a propriedade não tem nada em comum com a posse" (*nihil commune habet proprietatis cum possessione*); e que, portanto, "posse e propriedade não devem ser confundidas [entre elas] " (*nec possessio et proprietatis misceri debent*)¹³.

Merece ser lembrado, finalmente, o fato de que o direito romano veio a reconhecer, no período clássico, outra situação de disponibilidade da coisa, denominada *in bonis habere* (ou *in bonis esse*); e isso ocorreu, apesar da persistência formal sobre a mesma coisa, em relação a um sujeito diferente, isto é, *dominium ex iure Quiritium*¹⁴.

Além disso, ocorre observar que esta experiência conheceu, ao longo de seu desenvolvimento e no que diz respeito ao principal setor constituído pelo regime dos fundos, uma variedade e diversidade de situações jurídicas de domínio formalmente estranhas à teoria do *dominium*.

13. D. 41, 2, 12, 1; 52 pr.

14. Esta forma de propriedade teria determinado a coexistência sobre um mesmo bem de um *duplex dominium* (GAIO, I, 54).

No entanto, dá-se crédito à afirmação de que o conceito unitário de propriedade representa, sem dúvida, o legado do mundo romano para a posteridade, recebido e amplificado pelos intérpretes medievais do *Corpus iuris*, cujas definições do conceito em si iriam ser encontradas como ecos, depois de muitos séculos, nas modernas codificações¹⁵.

4. A EXPERIÊNCIA MEDIEVAL E A IDEIA DE PROPRIEDADE-POSSE

O cenário descrito até agora sobre o modelo romano de propriedade, já em processo de transformação no período imperial tardio (embora acolhido pela codificação de justiniana), foi profundamente modificado – quase excluído – e, de qualquer forma, minimizado pela experiência medieval. O dado, assim genericamente resumível, revela-se, contudo, de difícil leitura, a partir de um ponto de vista tanto histórico como historiográfico, devido à grande extensão dos limites temporais de referência – desde o IV até o XV século – logo, à variedade de implicações, de ordem técnicas e culturais, e das conexas interpretações.

Em suma, por aquilo que nos interessa, há quem enxergue na transição para o mundo medieval uma grande transformação da visão das relações entre o homem e as coisas. Logo, a imposição dominante de matriz romana – tanto formalista como subjetiva – da propriedade como pertence exclusivo é abandonada para dar espaço à experiência medieval inteiramente voltada à uma ideia, pelo contrário, de propriedade «construída não em nome sujeito soberano para tiranizar as coisas, mas, pelas coisas e sobre as coisas em absoluta coerência com a natureza objetiva da realidade; isto é, uma propriedade que, excluindo qualquer vertente ética, recupera o caráter de noção econômica, de instrumento provido de organização dos bens».¹⁶ Precisamente no sentido da relatividade-eficácia das situações proprietárias, definidas

15. G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium*, etc., cit., p. 1233 ss.

16. P. GROSSI, Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà, em Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, em *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão, vol. XLI (1992), p. 448.

pela relação, em vez de toda a gama de poderes dominicais, aos distintos poderes (de uso e gozo) exercíveis sobre a coisa, cada qual relevante como autônomo índice de destaque do domínio. Tal inversão de perspectiva ocorria, como é ulteriormente fixado: "Em um mundo que está reconstruindo suas fundações, que está recuperando a terra e criando novas estruturas econômicas, onde não há espaço para individualismos particulares, mas onde, também nos programas filosóficos, afirma-se a primazia da ordem cósmica e histórica sobre o indivíduo». ¹⁷ O que, no entanto, nos deixa perplexos. Não só e tanto por uma contraposição entre mundo antigo e medieval que parece assumir com típica a ideia de indivíduo como função de uma ordem natural e social superior e absorvente; onde essa ideia serve para ligar, de maneira paradigmática, aqueles dois mundos, em oposição à modernidade, por sua vez, paradigmaticamente identificável com a ideia do indivíduo como condição de uma ordem natural e social dominada (ou, se preferir, libertada) pela razão e pela vontade. Mas, por causa da imprecisão na referência aos 'fundamentos' em que foi se edificando a sociedade medieval, pelo relacionamento com a 'terra' e com as 'novas estruturas econômicas' de exploração da mesma, que não poderiam ser encontradas em qualquer parte da área europeia (tanto no oriente e no ocidente, como aliás no resto do mundo), exceto naquelas feudais. ¹⁸

Assim, o advento do feudalismo representa, historicamente, um significativo ponto de afastamento e descontinuidade com o mundo romano (clássico).

A ideia de propriedade (fundidária) como soberania absoluta e exclusiva sobre a coisa resultava estranha ou até mesmo contrária a esse regime, por causa de suas bases e, sobretudo, de suas necessidades de organização e governo político, econômico, social e militar do território, o que levaria a sua fragmentação e deslocamento do objeto de direitos de propriedade da *coisa*, considerada em sua totalidade (*substantia*), às *utilidades*, atuais ou potenciais, remontáveis a ela

17. Id. *ibid.*, p. 449.

18. Sobre a importância, difusão e originalidade do sistema feudal Europeu (ocidental), a partir do ponto de vista de seus conteúdos culturais e institucionais, e para um rápido desenho comparativo dos 'feudalismos' no extremo oriente (Japão, China) e na África, v. J. LE GOFF, *Pour un autre âge moyen*. Temps, Travail et culturas en Occident: 18 essais, Paris, 1977, p. 349 ss.

e susceptíveis de atribuição (titularidade) graduada e diferenciada, com a conseqüente proliferação de uma variedade e multiplicidade de correspondentes situações subjetivas de pertença, relativas a posse, uso e aproveitamento de terras.

Com a queda do Império Romano e a ascensão dos reinos romano-bárbaro no Ocidente, deu-se início à fase do direito intermédio: capítulo cuja extensão vai até o século XI e cujo desenvolvimento costuma ser limitado desde a historiografia tradicional até as questões relativas à 'continuidade' dos ordenamentos romanos; trata-se das origens 'românicas' ou 'germânicas' (ou, ainda, 'vulgares') dos institutos jurídicos da época.¹⁹

Naturalmente, no que diz respeito ao fenômeno da sobreposição ou substituição do sistema romano, respectivamente, em termos de continuidade latente ou de descontinuidade ostensiva em relação a tal sistema de práticas e costumes introduzidas por populações germânicas, também em razão do estado das testemunhas (fragmentária, lacunosas, incertas) e das reconstruções (muito conjecturais) encontráveis sobre o assunto, de acordo com o que os historiadores indicam²⁰, não é possível aqui e, aliás, nem importa ir além de uma menção genérica. Que pode não ser suficiente para chamar a atenção na questão do surgimento de um regime legal — desde as múltiplas implicações político-sociais e econômicas — das diferentes categorias de terras e das várias formas de posse e gozo, individual e coletivo, cujo desenvolvimento durante a Idade Média encontra-se, precisamente, no âmbito das emergentes jurisdições feudais, dentro delas, da intrincada rede de relações intrapessoais e de conexões, ou melhor, mestiçagem de elementos publicistas e privatistas²¹.

19. Cfr J. BALON, *Les fondements du régime foncier au moyen age, depuis la chute de l'empire romain en Occident*, Louvain, 1954, com um suntuoso aparato bibliográfico.

20. G. ASTUTI, *La struttura della proprietà, etc.*, cit., pp. 1238-42.

21. Para uma análise, conduzida em direção à linha da descontinuidade e de uma diferente mentalidade proprietária a ela incorporada na passagem do ordenamento romano (clássico) aos ordenamentos da Alta Idade Média, v. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico, in Il dominio e le cose*, cit., SPECIE p. 238 ss.; para outras referências bibliográficas, G. DIURNI, *Le situazioni possessorie nell'esperienza normativa del periodo longobardo-franco in Italia*, em E. CORTESE (cur.), *La proprietà e le proprietà*, Milão, 1988, p. 273.

Nas épocas sucessivas, desde a baixa Idade Média até a idade moderna (século XII-XVIII século), que irão assistir à decadência das instituições feudais, em seguida da afirmação e consolidação das estaduais, logo, o nascimento e o desenvolvimento de novas realidades mercantis e burguesas à custa das realidades das cortes e do meio rural, o quadro demonstra-se cada vez mais complicado por causa do crescimento dos fatores político-sociais, ou seja, dos interesses econômicos e de poder, inerente à sistematização da propriedade e da posse imobiliária nos vários ordenamentos, nacionais e locais, gerais e setoriais, a tal ponto que torna-se quase impossível e de pouca utilidade tratar detalhadamente do assunto

Nos limitaremos, portanto, a tratar de maneira preliminar os principais aspectos, no complexo, caracterizadores – no ponto de vista das noções e classificações de maior interesse para os fins do discurso – do modelo feudal. É esse, justamente, o modelo prevalente do *ancien régime* que, em alternativa àquele da propriedade absoluta, exclusiva e livre de vínculos, virá a acompanhar a evolução dos sistemas continentais, até o advento das codificações, que marcaram sua abolição.

Um aspecto sobre o qual convém insistir desde logo diz respeito ao lugar absolutamente proeminente, ou até absorvente, atribuído ao regime de terra e dos bens imóveis em geral, em relação ao resto dos outros bens (móveis): sendo considerados, esses últimos, como uma categoria residual, do ponto de vista da configuração jurídica. Isso é uma consequência do fato de que a *terra*, com os direitos e benefícios a ela inerentes, constituía o baricentro das hierarquias sociais, além de suporte pela estabilidade do patrimônio e do bem-estar da família (tanto da nobreza, como de camponeses ou, ainda, locatários): assim que representasse nem a única tampouco a mais importante forma de riqueza – do ponto de vista econômico –, mas a mais apreciada e almejada socialmente, durante toda a época medieval e ainda por muito tempo depois, até o final do século XIX.²²

22. De acordo com o marco, por ex., de H. PIRENNE, *Storia economica e sociale del Medioevo* (trad. it. de M. Grasso do original *Le mouvement économique et sociale*, em G. Glotz, cur., *Histoire du Moyen Age du XI^e au milieu du XV^e siècle*, Paris, 1933), Roma, 1997, p. 38, é apenas o caso de mencionar que, como resultado especialmente da expansão do Islã no Mediterrâneo abandonado por sua parte ocidental (o mar Tirreno) em seguida ao ataques dos saracenos, ocorre, no

Dáí começou a desenvolver-se, a partir da Alta Idade Média, a ideia comum que, quebrando a unanimidade da ideia de propriedade segundo o esquema romano, por ser igualmente referível a bens imóveis e móveis, concebia de maneira distinta e, aliás, oposta essas duas classes de bens, em termos da diferente noção e qualificação das respectivas situações subjetivas de posse.

No caso dos bens móveis, tais situações virão a identificar-se sempre mais a sempre mais com a ideia do (direito da e à) posse, *ius possessionis* e *ius possidendi*, indissociavelmente ligados ao conceito de *Gewere*, de acordo com o sistema germânico de equivalência possesso – (título de) propriedade.

Mas a maior ruptura em relação ao modelo romano ocorre no plano imobiliário, no que diz respeito à estrutura, ou, melhor, à ‘monoes-estrutura’ de tal sistema, que coloca a propriedade no centro dos direitos reais, concebida como uma espécie de bloco monolítico da coisa com o sujeito, enquanto pertence a ele na sua totalidade e materialidade. Um bloco capaz, no entanto, de sujeitar-se a incisões (limitações) mais ou menos profundas, através da atribuição de poderes sobre a coisa em si a outros sujeitos (*iura em re estrangeiro*); porém logicamente insuscetível de ser seccionado e decomposto.

Essa é, todavia, a operação realizada pelo feudalismo, passando por diferentes pressupostos de ordem político-econômico-social. Uma operação que revelava-se, no âmbito técnico-jurídico e cultural, em uma espécie de desagregação das utilidades que a terra — tipicamente, mas não exclusivamente — é capaz de fornecer e renovar ao longo do tempo, em outras situações subjetivas de caráter patrimonial, suscetíveis de coexistir em um mesmo bem (no sentido físico) através das coordenadas: do limite e determinação de seu conteúdo (*ius disponendi, utendi* ou *fruendi*); da relatividade do título (direito ou *status* correspondente); e da determinação de sua duração (normalmente muito extensa). Isto é, em geral, de acordo com caracteres

período do nono ao décimo primeiro século, um fenômeno de eclipse dos comércios (e das cidades) no ocidente, o que corresponde à instauração de um sistema de economia dominical fechada, onde: «a riqueza mobiliár já não tem mais qualquer utilidade econômico. Toda a existência social é baseada na propriedade ou posse da terra». Neste contexto, a afirmação do feudalismo na Europa ocidental daqueles séculos representa, então: «a repercussão, no plano político, do retorno da empresa a uma civilização puramente rural».

exatamente opostos aos do domínio (de tipo) romano entendido como padrão potestativo de tipo unitário, absoluto, indivisível e perpétuo.

O instrumento utilizado para tal finalidade era o da *Gewere*, conforme a sua originária denominação na língua dos antigos povos da raiz germânica: *vestitura* (ou *investitura*) em latim e *saisine* (ou *saisina*, e similares) em franco-normando. Todas expressões a serem entendidas como sentido genérico de concessão-atribuição e, portanto, de totalidade de uma posse beneficiária, em regra vitalício e hereditário, no fundo (feudo), realizada por um senhor concedente em favor de um concessionário, com a obrigação de fidelidade, logo de várias prestações, financeiras, militares e de salvamento, em geral, que esse último assume a responsabilidade de cumprir com o primeiro.

A palavra *Gewere* faz alusão, originariamente, ao ato de vestir a mão com a luva, ou seja, à introdução do possesso e, assim, na ótica primitiva dos povos germânicos, ao poder sobre a coisa.²³

A relação resultante desse ato de introdução celebrado segundo a solenidade do ritual e com um sistema de gestos e objetos de forte conteúdo simbólico²⁴, criava uma dúplice situação em sentido amplo proprietária. Isto é, uma dúplice situação de titularidade, no que concerne, em sentido teórico, não tão e somente à coisa, entendida materialmente (a terra), mas também às suas utilidades, fracionadas e atribuídas tanto ao concedente, que recebia a homenagem e os serviços do vassalo, como ao concessionário, ao qual era reconhecido o gozo da terra; por exemplo, cultivando-a e ficando com os frutos para si, construindo, através disso, sua habitação e assim por diante.

É importante salientar que a relação assim construída, a partir do primeiro anel da cadeia feudal, logo, aquele entre o soberano e os que recebiam, diretamente dele, o título de ficar com as terras, era

23 G. GANDOLFI, s.v., *Onere reale*, em **Enc. dir.**, vol. XXX, Milão, 1980, p. 131, onde, considerando a derivação do termo *Gewere* «de *wern*, que significa *vestir*», pode-se afirmar que com esse termo e similares: «não resulta qualificada somente uma situação [ou seja, a posse ou gozo definitivo]: porque, subsistindo em favor de quem o exercita [tal posse ou gozo] uma presunção de legitimidade [...] a mesma situação se configura como um direito ao exercício de um direito [à posse ou gozo sobre a coisa]».

24. Cfr. DU CANGE, **Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis** (1ª ed. 1678) ed. 1883-87, RIST. Graz, 1954, s.v. *Investitura*.

replicável, passando pelos sucessivos anéis que ligavam os senhores intermédios entre eles, no sentido em que, a cada etapa dessa relação podia corresponder uma diferente posição dos sujeitos envolvidos, de acordo com a ordem hierárquica sobre a qual articulava-se a sociedade feudal. De acordo com uma interpretação autorizada, a relação (contrato) de vassalagem centrada na investidura, ao em vez de realizar uma transferência imobiliária, colocava em ação «uma hierarquia de direitos e obrigações» para as partes²⁵; tendo, na base da relação em si, a ideia de reciprocidade entre as prestações implicadas no liame de confiança que unia, equiparando-as, as respectivas posições do senhor e do vassalo.

O sistema feudal é, sem dúvida, um contrato entre dois sujeitos dos quais o primeiro, o vassalo, mantendo-se inferior ao segundo (inferioridade ‘representada’ pela homenagem), torna-se, em consequência de um contrato recíproco (cujo ‘símbolo’ é o feudo), seu igual em relação a todos aqueles que ficam excluídos desse sistema de relações contratuais.²⁶

Vale a pena acrescentar, muito brevemente, a informação de que, em relação ao mundo romano e à ideia individualista de propriedade que se fixa nesse contexto, como direito de possuir e dispor livremente dos bens, no mundo medieval (feudal) emerge, no que diz respeito à propriedade terreira como principal forma de propriedade, uma ideia ‘publicista’ (como nós diríamos): que comporta a ligação entre posses fundiárias e cadeia de relações de domínio e subordinação característicos do sistema feudal em sua complexidade, enquanto sistema, além que de controle sobre o território, de organização e distribuição do poder o interno da sociedade. Em tal sentido, em oposição à propriedade

25. J. LE GOFF, *Pour un autre moyen âge*, *cit.*, p. 373.

26. *Id.*, *Ibid.*, p. 371. E ainda mais sucintamente, o sistema (da investidura) feudal, interpretado à luz dos seus rituais e símbolos, vem aqui definido, p. 383-384, como «uma união (*apparentement*), que, através de um compromisso recíproco sancionado pelo feudo, faz do senhor e do vassalo pares (*des Égaux*) do lado da relação fiduciária (*par la foi*) e uma dupla hierarquizada pelo lado da homenagem (*par l'hommage*)». Cfr. para uma descrição detalhada do caráter da reciprocidade da relação entre senhor e vassalo, sigilado pelo ritual da homenagem, mas com base no vínculo de confiança, A.JA. GUREVIC, *Le categorie della cultura medievale* (trad. it. do original *Kategorii srednevekovoj kul'tury*, Moskva, 1972), Turim, 1983, p. 195, onde se afirma também que: «A violação das obrigações por parte de um dos contratantes libertava desses também a contenda do contrato feudal».

individual, que virá se transformando na moderna sociedade capitalista, a propriedade feudal revela-se caracterizada por uma forte tendência a afirmar-se como relação interpessoal, expressão de valores e, junto, de funções sociais.

A propriedade privada [*rectius*: individual e burguês] representa a forma reificada das relações sociais, enquanto a propriedade feudal constitui a forma interpessoal dessas, que exprime a essência de todas as relações sociais da sociedade medieval. À medida que a propriedade burguesa se contrapõe ao produtor direto – o trabalhador da fábrica, o locatário da terra – como riqueza impessoal, a propriedade feudal é sempre personificada: essa se contrapõe ao agricultor na pessoa do senhor e é inseparável de sua autoridade, de seus poderes jurisdicionais e dos liames tradicionais²⁷.

De qualquer forma, deve ser observado que, em consequência do sistema feudal, o acesso às posses fundiárias: de um lado, acabava sendo confinado dentro da ordem das hierarquias em que tal sistema se estruturava, no sentido de uma limitação a determinados sujeitos (e classes) admitidos para a participação; do outro lado, estava se articulando em uma pluralidade de situações, correspondentes às relativas posições da ordem mesma.

Sob o perfil de sua qualificação jurídica, tratava-se de situações subjetivas, relativas ao gozo de um terreno, variamente dominante, a depender dos lugares e dos contextos, com o nome de *Gewere*, *vestitura*, *saisine*, e similares²⁸, porém no significado comum de aparência exterior – quase um invólucro externo – do correspondente direito à posse da coisa, que constituía seu conteúdo. Direito tornado visível através de seu efetivo exercício (*possessio iuris*): conforme à mentalidade jurídica medieval (de origem germânica), propenso a perceber e conceber as situações de natureza real, sob o manto e em virtude de signos exteriores (*vestimenta*) capazes de torna-las reconhecíveis para todos onde emergia, também, uma importante função de publicidade do direito real assim configurado, exatamente na forma de posse, exercício e gozo efetivo.

27. A.JA. GUREVIC, *op. cit.*, p. 267.

28. Cfr. E. CHAMPEUX, *Essai sur la vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, Paris, 1899.

O conceito de *Gewere* [...], constituindo a veste necessária de qualquer direito real, reassumia cada possível figura desse. Contemplando o 'gozo', essa noção recorria não só à propriedade, mas também no que tange ao qualquer outro direito que implicasse, de maneira mais ou menos estendida, o uso e o gozo da coisa²⁹.

Com a ulterior e significativa consequência de que o objeto de tutela, tanto no caso dos imóveis como o dos móveis, não era a propriedade, implicando na fixação e reconhecimento de um título (direito) tanto absoluto como abstrato (baseado na posse e no gozo efetivo), mas a situação possessória referente à *Gewere*, *investitura*, ou *saisine* e implicante, ao contrário, na *relatividade* do título (direito) correspondente.

Tal conceito ocupa um papel fundamental na Idade Média, especialmente na disciplina dos bens imóveis, em vista dos quais afirmase a ideia [...] de uma concorrência de múltiplas *Gewere* de vários tipos sobre a mesma coisa a favor de diversas pessoas: o proprietário, o usufruidor, o enfiteuta, qualquer um que tenha um qualquer gozo sobre a coisa³⁰.

A partir de tudo isso, não é difícil chegar à conclusão de que, com a afirmação e difusão do feudalismo, na esfera europeia, aos tempos do império de Carlos Magno, instauraram-se as premissas para uma desintegração em campo imobiliário do sistema romano construído conforme o esquema clássico, que será recolhido e transmitido pelo *Corpus iuris*. Vinha se aproximando a tal sistema, centrado na contraposição entre direito de propriedade (como senhoria absoluta, exclusiva e direta sobre a coisa) e os *iura in re aliena* (como limitações ao direito em si), um diferente sistema de direitos reais, considerados qualitativamente homogêneos entre eles, enquanto erguidos não mais sob um direito (unitário) de propriedade, mas sendo todos qualificados como articulações, distintas apenas quantitativamente, do somatório total das utilidades de uma coisa e como tais objetos de propriedade (*proprietatis possessionis*), exatamente no significado de totalidade (posse) de um direito (*utendi-fruendi*) sobre a coisa em si.

29. G. GANDOLFI, s.v., *Onere reale*, em **Enc. dir.**, cit., p. 131.

30. *Id.*, *ibid.*

Nesse âmbito, temos que considerar o motivo da descontinuidade entre a experiência romana e a medieval, sobretudo, relevante sob o perfil da diversidade dos valores culturais respectivamente implicados na primeira e na segunda experiência. Exceto uma ascendência coletiva presente nas origens da *Gewere*, o que emerge, da experiência medieval, é. Precisamente, um diferente modo de entender a cultura da posse, invertendo a relação entre seus componentes, o homem e as coisas, porém, mudando seu CARATER: de *subjetivo a objetivo*.

O atributo da ordem jurídica dos vínculos reais que, convencionalmente poderíamos chamar de medieval, vem se delineando com nitidez quando, no fim do velho edifício estadual romano e da cultura jurídica que era a ele ligada, no esfacelamento social, na crise da produção econômica, na retração do comércio, no esvaziar-se da cidade; quando, nesse vazio que a nascente civilidade tarda a preencher, se inverte a relação homem-natureza e novos valores fundamentais, começam a impressionar o mundo jurídico [...]. o ordenamento se demonstra sobre a coisa, se constrói sobre o ponto de vista das coisas [...] o jurídico não é mais o conjunto de formas organizadas segundo um desenho de soberania, mas o complexo de modestas vestimentas caracterizadas por uma absoluta aderência plástica à realidade objetiva [...] o sistema das situações reais que se forma e se modela de acordo com essa modalidade [...] não pode não recair em si os atributos peculiaríssimos afirmando a sua conjunção a um planeta bem diferente daquele clássico. *Não um edifício piramidal, monolítico, que encontra seu eixo substancial e formal naquele modelo de validade que é il dominium [...] mas um acervo de situações emergentes [...] nas quais o que importa — mais da titularidade proprietária, que persiste mas que é sepultada e sufocada — são os mil exercícios efetivos nunca definitivamente realizados na comum consciência e tornados socialmente e economicamente os protagonistas da experiência.*

O baricentro do sistema [...] se move necessariamente para *formas diversas da propriedade*. chamadas de *gewere* ou *saisine* ou *investidura* de acordo com os diferentes idiomas e culturas, uma é a plataforma constante e unitária que emerge, a outra é a ideia essencial que aflora constantemente: o ordenamento assume com próprias forças promotoras a aparência, o gozo, o exercício, ou seja, as presenças vivas a nível da dimensão factual [...] *a uma mentalidade proprietária como aquela romana se substitui uma civilidade 'possuidora' que é*

totalmente indiferente a ideia de uma relação de validade que é, contrariamente, dominada por um vigoroso princípio de efetividade³¹.

Em extrema síntese, a experiência medieval é caracterizada, portanto, por essa sua vocação ‘possessória’, ou seja, ‘patrimonialista’, em tema de propriedade: cuja noção, em relação àquela monolítica de matriz romana, vem a ser percebida, socialmente, e concebidos, tecnicamente, como (possibilidade de) uma pluralidade e variedade de situações subjetivas de uso e gozo de um mesmo bem, diversidade entre elas do lado tanto dos conteúdos, por ralação aos diferentes grãos de utilização, tanto dos sujeitos implicados por relação aos diferentes graus de titularidade.

5. DIFUSÃO EUROPEIA DO MODELO FEUDAL DE PROPRIEDADE E TEORIA DO DOMÍNIO DIVIDIDO NA PERSPECTIVA DO REVISITING DA COMPARAÇÃO CIVIL LAW-COMMON LAW

A perspectiva delineada reveste um notável interesse no que tangere à comparação *civil law-common law*; e isso, sob dois perfis distintos.

Primeiramente, deve ser observado o fato de que a cultura medieval da ‘propriedade-posse’ se torna, no quadro evolutivo dos ordenamentos continentais, o ponto de partida de uma continuidade subterrânea, ou seja, escondida atrás das formas romanas — ou melhor, tornadas romanísticas — do domínio: as quais voltarão em breve a reafirmar-se em tais ordenamentos, exatamente na época do renascimento jurídico da tarda Idade Média.

Além disso, tal perspectiva assume importância, no plano histórico-comparativo, como uma ponte ideal que consente manter conectada à cultura jurídica continental a experiência inglesa, abandonando assim, essa última, seu isolamento e voltando a uma visão de conjunto, ou melhor, a uma ‘revisão’ (*revisiting*) das relações *civil law-common law*³² que consente de identificar melhor os diferentes modos de en-

31. P. GROSSI, *La proprietà, etc.*, cit., pp. 238-241

32. Sobre o assunto v. G. GORLA e L. MOCCIA, *A ‘Revisiting’ of the Comparison between ‘Continental Law’ and ‘English Law’ (16th to 19th Century)*, em *The Journal of Legal History*, 1981, p. 143 ss. (trad. espanhola em *Comparative Juridical Review*, 1982,

tender e estruturar, segundo diversas gramáticas jurídicas, o instituto da propriedade.

Sem dúvidas, a referência ao mundo do *common law* como peça faltante para a reconstrução de um quadro europeu de experiências jurídicas e, por quanto nos interessa, dos relativos modelos de propriedade, serve para calibrar melhor o discurso histórico-comparativo, reconduzindo-o em uma perspectiva unitária de tempo e espaço, totalmente estendida à civilidade jurídica europeia (ocidental). aonde resulta perceptível, por um lado, o desenvolvimento convergente desde antes, e, de qualquer forma, paralelo da experiência continental e da inglesa, sob a base de um modelo amplamente inspirado por uma comum mentalidade proprietária e caráter possessório: por outro lado, a caracterização em termos de continuidade (ou, mais simplesmente, de persistência) em seio à experiência inglesa de tal modelo, em relação, ao contrário, à sua gradual dissolução, em um com aquela mesma mentalidade, no âmbito da experiência continental.

Assim, a oposição situada no plano temporal entre propriedade medieval e propriedade moderna acaba se tornando, em suas referências espaciais, no confronto entre modelo inglês, prevalente nos países de *common law*, e modelo romanístico (continental), prevalente nos países de *civil law*, cada um caracterizado por uma ideia diferente – em sentido técnico, mas das relevantes implicações culturais – da posse. De um lado, aquela romanística, rígida e compacta, aliás, monolítica (e, sob um perfil antropológico, até solitária): toda impregnada à totalidade, exclusividade e abstração de um direito único, para um único objeto consistente em uma *res corporalis*. Do outro lado, aquela inglesa de cunho medieval, flexível e articulada, ou, se preferir, pluralista e pragmática na medida, pelo menos, em que se reflete e valoriza a efetiva utilização da coisa (*usus rei*): e, então, levada e relativizar o mesmo cânone da exclusividade. Isso em razão da multiplicação de situações de posse tendo como objeto, não a coisa em sua integridade, mas suas singulares utilidades, diferenciadas e graduadas em tantas quantas situações subjetivas de exercício e gozo (*iura in re* ou, na linguagem dos juristas ingleses, *property rights*); cuja totalidade não apresente um caráter abstrato (meramente formal), mas resulta

p. 121 ss.); mais em geral, L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milão, 2005, Parte I, Cap. 2, Parte III, Cap. 5.

sempre concretamente radicado em um efetivo exercício e gozo (posse).

De acordo com essas considerações, merece ser fixado o seguinte ponto.

Um sistema de *propriedade* come *vestitra* (*Gewere*; *saisine* franco-normanda; *seisin* anglo-normanda), no significado de exercício e gozo efetivo – porém de (aparência de) titularidade – do direito correspondente, como tal, conceitualmente diferente e, aliás, contraposto àquele romano, se desenvolveu na experiência medieval (feudal). Ele encontrou plena e coerente atuação, como veremos, na Inglaterra, nos ambientes de *common law* com a construção em campo imobiliário da teoria dos *estates in land*, como bens (imateriais) objetos de propriedade (*ownership*). No continente europeu, vice-versa, tal sistema teve que lidar, desde cedo, com o renascimento dos estudos de direito romano e com o prestígio dos modelos culturais romanos em matéria. Um tamanho prestígio que conseguiu impor, novamente, o temo *dominium*, também adaptado às situações subjetivas resultantes da relação de concessão feudal. dessa maneira, foi elaborada pelo intérpretes medievais, tomando como referência a oposição entre *actio directa* e *actio utilis*, a chamada teoria do ‘domínio dividido’ ou ‘duplo domínio’ (*double domaine*), para indicar a (possibilidade de) coexistência sobre um mesmo imóvel (bem em sentido físico), respectivamente, do *dominium directum*, denominado também ‘eminente’ ou ‘superior’ (*domaine de supériorité, obereigentum*), pertencente ao senhor concedente, e do *dominium utile* (*domaine utile, nutzungeigentum*), também chamado ‘inferior’ (*unter-eigentum*), pertencente ao vassalo ou concessionário, que gozava das utilidades do fundo, sob a obrigação de prestações pessoais ou patrimoniais a favor do titular do domínio direto³³.

Naturalmente uma tal construção, que permaneceu qualificando os ordenamentos latifundiários do *ancien régime*, até penetrar no

33. «A mais vistosa arquitetura dos intérpretes medievais é a teórica do domínio dividido [...] o domínio como poder de disposição e o domínio como poder de gozo podem, no variado âmbito das vicissitudes sociais, separar-se, ficando para ambas a qualificação formal de domínio»: assim P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, em Id., *Il dominio e le cose*, cit., pp. 31-32.

landrecht prussiano, bem como no já mencionado ABGB austríaco, representava uma maneira de conciliar o sistema feudal (alemão) com o instituto romano³⁴. Em confirmação de um fenômeno geral ou processo que tende para a interpenetração de elementos de proveniência, respectivamente, germânicos e romanos, ou – como se poderia dizer melhor – propenso a dar forma romana aos materiais do direito consuetudinário germânico.

Este fenômeno de (latente) continuidade com as formas romanas, evidente, sobretudo, nos territórios alemães após a recepção do direito romano a partir do período do final do século XV, teria sido operador, segundo uma opinião difusa, em toda a cultura jurídica continental, desde os tempos dos glosadores (século XIII). a esse respeito, é necessário referir, no entanto, em sentido contrário, ou seja, a clara ruptura entre a experiência medieval e a romana (clássica), os resultados de uma reconstrução que captura nas posições dos intérpretes medievais em matéria de direitos reais, junto com o empecilho derivado da prática necessidade de adaptar a noção romana de *dominium* a uma realidade socioeconômica diferentemente caracterizada por uma variedade de relações de uso e gozo, em particular modo da terra e correspondentes situações (percebidas e tuteladas como) proprietárias, uma «singular dissonância» consistente, por um lado, na adesão formal aos textos justinianos, expressão para uma dimensão objetivista (ou naturalista) focada nas coisas, ou melhor, na efetividade das suas utilizações, assumidas com base em uma multiplicidade de relações entre o homem e os bens³⁵.

Em tal sentido, as definições de jurisprudência medieval são «todas reconstruídas de acordo com padrões clássicos com características de exclusividade, independência e caráter absoluto, para apontar a situação subjetiva do *dominus fundi*»; porém, trataria-se, com mais precisão, de fórmulas declamatórias por trás das quais há «um sistema que não se baseia em uma [unitária e única] situação *dominium* [e]

34. Como P.GROSSI ainda escreve, *ibid.*, p. 38, a teórica do domínio dividido: «era a teórica graças à qual uma *iurisprudencia* edificava, mesmo que sobre bases romanas e com uma educação de fundo romanístico, um *dominium in effectu*, qualificava domínio uma simples situação de efetividade da realidade econômica que podia ser a do enfiteuta, do feudatário, do locatário a longo prazo, etc.».

35. *Id.*, *ibid.*, p. 25.

que tende a valorizar diferentes situações diferentes do *dominium* e a fundar-se em base a aquelas ».³⁶

Em outras palavras, sob o manto solene da homenagem ao direito justiniano, parece clara, de acordo com essa reconstrução, a «ruptura com a tradição romana, pelo menos como a compilação justiniana [a] entregava à atenção dos medievais»³⁷. Daí, então, a observação de carácter mais geral e que mais interessa ressaltar, segundo a qual o fenómeno em questão poderia ser arquivado de melhor, historicamente, em termos inversos: ou seja, ao em vez de adaptação, resistência às formas romanas dos materiais consuetudinários da tradição da Alta Idade Média e das mais elaboradas concepções do direito comum clássico (dos séculos XI-XV), incluída, naturalmente (aliás, principalmente) a do 'domínio dividido'. Isso, ademais, à condição que se reflita sobre a parcialidade e relatividade de uma tal; para evitar o risco de uma reversão do senso comum, que se teria no considerar completamente marginal (ou seja, superficial) a influência romana³⁸ que, no entanto, depois de muito tempo, revelar-se-á decisiva, como sabemos, para o sucessivo desenvolvimento do modelo continental de propriedade, até para suas modernas configurações codicistas. Afinal de contas, a partir de um ponto de vista histórico, a 'singular dissonância' da qual tratamos, pode tornar-se reveladora, portanto, de uma resistência subjacente à influência de formas romanas e, junto, de uma persistência das concepções medievais até a era moderna e, aliás, no próprio corpo dos primeiros códigos civis (o francês e, de maneira mais notória, o austríaco).

Mas, sob uma ótica comparativa, em relação à experiência inglesa e à medida que tange à experiência de maior autonomia de sua evolução, pelo menos nessa matéria, no que tange à experiência romana³⁹,

36. Id., *ibid.*, p. 26.

37. Id., *ibid.*, p. 39.

38. Sobre as contrastantes relações entre cultura jurídica inglês interna aos ambientes judiciais e forenses londrinos e tradição romana representada pelo texto justiniano (*Corpus iuris civilis*) como principal fonte de aquele *ius civile* (Civil law), por sua vez identificado com o *jus imperiale* (Imperial law), considerado como 'rival' do direito de pátrio (Common law), concedo-me a licença de remeter a L. Moccia, *Comparazione giurídica e diritto europeo*, Milão, 2005, parte II, Cap. 2, § 1.

39. Assim, novamente, P. GROSSI, '*Dominia*' et '*Servitutes*', in Id., *Il dominio e le cose*, cit., p. 91

exatamente aquela 'singular dissonância' constitui uma importante chave de leitura explicativa da especificidade do modelo continental, tal como modelo que não consegue se emancipar completamente da raiz romana e que, nesse sentido, revela-se destinado a recebê-la e conservá-la, em uma relação de ideal continuidade histórico-cultural, portanto: «O *dominium* autêntico não poderia não ser *dominium rei corporalis*, assim como o confronto entre homem e cosmo, sujeito e coisa. Mais do que um dado técnico, é essa uma aquisição antropológica fortemente enraizada à consciência jurídica do Ocidente, de acordo com um fio condutor que vai das construções clássicas até o BGB»³⁸.

Isso é verdadeiro, sem dúvidas, em geral, para os ordenamentos do continente europeu (o de *civil law*); mas resulta, ao contrário, muito menos verdadeiro e, aliás, tecnicamente inexato, para o ordenamento inglês e para os outros ordenamentos da área de *common law*, em consequência do diferente ligado por eles deixado, em matéria de *property rights*, da experiência medieval (feudal), pelo menos no plano imobiliário, de acordo com a já mencionada teoria dos *estates*.

De qualquer forma, em seus desenvolvimentos doutrinários, a figura da 'propriedade dividida' veio a se assentar, posteriormente, sobre bases romanas. Acontecia, assim, por exemplo, que na França pré-revolucionária o vassalo de um tempo ou o seu mais moderno possuidor fosse, nesse momento, considerado como titular de efeitos de um *domaine de propriété*, em correspondência a um fenômeno de progressiva atenuação de um fato dos direitos dos senhores⁴⁰.

Não deve ser esquecido um importante motivo de permanência do instituto romano em relação ao ordenamento medieval, logo, o fato de que, na Itália, na França (especialmente na área dos *pays de droit écrit*) e até mesmo na Alemanha permaneceu intacto um regime fundiário, embora limitado quanto à extensão das terras que nele eram incluídas, constituído pelos chamados *allodia*: ou seja, fundos que ficaram estranhos às relações exteriores de concessão feudal e que poderiam ser objeto, portanto, de propriedade plena e absoluta.

Contudo, é necessário acrescentar que, no ponto de vista histórico-gráfico, uma interpretação diferente do fenômeno de domínio dividido

40. Cfr., para uma descrição do regime feudal dos bens na França à véspera da revolução M. GARAUD, *La révolution française et la propriété foncière*, Paris, 1958.

tem avançado na direção contrária de uma continuidade da experiência jurídica medieval. essa vinha tomando a forma de um exercício de transformação que, no novo clima imediatamente posterior ao renascimento bolonhês (séculos XII-XIII), e sob a pressão do modelos da tradição culta romanística, vinha se empenhando em salvar, atrás de tais modelos, a essência de um conceito possessório de propriedade como conjunto formado por várias situações efetivas de uso e gozo (*uti frui*), que assumia como seu ponto de referência central do sistema dos direitos reais, não o sujeito, mas a coisa e a suas utilidades⁴¹. Isso, na perspectiva, evocada⁴² anteriormente, tendente a reposicionar e requalificar a ideia de pertença, fora do esquema individualista formado pela relação pura e simples homem-coisa, em um contexto de relações mais detalhadas e complexas de tipo comunitário. Onde glosadores e comentadores teriam se tornado intérpretes de uma exigência sociocultural, além que técnica, e redefinição da categoria absoluta e monolítica do *dominium*. Exigência que teria encontrado resposta na doutrina do domínio dividido: ou seja, da coexistência da mesma coisa de duas distintas situações de posse. Uma referente «a uma espécie de núcleo interno, de uma substância reposta (a *substantia rei*)»; outra referente «a uma espécie de casca exterior economicamente significativa e fruível, a utilidade (a *utilitas rei*)⁴³». Em tal sentido e para tal fim, os intérpretes do *corpus juris* justiniano teriam, então, se servido, com um romanismo de fachada, do involucro conceptual do *dominium*, mas para preenchê-lo de conteúdos «*todos medievais*»⁴⁴.

6. DIREITO NATURAL MODERNO E RECOMPOSIÇÃO DA CONCEPÇÃO UNITÁRIA DE PROPRIEDADE

A erosão e, finalmente, a abolição do regime feudal das terras, sobrevivido muito além dos mesmos limites temporais da sociedade medieval, recebeu – como é notório – uma contribuição decisiva das correntes de pensamento jus naturalistas e iluministas inspiradas nos valores do liberalismo econômico e político

41. P. GROSSI, *La proprietà, etc.*, cit., pp. 243-248.

42. *Supra*, § precedente.

43. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 238-239

44. *Id.*, *ibid.*

Convém, no entanto e imediatamente, alertar que tal processo começou historicamente já em plena idade medieval, nos séculos XIV-XV. Pelo menos naquilo que tange às suas matrizes de índole cultural e econômico-social, que podem ser resumidas como segue.

Por um lado, a visão de pertença antropocêntrica do universo da pertença, animado por uma atitude voluntária de ascendência inicialmente teológica e destinado a fazer parte, através da tarda escolástica, do grande conjunto daquilo que será chamado, em seguida, esquematicamente, de «individualismo possessivo» da idade moderna: tomado como motivo dominante da maioria das correntes de pensamento político-filosófico que iriam dar substância às teorias e construções jurídico-institucionais do mundo burguês (capitalista). Como foi observado: «A teologia voluntária dos séculos XIV e XV, antes, a Segunda Escola espanhola, em seguida, [oferecem] elementos preciosos para seguir o escondido *fio de Ariana* que conduz invisível porém seguro à nova propriedade das cartas constitucionais do século XVIII e dos códigos do século XIX»⁴⁵.

Por outro lado, de maneira cronologicamente paralela e igualmente influente, deve ser registrado o fenômeno constituído desde o nascimento e desenvolvimento da cidade como um lugar organizado para as atividades comerciais e empreendedoras (mercado), até as origens do capitalismo moderno⁴⁶. Um lugar onde a natureza das relações interpessoais vem mudando e se articulando progressivamente. Isto ocorre no contexto de uma estrutura socioeconômica que já não é mais aquilo, de caráter estático, expressão de um mundo feudal caracterizado pela prevalente estrutura camponês e da familiar, fundado sobre vínculos de dependência hierárquica, com as correspondente posições (*stutus*) de tipo proprietário e de relevância pública, logo, ancorado ao valor de uso das coisas. Mas, pelo contrário, é exatamente aquele de um ambiente urbano emergente marcado por um dinamismo social cada vez mais acentuado e caracterizado pelo apoio ao indivíduo que ocorreria, em termos econômicos, graças à primazia associada ao valor de troca, ou seja, a melhoria de tipo monetário dos bens, especialmente imobiliários e, portanto, à sua livre alienação e

45. Id., *La proprietà*, p. 231.

46. Para uma análise clássica v. J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, 1924, p. 214 ss. e p. 225 ss.

circulação. A esse propósito pode-se mencionar, por exemplo, – como um sinal inovador em tal sentido, marcado pela exigência de facilitar e garantir a comercialização dos imóveis – a utilização, desde o século XII, em algumas cidades alemãs, de formas de publicidade imobiliária implementadas pela conservação de registros⁴⁷.

Portanto, o declínio da experiência feudal abre o caminho no continente europeu para a afirmação de uma cultura urbana – ou, se preferir, burguesa – precursora da futura evolução, em sentido capitalista, da sociedade, fundada sobre os valores de liberdade do indivíduo em todos os campos. Como já foi dito: é nas «entranhas do feudalismo» que começam a amadurecer «as relações burguesas, que exigiam exatas garantias legais de propriedade privada e liberdade pessoal»⁴⁸.

Trata-se, de qualquer forma, de vicissitudes histórico-culturais amplamente notórias, a tal ponto que não podemos deixar de abordá-las, mesmo que apenas sinteticamente. Bastará fixar os principais êxitos, ao lado das influências exercidas, em âmbito jurídico, sobre a noção de propriedade.

Discutiremos sobre o assunto com a premissa de que nos direcionaremos à época que marcou o nascente pensamento jurídico– político–filosófico moderno e especificamente o continental, marcada por um fluxo sempre mais tumultuoso tanto de radicalismo como de individualismo (voluntarismo), em função de destaque e, junto, de embate em relação ao pensamento medieval e do mundo do *ancien régime*.

47. Sobre esta origem «claramente cidadã» do instituto de publicidade imobiliária, chama a atenção, no contexto mais amplo das modificações estruturais que marcam o advento de uma nova realidade econômica e social no mundo feudal em decaimento, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, III/1, cit., pp. 150-153, e referências aí contidas. De maneira mais geral, sobre a afirmação de um capitalismo comercial e financeiro na Europa na realidade urbana dos séculos XII-XV, em relação ao investimento na aquisição de terrenos e edifícios dos úteis derivantes das atividades empresariais dos *burgenses*, v. H. PIRENNE, *Le città del Medioevo* (trad. it. de M. Grasso dall'originale *Les villes du Moyen Age*, Bruxelles, 1927), Roma, 1997; Id., *Storia economica e sociale del Medioevo* (trad. it. de M. Grasso dall'originale *Le mouvement économique et sociale*, em G. Glotz, com o cuidado de, *Histoire du Moeyn Age du XI^e au milieu du XV^e siècle*, Paris, 1933), Roma, 1997.

48. A.JA. GUREVIC, *Le categorie della cultura medievale*, cit., p. 163.

A instância individualista, com todo seu ligado de liberdade direitos naturais (e também fundamentais) do indivíduo, construídos e justificados em uma ordem de natureza meta-histórico e meta-positivo, perene e imutável, reivindicava o reconhecimento e a tutela contra qualquer interferência e limitação contrastante com o exercício das liberdades individuais e, por outro lado, não estritamente necessária para respeitar as liberdades alheias.

Ocorreu, assim, a acentuação e exaltação da dimensão (concepção) da propriedade como um direito do indivíduo e, claramente, de todo e qualquer indivíduo: expressão de suas liberdades. Uma propriedade, aliás, *função da liberdade*: que se origina a partir dessa e por essa o seu motivo de existência; a ela necessário, então, de acordo com o notório binômio "propriedade-liberdade", que será retomado pelos mapas do século XVIII dos direitos humanos, mas cujas distantes raízes podem ser encontradas já no pensamento político-jurídico medieval⁴⁹. Um binômio que continuará a influenciar, preocupar e interessar aos juristas do século XIX: para voltar a ser atual, embora em formas mais do que nunca problemáticas, assim no mundo das democracias ocidentais, no âmbito das crises dos modelos e assistencialismo e dirigismo estatal e da redescoberta dos valores de mercado; bem como no cenário dos antigos países socialistas, ainda 'empoeirado' em razão dos restos deixados pela queda do muro de Berlim, e onde parece ressurgir a visão de uma estadual de direito ou, ou melhor, de um princípio de legalidade (já 'socialista'), mais uma vez ancorado às garantias de liberdade e propriedade individuais (já 'burguesas').⁵⁰

Enfim: tudo isso resultou, especialmente, na exigência de libertar a terra dos resíduos vínculos de tipo feudal e, especificamente, de 'privatizar' a instituição da propriedade fundiária, desvinculando-a dos liames com o sistema de privilégios e hierarquias sociais, logo, purificando-a das conexões com as funções do governo e políticas, ou seja, relativas à manutenção de tais funções nas mãos da aristocracia, para garantir seu acesso a novas classes emergentes da burguesia⁵¹.

49. U. NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952 (RIST), p. 43 ss.

50. U. NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, p. 43 ss.

51. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bolonha, 1976, p.

Este movimento de liberalização e privatização da propriedade fundiária e, junto, de individualização e caráter absoluto dos poderes dominicais, dava ênfase ao valor do bem econômico da terra. Nesse sentido, de acordo com o crescente espírito de iniciativa dos tempos e com uma necessidade de circulação dos imóveis: assegurando, assim, a maior garantia de segurança das transferências com idôneos meios publicitários, assim com a maior facilidade para a realização do comércio, na medida análoga à comercialização das coisas móveis. O que acabava até favorecendo, assim, uma equiparação das as duas categorias de bens, enquanto susceptíveis de serem objeto de um mesmo direito de propriedade, unitariamente entendido pelo lado da sua noção e dos seus conteúdos. Tratando-se, de fato, de reconhecer ao indivíduo (sujeito privado), em nome dos princípios de liberdade, o direito pleno e exclusivo de dispor à vontade da coisa (tanto imóvel, assim como móvel).

No entanto, convém mais uma vez salientar que a recomposição da categoria da propriedade ocorria tomando como referência a propriedade imobiliária: a qual, especialmente na situação daquela época, conservava um alto valor paradigmático das situações de pertença (domínio).

Perante este cenário, mesmo que brevemente descrito, que abranje os acontecimentos da revolução francesa e a fatídica – mas, como os históricos relembram, também ambígua – decisão da Assembleia nacional (do 4 agosto de 1789) de abolir todos os direitos e obrigações feudais, muitos dos quais caídos em desuso há muito tempo. Decisão, na verdade, tomada na noite e forçadamente, sob a pressão da uma grande e alarmante rebelião das campanhas: com o propósito mais de limitar do que estender e propagar – como teria, ao contrário, ocorrido posteriormente – a enorme quantidade de mudanças iminentes, que também alarmavam aquela parte do terceiro estado dentro da qual se situavam muitos de *droits seigneuriaux*⁵².

A supressão dos direitos e tributos senhoriais (*domaine de supériorité*) sobre as terras foi decisivo, portanto, para marcar o abandono

186 ss.

52.. Cfr. R. COBBAN, *The Social Interpretation of the French Revolution*, Cambridge, 1964, trad. it., *La società francese e la Rivoluzione*, Florença, 1967, p. 38 ss.

ou, se preferir, a transformação do antigo regime fundiário, em favor de um modelo de propriedade que em breve, com o *Code civil*, será realocado em posição de destaque em relação às aparências todas romanísticas, ligadas caracteres de natureza absoluta e exclusividade. E o mesmo vale para o resto dos países europeus continentais: onde, no decorrer de pouco mais de meio século (até a segunda metade do século XIX, com as leis austríacas de abolição dos feudos), todos os imóveis tornaram-se idôneos a serem objeto de um direito de propriedade pleno e não dividido.

É de fundamental importância, a este respeito, abordar resumidamente o significado de tais vicissitudes, sob a ótica da reconstrução do modelo romanístico de propriedade.

A propriedade surgida a partir da Revolução Francesa e vigente durante o século XIX na Europa continental possuía os mesmos elementos essenciais da propriedade romano-clássica e romano-justiniana: a faculdade indefinida de usar e gozar do bem imóvel, a pretensão direta de excluir do imóvel qualquer terceiro, com a correlativa ausência em qualquer terceiro (mesmo que fosse o Estado ou o soberano) de um direito capaz de se interpor entre o titular e o imóvel, o poder de dispor deste jurídica e materialmente, a sujeição do titular aos limites estabelecidos naquele exato momento histórico pelo ordenamento jurídico. No conjunto, esses elementos permitiam ao proprietário na Europa continental moderna de considerar o imóvel ligado à sua pessoa, a ele pertencente, de considera-lo seu, exatamente como diziam os proprietários romanos durante na época clássica ou na época de Justiniano. E não se trata de coincidência causal, essa foi preparada e, poderia dizer-se, desejada por uma tradição ininterrupta que remonta à escola de Bolonha e que através desta, mesmo com caminhos talvez incertos e instáveis, alcança a mesma compilação justiniana, que foi introduzida na Itália em meados do século VI; uma tradição que foi cultural, mas que incidiu fortemente também na prática forense e até mesmo administrativa. Portanto, não está absolutamente errado, sob esse aspecto, afirmar que a propriedade imobiliar instaurada na Europa continental em seguida à desintegração e à total abolição do regime feudal representava uma restauração substancial do *dominium* romano, que foi elaborado pelos juristas clássicos e transmitido por compiladores justinianos. Os ideais ético-políticos, que favoreceram essa repriminção, a estrutura econômico-social, de que ele se serviu ou onde se inseriu, tinham pouco ou até nada a ver com a Roma antiga.

Mas, no entanto, ocorreu a restauração das linhas essenciais da estrutura romana⁵³.

Naturalmente, ao longo da perspectiva indicada, não deve ser ignorado o papel desempenhado pela escola histórica alemã da segunda metade do século XIX, surgida na moderna pandectista. A qual, rejeitando a teoria da propriedade dividida, afirmava sua incompatibilidade com os princípios e conceitos romanísticos em relação ao domínio: afirmando, à luz destes princípios e conceitos, a impossibilidade lógica de desarticulação ou decomposição do domínio em uma série de situações subjetivas homólogas de uso e gozo da mesma coisa (no sentido físico).

Nesse sentido, vale a pena retomar algumas definições sobre o conceito e o objeto da propriedade, assim como foi formulado por um dos maiores expoentes e divulgadores de tal endereço científico e doutrinal, em uma obra que ganhou, entre nós, enorme fama, especialmente em razão de uma autorável e influente uma tradução do início do século XX.

A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as singulares faculdades, que nela devem ser distintas, não são nada mais do que manifestações dessa plenitude⁵⁴.

Como objeto da propriedade, foi indicada, por nós, uma coisa material. [...] Ao contrário, não pode-se falar sobre uma propriedade naquilo que direito romano tecnicamente designa com a expressão *res incorporales*. *Res incorporales*, nesse sentido, são os direitos; se é atribuído a alguém propriedade sobre os direitos, isso só pode significar que estes direitos querem serem designados como competente a esse alguém. Logo, deve-se fixar: esse direito lhe compete, e não: ele tem a

53. G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium*, etc., cit., p. 1236.

54. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. com notas de C. Fadda e P.E. Bensa, Turim, 1925, I, § 167. Este aspecto é apontado no sentido de que «a propriedade não é a soma das potências... sobre uma coisa, mas sua unidade tem uma existência própria... então, a propriedade é também um direito diferente dessas faculdades tomadas individualmente. Isso não é justo; porém, é mister esclarecer ao leitor, para evitar um mal-entendido, que as faculdades da propriedade são o antecedente (*Prius*) e a propriedade o subsequente (*Posterius*). A propriedade não nasce através do amontoado de unidades de uma pluralidade de faculdades, mas, inversamente, cada relação de propriedade existe apenas em virtude da propriedade».

propriedade desse direito. Com o designar da pertinência jurídica de um direito como propriedade sobre um direito, se tem a oportunidade de transportar os princípios vigentes para a propriedade e aplica-los a direitos, que são governados por princípios diferentes»⁵⁵.

A maturação, portanto, em termos de completa renovação e mudança de mentalidade na base do modelo (técnico-jurídico) em romanístico (ou, se preferir, continental) de propriedade, é atribuída à reflexão e teorização pandectista, que, nesse âmbito, rompe com a ideia medieval de propriedade entendida como um complexo de situações subjetivas de efetivo exercício e gozo fracionado pelas utilidades da coisa. Por isso, contra a *relatividade* e a *pluralidade* dessas situações, todas qualitativamente identificáveis como *dominia*, afirma-se o *caráter absoluto* (com significado de 'plenitude') e a *unicidade* (ou 'simplicidade', de acordo com a fórmula do *dominium simplex*, antitética àquela do *duplex dominium* medieval) da propriedade. Daí, então, a primazia de uma abstração em sentido ideológico (ou, se preferir, antropológico), antes jurídico, da propriedade individual como relação de (pura) 'solidão' do proprietário, tanto consigo mesmo (*dominium sui*), assim como com 'suas' coisas (*dominium rerum*)⁵⁶.

7. O ABSOLUTISMO DO DIREITO À PROPRIEDADE: ASCENSÃO E DECLÍNIO

A obra de restauração (ou, se preferir, da invenção) da noção de propriedade, realizada pela moderna doutrina jusnaturalista e,

55. Id., *ibid.*, § 168, onde há uma incrível amostragem das fórmulas definitórias, selecionadas a partir de vários textos da doutrina pandectista e espelho fiel de uma mentalidade impregnada de individualismo possessivo entendido como a exaltação da vontade dominante do individual no campo das relações jurídicas, portanto, indicativas da atitude cultural como base do modelo de propriedade, tornado, na época, o modelo predominante. Entre elas, para citar apenas alguns exemplos, podem ser lembradas as seguintes: «Propriedade é a união jurídica de uma coisa corporal com uma pessoa»; ou seja, «uma conexão das coisas com as pessoas, que enche de qualidades jurídicas o corpo natural». E, além disso: «[Propriedades é] a potência jurídica da pessoa, que preenche o corpo da coisa». Ou, em outras palavras, mais uma vez, a relação em virtude do qual «a coisa é inteiramente assimilada pelo sujeito»; assim «o homem absorve quase toda a substância, ele tira a independência objetiva da coisa e trai nela mesma a substância» (*ibid.*, § 167, nt. 5).

56. Cfr., ainda, P. GROSSI, *La proprietà, ecc.*, cit., pp. 257-263.

finalmente, aperfeiçoada com o auxílio das correntes idealistas convergiram na Pandectist idealista entregava à cultura jurídica do final do século XIX um modelo unitariamente definido em termos tanto de inclusão – como objetos de propriedade – das coisas (materiais) igualmente imóveis e móveis, assim como de compactação de todos os poderes dominicais, em um único sujeito titular do direito. Assim, tomado como um paradigma a própria ideia de "direito subjetivo", enquanto caracterizado pela natureza absoluta, entendida como a plenitude da senhoria sobre as coisas do mundo exterior e inexistência de limites da relacionada esfera de acção da vontade individual, no sentido da máxima extensão de poderes dispositivos, de (ab)uso e gozo do proprietário.

Tudo isso, claramente, era incompatível com as estruturas de propriedade do *ancien régime*, vice-versa caracterizadas – no caso emblemático da propriedade fundiária – pela ideia de domínio eminente (do Estado) e por uma multiplicidade de regimes (*plura dominia*), além que pela presença de elementos obrigatórios limitativos do poderes proprietários.

Nessa configuração 'absoluta', o direito de propriedade fixava-se na base do sistema de direitos subjetivos (patrimoniais), como uma condição e, juntamente, pressuposto de qualquer liberdade do cidadão-proprietário

A propriedade era disciplinada como direito da pessoa e, portanto, como um atributo de liberdade. A ligação entre liberdade e propriedade está consagrada, de maneira mais ou menos explícita, em todas as codificações do século XIX.⁵⁷

Adiciona-se a isso que o princípio civil de integridade e caráter absoluto da propriedade assumia relevância constitucional em termos de intangibilidade (inviolabilidade) do direito assim reconhecido (como expressão de liberdade individual) e, aliás, construído como uma forma de proteção contra as ingerências das autoridades públicas na esfera privada.

É oportuno observar que a definição de *Code civil* refletia também uma necessidade de repartição do poder político, de acordo com

57. Assim, por ex., S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, p. 8.

a notória fórmula (realizada por Portalis), *para o cidadão, a propriedade, para o soberano, o império*⁵⁸.

Neste sentido, a plenitude dos poderes do proprietário, longe de exaurir-se em uma afirmação de relevo técnico-jurídico a respeito do conteúdo do direito, visto como «ilimitada possibilidade de utilização econômica dos bens», aparece, ao contrário, baseada em uma «motivação mais profunda: a vontade de criar um absoluto, a propriedade, capaz de limitar um outro absoluto, o poder soberano»; onde a «relação estabelecida entre o exercício dos direitos políticos e a posição proprietária» no âmbito das constituições burguesas⁵⁹

Na perspectiva indicada, também o gancho do direito ('natural'), pertencente à 'lei', de acordo com a definição do Code civil francês de 1804 Civil francês, assumia um valor de garantia, que evidenciava sua posição de centro do sistema de direito civil.

[O] direito de propriedade não é mais a disciplina de uma instituição entre as outras, é a legislação civil. Logo, a propriedade é a medida qualquer situação do privado [...] Isto significa que a intervenção do legislador no setor das relações privadas deve obedecer exclusivamente a uma exigência interna do próprio setor, reconstruída em volta da propriedade, e não a exigências reconduzíveis a diversas ordens de apurações⁶⁰.

No tocante ao contexto mais geral caracterizado pelos princípios do *laissez faire*, é natural que o relevo constitucional da propriedade individual se destaca acima de tudo, juntamente com a plena liberdade privada de iniciativa econômica, com a função de limitar (insuperável) os poderes públicos. Por isso a inviolabilidade do instituto proprietário demonstra-se não só como critério de invalidade dos atos de autoria de interferência com a esfera privada que não tivessem o apoio da lei (princípio da legalidade), mas também como regra de não-intervenção do Estado na vida e nos negócios de particulares.

A tomada de poder da classe constituída pela burguesia é acompanhada pela rejeição ao poder de disciplinar da economia das

58. Citada por S. Rodotà, *Il terribile diritto*, 2ª ed., Bolonha, 1990, p. 105.

59. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 103.

60. Id., *ibid.*

autoridades públicas [...] A adoção da regra de que o poder público pode agir onde a norma de direito lhe concede elimina a liberdade de iniciativa pública, pelo menos nas formas de autoridade [...] O limite do poder público é marcada, no entanto, por duas linhas principais: o não ter que ser empresário nem proprietário, o não ter que favorecer nem bloquear as atividades empreendedoras dos privados ou fruições da propriedade dos privados. É este, formado pelas duas regras, que recebe o nome de "não intervenção" do poder público na economia, ou também de abstencionismo, de neutralidade, de liberalismo, na regulação da economia⁶¹.

Em outras palavras, a forma de propriedade que emerge das definições legislativas e doutrinárias século XIX constitui, claramente, a expressão das conquistas burguesas no âmbito social, político e econômico, assim como na livre iniciativa; consideradas em conjunto e em função paradigmática da centralidade do indivíduo e de sua liberdade dentro de tais ordenamentos, de modo a formar o que pode ser visto como o coração civil do estado burguês, ou seja, a base dos ordenamentos liberais⁶².

A constituição material do estado burguês confere [...] especial ênfase à liberdade de empresa, à iniciativa econômica privada e à garantia do direito de propriedade⁶³.

61. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bolonha, 1977, pp. 25-26. O mesmo A., no entanto, chama a atenção sobre a natureza do princípio mais enunciado do que não aplicado da "não-intervenção" do estado na economia (*Ibid*, pp. 28-29).

62. Quanto a esta expressão, ainda M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 25, assim esclarece oportunamente seu sentido: «O período entre as revoluções burguesas (Inglaterra 1689, Estados Unidos 1776, França 1789) e nosso tempo é dominado pela experiência do Estado que é designada pela denominação de Estado burguês: denominação daqueles que pertencem ao referido grupo de longo prazo, e, portanto, que nem sempre se reflete exatamente na realidade histórica; na realidade, é só muito mais tarde, com as revoluções liberais que levaram ao fim da restauração, que começa a ter eficácia na Europa continental do Estado burguês».

63. *Id.*, *ibid.*, p. 28. . Em termos de contraste com o antigo *ancien régime*, é oportuno tratar sobre a observação de que, no Estado do período do absolutismo (séculos XVII e XVIII), de acordo com o ponto de vista do privado, diria-se «que a liberdade de empresa não é nem reconhecida nem garantida; que a iniciativa econômica é um conjunto do poder público e do privado, com grandes intervenções dos órgãos corporativos; que inúmeras leis dispõem que certas atividades econômicas podem ser implantadas somente após um 'privilégio' real ou da administração pública [...], que era considerado como princípio de constituição material que

Deve ser evidenciado, no entanto, no que tange à conexão que se estabelece entre o princípio do caráter absoluto dos poderes dominicais (e de sua compactação nas mãos de um único proprietário) e o substrato liberal do *laissez faire*, que esta relação – que vai além da indicação genérica aqui exposta – não é univocamente encontrada nas concretas experiências históricas. Onde, no entanto, ela se resente a oposição entre os interesses, por um lado, dos proprietários fundiários (agrários) e, por outro lado, dos ambientes industriais; ou seja, entre as instâncias, respectivamente, da propriedade chamada de ‘estática’ (ou de terra) e da chamada ‘dinâmica’ (ou de empresa)⁶⁴.

O que deve ser salientado, no entanto, no que tange a esta forma de propriedade do século XIX, é a sua distância histórica, perante de um desenvolvimento socioeconômico que, já no final do século XIX e especialmente nas primeiras décadas do século passado, passou a ser caracterizado pelo aumento da interferência do estado e das autoridades públicas na esfera privada, por meio de intervenções limitativas e, geralmente, conformativas do direito de propriedade, destinadas a incidir sensivelmente no plano – e não apenas na configuração – dos mesmos conteúdos do direito; dando assim origem a uma série de perguntas sobre os limites do interesse público e a função – em sentido amplo – da importância social da propriedade que, por noção unitariamente aceita (pelo menos em teoria), veio a transformar-se em uma variedade e pluralidade de formas e correspondentes regimes normativos, que tornaram problemático e enigmático seu perfil de definição: cada vez menos aderente ao padrão individualista da (de uma) ‘propriedade absoluta’, no entanto, sempre mais aberto à contaminação, tanto no plano conceitual como no valorativo, com novas e diferentes instâncias sócio-político-culturais de caráter solidário.

Sem dúvidas, um fenômeno de declínio, ou até de eclipse, e, como já foi dito, de transformação da noção de propriedade em sua versão

toda atividade que tivesse um mínimo de relevância coletiva, legitimasse, com isso, a intervenção do poder com atos próprios, de disciplina ou de assunção direta: agricultura, indústria, comércio internacional e interno, transportes, pesquisa científica, arte, caridade, etc. etc.» (*ibid.*, p. 24).

64. Para uma indicação « do modo em que *laissez faire* e absolutismo proprietário interferem », tendo em conta a experiência inglesa do século XIX, v. S. RÓDOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 107 ss

marcada pelo marco burguês do século XIX, vem se desenvolvendo a partir segunda metade do século XIX.

Inicialmente, isso ocorreu em vista onda de conflitos sociais e movimentos de opinião que alimentam instâncias reformistas ou revolucionárias – a depender do caso. Até atingir, durante a primeira metade do século XX, resultados consistentes – como é sabido – na abolição da propriedade privada (dos meios de produção), com o advento dos regimes socialistas, ou então, em outros lugares, em uma socialização generalizada (com formas puras de estatização) de bens e serviços, inspirada e apoiada por motivos e objetivos solidários de justiça e bem-estar social (*welfare*).

A primeira metade do século XX, no entanto, é também uma época em que, nos anos imediatamente anteriores à ‘grande crise’ do ‘28, começando do país, os Estados Unidos, destinados a tornar-se o símbolo do ocidente capitalista, amadurecem a consciência de um evento extraordinário no âmbito da chamada economia do mercado livre. Definido por muitos como *revolução gerencial*; estudado e aprofundado por muitos em uma ampla literatura (sócio-político-econômica, além que jurídica), este evento concerne difusão de grandes empresas (públicas ou privadas), administradas sob a forma de sociedades por ações, ou seja, a ascensão da guila das mesmas gerentes, formalmente suas dependentes, mas completamente responsáveis por sua conduta, como se fossem, na realidade, ‘donos’; logo, de uma classe de gerentes-burocratas, a «nova classe social dominante»⁶⁵.

Em seus termos essenciais, tal evento costuma reduzir-se, de acordo com uma análise destacou, primeiramente, (no mundo norte-americano) a consistência quantitativa⁶⁶, à *dissociação* entre propriedade (formal) da empresa (com um capital acionário disperso entre o público dos investidores titulares de ações) e controle (efetivo) das atividades econômicas e dos meios produtivos utilizados para

65. Para uma abordagem do tema e de suas implicações sociais, econômicas e institucionais v. F. Archibugi, *L'economia associativa. Sguardi oltre il Welfare State e nel post-capitalismo*, Turim, 2002 (aparecido em una primeira ed. em língua inglesa: *The Associative Economy. Insights beyond the Welfare State and into Post-Capitalism*, Londres, 2000), pp. 81 ss.

66. A referência é a A.A. Berle, Jr., e G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

realizá-las. Com uma conseqüente transferência de poder, tanto econômico assim como social, da classe dos capitalistas (proprietários-empresendedores) e a dos gestores (não-proprietários).

No entanto, é o caso de salientar que a questão do exercício da propriedade na empresa de grandes dimensões gerida em forma de sociedades por ações (*company* ou *corporation*, de acordo com a terminologia anglo-americano), enquanto caracterizada pelo evento dissociativo entre propriedade e controle (gestão) da empresa, ou, mais incisivamente, pela ‘ausência da propriedade’ na empresa assim gerida (como já assinalava em 1923 Thorstein Veblen, em um seu ensaio onde ele lamentava o desaparecimento das figuras heroicas dos ‘capitães da indústria’) ⁶⁷, coincide com a reação no ocidente capitalista (especialmente na sociedade e na cultura norte-americana) à vanguarda das ideias propagadas pela revolução comunista (do outubro de 1917). Em tal sentido, tendemos a efetuar uma leitura desse evento propensa a entender sua positividade em termos de «auto-socialização da empresa privada» (de acordo com uma fórmula keynesiana), logo, obtida através da dispersão do capital acionário entre o público indiferenciado dos pequenos poupadores (trabalhadores incluídos). Com o efeito de remover, assim, espaço de aceitação daquelas ideias, enquanto: «Combater a propriedade privada dos meios de produção significa não somente estabelecer um objetivo inútil, porque à propriedade não está mais associado o poder; significa, também, fixar um objetivo antipopular, porque a propriedade dos meios de produção (até mesmo em uma propriedade separada pelo controle) tornou-se de domínio popular»⁶⁸.

Porém, o que mais nos importa, no fundo dos cenários agora evocadas, é que a noção (jurídica) de propriedade (privada), recém-saída triunfante da revolução burguesa, em seu novo papel de «direito sagrado e inviolável» confeccionada pela *declaração dos direitos do homem e do cidadão*, para atravessar o século XIX, ainda temida e respeitada,

67. Trata-se do ensaio significativamente intitulado *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times. The Case of America*, que antecipa a tese que será analisada e documenta pelo citado trabalho de Berle e Means (*supra*, nota precedente).

68. F. Galgano, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, em *Quaderni fiorentini*. Per la storia del pensiero giuridico moderno, Milão, V/VI (1976-77), p. 681.

aliás, assumida pela maior e mais influente teorização jurídica do século (a pandectista) como paradigma da categoria dos direitos subjetivos de expressão da personalidade individual e cardeal, juntamente, do sistema de direitos patrimoniais, vinha já nas primeiras décadas do século XX, sob o peso dos fenômenos supracitados, para romper-se: como um espelho cujos fragmentos, uma vez quebrado ou gravemente rachado, dificilmente e até quase por nada refletiam os traços da imagem de opulência (caráter absoluto, plenitude e firmeza) do direito de propriedade do século XIX. Um direito que vinha perdendo, assim, juntamente com a aura tão efêmera quanto superficial, aliás, falsa da sacralidade, essa também de uma idealidade de antigo marco liberal, não mais em sintonia com os tempos.

Assumindo cada vez mais uma imagem turva e mal reconhecível por trás da reunião de normativas, mais ou menos especiais e setoriais, ditadas em função de tutela dos interesses públicos primordiais; como resultado da imposição de dinâmicas econômico-produtivas e financeiras tendentes à desarticulação de poderes e das situações correspondentes em matéria de atribuição, ao controle e à gestão de bens e recursos.

Nascia, então, (um) problema de identificação (não apenas "jurídica") da propriedade: problema destinado a desenvolver-se, até os nossos dias, ao longo de duas maiores e paralelas de tensão

Uma, de natureza mais política, diz respeito à relação entre *liberdade* e *autoridade*: isto é, entre as instâncias – por um lado – *individuais*, cuja ‘propriedade’ é, desde sempre (por causa de sua raiz etimológica), expressão, com um evidente e conhecido porte de valores e princípios, que giram em torno do motivo ideal da pessoa humana, e – por outro lado – *sociais*, também portadoras de valores e princípios, isto é, os de dignidade, igualdade, solidariedade e justiça, referíveis a um mesmo motivo ideal, mas que manifestam-se, pelo contrário, em requisitos de confinamento e adaptação (conformação) do interesse individual em função dos interesses coletivos (ou seja, de relevância pública).

A tradução no mais estritamente jurídico desta tensão de dialeto, a partir do ponto de vista da noção (do direito) de propriedade, remonta especialmente à diferente percepção e qualificação de seus *limites*: enquanto susceptíveis de serem considerados, no âmbito de uma noção de propriedade principalmente entendida como relação

homem-coisas, como elementos aditivos (isto é, externos) à noção mesma; ou, no contexto de uma noção principalmente entendida como relação entre os homens e as coisas, como elementos necessariamente dela complementares (isto é, internos).

Na realidade, o que deve ser destacado é uma mudança de sentido 'ideológico' da propriedade privada, como propriedade (um tempo) burguesa e capitalista: ou seja, concebida como 'absoluto'. Em um contexto em que as limitações impostas a ela, especialmente no caso da propriedade privada dos meios de produção e, ainda mais, com a finalidade de distribuição dos recursos (por exemplo, entre a mão privada e a mão pública), refletem claramente uma diferente abordagem, de carácter político-ideal.

O grau em que a propriedade privada (negada) de bens, especialmente de bens produtivos (capitais), vem a ser estruturada pelo Estado para fins distributivos, é o mesmo grau em que um sistema de economia [liberal de mercado] se desvia do capitalismo. E na medida em que a estruturação dessa propriedade persegue fins de controle público sobre a distribuição de bens, em particular, para uma équa distribuição da riqueza e do bem-estar, naquela mesma medida, um sistema econômico torna-se socialista⁶⁹.

A outra linha de tensão, de carácter mais econômico, diz respeito à transformação do modelo de desenvolvimento capitalista, na transição de um capitalismo de carácter estático, de tipo agrícola ou industrial (principalmente engajado na imobilização de recursos para o desenvolvimento de atividades produtivas) a um capitalismo mais dinâmico de tipo financeiro, no contraste de culturas e figuras representativas, respectivamente, de um e de outro: o 'heroico' dos capitães da indústria e o de 'negócios' de gestores de burocratas.

Mais uma vez, uma tradução disso, em termos da noção (do direito) de propriedade, pode ser interpretada no sentido de uma diferente percepção e qualificação do seu conteúdo e de seus relativos caracteres: em termos de exclusividade, carácter absoluto e compacto de poderes constituintes dominical, tal conteúdo, de acordo com a ideia do século XIX do proprietário que os une todos a ele (e exerce-os

69. J. Christman, *The Myth of Property. Toward an Egalitarian Theory of Ownership*, Oxford, 1994, p. 42.

como quiser); ou, em termos de separação entre os próprios poderes e, mais especificamente, da divisão entre titularidade do direito e gestão do bem que é seu objeto, realizada por sujeitos diferentes do proprietário, os quais acabam, aliás, assumindo uma posição de poder (jurídica, além que econômica e social) muito mais relevante. De acordo com um fenômeno que pode, porém, surgir de diversas formas: tanto como esvaziamento do conteúdo do direito, reduzido a simples titularidade formal, assim como adaptação a fins de maior fruição dos bens patrimoniais, em relação à pluralidade de interesses e de suas respectivas posições subjetivas neles concorrentes.

Liberdade de pensamento sobre o transcendente na sociedade da informação: reflexões preliminares

Paulo Ferreira da Cunha*

«S'il n'y avait en Angleterre qu'une religion, le despotisme serait à craindre ; s'il y en avait deux, elles se couperaient la gorge ; mais il y en a trente, et elles vivent en paix et heureuses.»

VOLTAIRE. *Lettres philosophiques, Lettre VI. Sur les presbytériens*

1. GUERRA DE CONVICÇÕES NO *BRAVE NEW WORLD*

A magnitude da matéria parece não envolver elevação na educação e na capacidade de convivência com a diversidade, até pelo contrário. Há uma tendência dogmática e mesmo fanática (ainda que por vezes adocicada com verniz, mas ténue e efêmero) para encarar as questões de pensamento mais fundamental, mais transcendente. Transformando potencialmente todos os seus problemas em casos de vida ou de morte. A doutrina fala já em «discursos de ódio religioso»¹.

(*) Catedrático de Direito (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). Doutor das Univs. de Paris II e Coimbra. Agregado (com mesmos efeitos de Livre-Docente) pela Univ. do Minho. Pós-Doutor pela USP. Membro do Comité *ad hoc* para a Corte Constitucional Internacional. Professor das FMU, São Paulo. Bols. da Funadesp na Fadisep.

1. V., *v.g.*, CONSANI, Cristina Forani. *Democracia e os discursos de Ódio Religioso: Debate entre Dworkin e Waldron*. Ethic@. «Revista Internacional de Filosofia da Moral» - Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, vol. 14, n.º 2, dez. 2015, pp.174-197. Ed. *online* : <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/38970/31180> (consultado a 11 de fevereiro de 2017). Sobre o discurso do ódio em geral, MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: RT, 2009.

Há uma leviandade deveras assustadora (e sem dúvida em alguns casos a rondar o ilícito criminal) na forma como se defendem e atacam (exaltadamente até) posições em matéria do direito fundamental de pensar como se queira em matéria de concepções do mundo, entendimento do transcendente, ou omissão do interesse por essas coisas. Trata-se de mais um, mas muito grave, dos retrocessos civilizacionais em que incorremos nas últimas décadas.

Poderia dizer-se, assim, que faltam hoje nas nossas sociedades quer elementos republicanos (de vera república, não formais apenas) quer, concomitantemente, elementos retóricos. Aliás, Nietzsche fazia a ligação entre ambas as coisas:

Enfim ((a Retórica)) é uma arte essencialmente republicana: tem de se estar habilitado a suportara as opiniões e pontos de vista alheios e mesmo sentir um certo prazer na contradição; deve-se escutar de tão bom grado como quando nós próprios falamos, e deve-se como ouvinte apreciar mais ou menos o desempenho da arte. A formação do homem antigo culminava habitualmente na retórica (...)².

O nosso tempo, da sociedade da informação, é inegavelmente muito interessante. Mas isso pode ser uma praga. Como recordou Lewis Mumford:

Diz-se que, tradicionalmente, sempre que um sábio chinês desejava rogar uma praga fulminante ao seu inimigo limitava-se a dizer: “Que ainda venhas a viver numa época interessante”. Os Chineses sabiam que das coisas boas da vida poucas se podem consumir no meio de derrocadas morais e cataclismos políticos.³

E mais adiante explicita:

O que torna a nossa época tão interessante é, obviamente, o número de contradições espantosas e paradoxos trágicos com que nos defrontamos a todo o momento, criando problemas que sobrecarregam as nossas capacidades humanas de

-
2. NIETZSCHE, Friedrich. *Da Retórica*. trad. port. e Prefácio de Tito Cardoso Cunha. Lisboa : Vega, 1995, pp. 27-28.
 3. MUMFORD, Lewis. *Art and Technics*. Columbia University Press, 1952. Trad. Port. de Fátima Godinho. *Arte & Técnica*. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 9.

compreensão e libertando forças tais que nos fazem perder a confiança na possibilidade de controlo.⁴

Basta ver as redes sociais : em várias publicações, mais ou menos apelativas, mas sempre mais ou menos imperativas, e até com chantagens, por vezes, somos compelidos a crer ou a não crer, de múltiplas maneiras.

O que se nos ordena é variado, e por vezes (isso é sinal da exterioridade e superficialidade da sociedade da informação e seus meios) apenas se requerem atos formais e exteriores, que podem ser feitos mecanicamente, sem qualquer convicção e muito menos devoção, por rotina, por hábito de obediência (que tanto hoje se nos quer inculcar, com reflexos condicionados desde uma escolarização formatadora precoce à burocracia gélida e toda-poderosa), por simpatia ou trato social, ou até por medo das consequências do não agir.

Ora devemos partilhar ou repassar orações ou votos piedosos ou devocionais (alguns sob pena de azares grandes se o não fizermos), ora há chistes e ironias a todas as crenças, e eventualmente ofensas, quer àquilo em que se acredita, quer como luta ou despique entre convicções (embora isso seja mais raro, que tenhamos visto).

Quando, numa rede social, há um grupo alargado de « amigos » que podem ser mesmo pelo menos conhecidos ou colegas na vida real, que têm o hábito de cortesia e urbanidade de ir « curtindo » (colocando « gostos » ou « likes ») nas publicações uns dos outros fica embaraçoso, por sectário, para muitos, que alguns comecem a colocar publicações muito especificamente da sua religião (ou partido, ou tendência política). Ocorre mesmo quando a pessoa está de acordo com essa publicação devocional ou política, mas não quer fazer proselitismo, nem expor as suas ideias publicamente. Alguns, entretanto, pelo contrário, consideram essa abstenção como discordância ou, pelo menos, muito culposa tibieza, já que se investiram numa missão evangélica. Ora cada um assumindo-se nas redes sociais e na vida social (embora ao vivo menos, estamos em crer) como um militante, podem deixar alguns sem fôlego. E não recusemos que esses podem mesmo ser os mais místicos, a quem repugna a profanação (cremos que a expressão ganha aqui muito sentido, até pelas suas raízes) da fé.

4. *Idem, ibidem.*

Porém, com a cada vez maior quebra das barreiras de intimidade e privacidade induzidas pelos mil e um mecanismos narcísicos e de exposição da Sociedade da Informação, acreditamos que o número dos incomodados com este tipo de publicações irá diminuir até tender para zero. O que consideramos ser, não uma democratização mas um empobrecimento civilizacional, e podendo dar lugar mais facilmente a dissensões que um certo recato opinativo (que nada tinha a ver com censura ou autocensura, mas mero comedimento) ia evitando.

O tratamento mais dramático pelos novos « jornais de parede » informacionais recai sobretudo realmente sobre o tema religioso. Mas também o ideológico é afetado, e mais residualmente, o filosófico. Este muito mais raramente contemplado se considerado no seu « estado puro ».

Contudo, não deixa de haver testes *online* que nos podem identificar com filósofos mais ou menos conhecidos, o que chega a criar (episodicamente : tudo ou quase tudo é efémero nesta sociedade líquida, como diria Bauman) « famílias espirituais » em redes sociais. Por um momento. Até que novo teste ou nova polémica arraste a atenção tão pouco concentrada que nesses meios voga ao sabor de estímulos imediatos e imediatistas. Não admira que nas aulas muitos estudantes não se consigam concentrar nem seguir uma exposição, adormeçam e brinquem durante interessantes e até animadas palestras. O mediático foi condicionando a sua atenção, dizia-se, à duração de um anúncio comercial na televisão. Agora à rotação da telinha numa rede social, provavelmente... A incapacidade de concentração e portanto de elaboração conceitual e sentido crítico aumentam com a desistência da frequência das aulas magistrais e das palestras, da leitura de livros e artigos em papel (e suspeitamos que muitas vezes a leitura em meios eletrónicos não será – salvo romances e coisas leves – muito afincada), etc. Há evidentemente entusiastas e otimistas (e velhos que querem parecer sempre na crista da onda da novidade), além de generosos e sérios que sinceramente o opinam, claro fazendo coro a favor dos tempos novos, e enaltecendo as excepcionais aptidões das gerações já robotizadas. Sim, efetivamente, a sua aptidão com as máquinas modernas parece inata. Mas que dizer dos conhecimentos fundantes e humanistas? Precisamos que no-lo provem.

Falávamos de religião. Mas neste domínio do pensamento transcendente não se trata apenas de religião. Já em algumas realidades

filosóficas *sui generis* o caso muda de figura. Pois há grupos que, não sendo nem ideologia *stricto sensu* nem religião *proprio sensu* são alvo nestes tempos de radicalização e busca de culpados dos mais abundantes ataques, assacando-se-lhes mil e uma culpas: é o caso de sociedades que nem sempre são de fácil catalogação, em geral filosóficas e eventualmente filantrópicas, as quais por vezes são consideradas ou associadas a « sociedades secretas » embora tenham em vários países sede conhecida, e o caráter mais ou menos secreto ou discreto dos seus membros dependa muito do grau de preconceito e liberdade efetiva das sociedades em que atuam.

As coisas pioram no campo do preconceito (chegando por vezes ao delírio, pelo menos aos olhos do cidadão comum que sabe o que lhe diz a comunicação social, mas faz passar tudo pelo crítico da razoabilidade crítica) quando se invocam conluios mundiais dando largas à teoria da conspiração, em que inevitavelmente entra o « judeu » como um paradigmático bode expiatório⁵.

Seria precisa muito grande serenidade e respeito pela diferença para não embarcar nos preconceitos contra todas as religiões, todos os agnosticismos, todos os ateísmos, todas as ideologias, todas as filosofias, e todas as instituições que corporizam essas entidades de espírito e pensamento feito realidade. Nas redes sociais todos os dias há um grito de alerta contra estes ou aqueles, responsáveis por todos os males passados, presentes e futuros do mundo. Há mesmo na *Internet* pequenos filmes horripilantes (ou que pretendem sê-lo) sobre algumas dessas entidades.

Obviamente, como já há anos notava o filósofo alemão Wolfgang Heilmann, da comunhão ou da ideia à instituição vai um caminho de concretização, de materialização, que implica, normalmente, a perda de alguns ideais e idealismos, e perfeições. O exemplo que deu, em conferência na Fundação Engenheiro António de Almeida, na cidade do Porto, sobre Patriotismo Europeu, era dos mais elementares e eloquentes : do ideal e da comunhão do amor à instituição do casamento, pode, na verdade, haver algo que se perca pelo caminho, pelo

5. ECO, Umberto. *Construir o Inimigo e outros escritos ocasionais*. trad. port., Lisboa: Gradiva, 2011, e, em ficção, *Idem. O Cemitério de Praga*, trad. port., Lisboa: Gradiva, 2011. E o nosso artigos *Os Perigosos Sábios do Sião*, I e II, “*As Artes entre as Letras*”, Porto, n.º 70 e n.º 72 (2012).

menos em alguns casos... E evidentemente, aproveitando o tema da sua conferência, também o diríamos da Ideia da Europa à instituição concreta e ao trabalho concreto recente da União Europeia vai certamente uma distância. Por isso, a história de muitas destas realidades de pensamento e espiritualidade pode ter páginas menos brilhantes, mas é quase certo que todas entidades com um pouco de História também se poderão orgulhar de feitos mais ou menos notáveis de alguns dos seus membros. No contexto cristão, o teólogo Jorge Cunha chega a afirmar:

Como é possível que a figura de Jesus continue a exercer um fascínio sobre tantas pessoas pela frescura inovadora da sua acção e da sua palavra, ao mesmo tempo que, quando ousamos falar de ética cristã, encontramos apenas o desdém de quem nos ouve ou mesmo a recusa obstinada da proposta que lhe fazemos ? Será que a memória viva daquele que inaugurou a ética do amor se perde completamente nas voltas da história, de forma que aquilo que chamamos 'moral cristã' não comporte hoje a seiva da sua origem e o vigor da fonte cristalina da primeira hora ?⁶

É, no fundo, sempre o velho problema da distinção entre real e ideal, entre a República concreta, histórica, e a República do sonho de que falava Álvaro Ribeiro. As concretizações de altos ideais religiosos (como políticos) podem saldar-se por perseguições, totalitarismos, guerras, sabe-se lá que mais...

Não é todavia trocando acusações sobre as « inquisições » e as « conspirações » que seriam como que pecados originais das diferentes crenças e agremiações que se conseguirá nem a paz e o diálogo, nem muito menos a erradicação, no seio delas, de resíduos de autoritarismo, intolerância e outros que ainda possam persistir.

Também ante a adaptação às novas tecnologias demonstrada por algumas destas entidades (que têm *sites* com realidades virtuais, que permitem, por exemplo, colocar velas virtuais ou fazer meditação com música e imagem, ou sem elas, diante da telinha de um computador, que mandam orações ou pensamentos diários aos celulares, etc., etc.) não se poderá dizer que são apenas fenómenos antiquados no plano da civilização material.

6. CUNHA, Jorge. *A Ética de Jesus*. Leça da Palmeira: Letras e Coisas, 2015, p. 5.

Mas, e do ponto de vista de uma marcha de aperfeiçoamento do Espírito? Confessamos que a lei dos três estados de Augusto Comte se nos afigura, ela mesma, um tanto ultrapassada. Porque crer é menos moderno que não crer? E também há várias formas de não crer. E de crer e não crer (como os gregos antigos⁷), ou de crer e descrever de forma diferente. Por exemplo, pode-se defender uma espiritualidade laica (Luc Ferry⁸), ser ateu « fiel » (Comte-Sponville, num CD sobre esses temas), ou irreligioso sem ser ateu ou agnóstico (Mário Nuno Neves, no « Facebook », em fevereiro de 2015), ou descrente profundamente religioso (cremos tê-lo ouvido pessoalmente a Miguel Torga). Para não falar nos panteísmos, nos animismos, ou no próprio confucionismo, que é apresentado como religião tantas vezes, mas se pode suspeitar que seja antes uma Sabedoria.

2. COISAS DE CÉSAR E COISAS DE DEUS

Não é possível regular juridicamente com acerto uma realidade que se ignora e pior: sobre que se tem, favorável ou desfavoravelmente, uma opinião antolhada por preconceitos.

Seria importante que não apenas o legislador, mas todo o « operador » do Direito, soubessem o que são estas realidades do espírito materializadas em instituições mais ou menos associativas ou fundacionais (ou ambas) e que têm uma ação importantíssima, e sempre tiveram, na História da Humanidade.

Fiquemo-nos aqui e agora especialmente pelo fenómeno religioso⁹, com uma ou outra incursão noutras realidades de pensamento e

7. VEYNE, Paul. *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?* Paris : Seuil, 1983.

8. Cf., por todos, FERRY, Luc. *La révolution de l'amour*. Paris: Plon, 2010.

9. Muito longe de esgotar o tema, apenas algumas referências:

- AA. VV.. *Religião – Rito*. Enciclopédia Einaudi, vol. 30, ed. port.. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1994; ALAIN. *Les Dieux, suivi de Mythes et Fables et de Préliminaires à la Mythologie*. Paris: Gallimard, 1985;
- BULTMANN, R. *Kerygma und Mythos*. Hamburg: Evangelischer Verlag, 1951, 1952, 1954;
- BURKERT, Walter. *Mythos und Mythologie*, Frankfurt, Propylaeen, trad. port. de Maria Helena Rocha Pereira, *Mito e Mitologia*, Lisboa, edições 70, 1991;
- CAILLOIS, Roger. *L'Homme et le Sacré*. 2^a ed., Paris, 1953;
- CREUZER, Frédéric. *Religions de l'Antiquité, considérées principalement dans leurs formes symboliques et mythologiques*. trad. fr. de J. D. Guigniant, t. I, 1.^a parte, Paris: Treuttel et Würtz, MDCCCXXV;

-
- ELIADE, Mircea. *História das Crenças e das Ideias Religiosas*. trad. port., Porto: Rés, 1989;
 - ELIADE, Mircea. *La nostalgie des Origines. Méthodologie et histoire des religions*. Paris: Gallimard, 1971;
 - DUMEZIL, Georges. *Mythes et Dieux des Indo-européens*. Paris: Flammarion, 1992;
 - ELIADE, Mircea. *Traité d'histoire des religions*. Paris: Payot, 1949, nova ed. port. trad. por Fernando Tomaz e Natália Nunes, *Tratado de História das Religiões*. Porto, Asa: 1992;
 - ELIADE, Mircea - *O Sagrado e o Profano*, trad. port. de Rogério Fernandes, Lx., Livros do Brasil, s/d. ;
 - GLANVILL, Joseph. *Anti-Fanatical Religion, and Free Philosophy. In a Continuation of the New Atlantis, in Essais on several important subjects in Philosophy and Religion*. Essai VII, Londres, 1676;
 - LACERDA, Aarão de. *O Fenómeno Religioso e a Simbólica*. Porto: ed. do Autor, 1924;
 - LOBATO, Abelardo. *La religiosidad de Occidente en este final del sigl XX*. in "Espiritu", Barcelona, ano XLV, 1966, n.º 113, p. 5 ss.;
 - METZ, J.B.. *La foi dans l'histoire et dans la société. Essai de théologie fondamentale pratique*. Paris: Le Cerf, 1979;
 - PINHO, Arnaldo Cardoso de. *Desmitologização ou Interpretação, o que é a Teologia?* Porto: s/e, 1987;
 - MARTINS, Oliveira. *Sistema dos Mitos Religiosos*. 4.ª ed., Lisboa: Guimarães Ed., 1986;
 - RAHNER, Karl. *Grundkurs des Glaubens*. Friburgo de Brisgóvia: Herder Kg, 1977, trad. cast. de Raúl Gabás Pallás, *Curso Fundamental sobre la Fe. Introducción al Concepto de Cristianismo*. 5.ª ed., Barcelona: Herder, 1998;
 - REHFELDT, B.. *Recht und Ritus*, in *Festschrift fuer Heinrich Lehmann*, 1956, p. 45 ss.;
 - REINACH, Salomon. *Orpheus. Histoire Générale des Religions*. Paris: Alcide Picard, 1909; *Religiosidade no Brasil*, número monográfico da « Revista USP », Setembro, Outubro, Novembro, 2005;
 - SCHUON, Frithjof. *A Unidade transcendente das religiões*. trad. port. de Pedro de Freitas Leal. Lisboa: Dom Quixote, 1991;
 - SOLE, Jacques. *Les Mythes Chrétiens de la Renaissance aux Lumières*. Paris: Albin Michel, 1979;
 - TAMAYO, Juan José. *Cristianismo: profecía y utopia*, Barañain (Pamplona): Verbo Divino, 1987;
 - TREVOR-ROPER, J.R.. *Religion, reformation, and the social change*, 1971, trad. port. *Religião, Reforma e transformação social*. Lisboa: Presença-Martins Fontes, 198;
 - THROWER, James. *A Short History of Western Atheism*, trad. port. de Ana Mafalda Tello e Mariana Pardal Monteiro. *Breve História do Ateísmo Ocidental*. Lisboa: Edições 70, 1982;
 - VARILLON, François. *Viver o Evangelho*, trad. port., de *Vivre le Christianisme*, por Maria Teresa de Paiva Nazareth. Braga: AO, 1995;
 - VIANA, Pedro Amorim. *Defeza do racionalismo ou analyse da fé*. Porto: Typ. F.G. da Fonseca, 1866;

prática transcendente ou filosófica paralelas. E sabemos que as paralelas se encontram no infinito... (pelo menos).

A religião (cada religião, todas as religiões) é domínio do absoluto, do transcendente, do *ganz Andere*. Evidentemente que umas religiões absolutizam e estetizam de forma mais sumptuosa e filosófico-teológica que outras (se se pode assim dizer) esse absoluto. Em muitos casos se dirá que há uma mitologia própria de cada uma (mas com múltiplas linhas de contacto, por vezes, com outras), e que tal revela muito de culturas e civilizações onde nasceu ou se desenvolveu a respetiva crença.

Mas não é possível limitar esse fenómeno em apertadas malhas, sejam sociológicas, jurídicas, filosóficas ou outras. Qualquer religião tem, assim, desde logo decorrendo da liberdade de consciência e de crença, pleno direito a reivindicar verdades absolutas e intemporais. Obviamente com efeitos limitados aos respetivos crentes, e jamais *erga omnes*. Há um âmbito e uma fronteira para tal.

É também assunto a explorar o grau e latitude de exigência que se pode reclamar quer a partir da adesão a um credo religioso, que na decorrência da adesão ideológica, especificamente pela via da filiação partidária.

Na I República Portuguesa, o grande tribuno Alexandre Braga, proclamaria na Assembleia Constituinte, a 7 julho de 1911:

Eu acato o programma do partido em matéria disciplinar, em matéria doutrinal não. Não sou escravo de ninguém e o programa do partido republicano não implica disciplina intelectual¹⁰.

Em que medida pode o crente afastar-se dos dogmas, dos credos, da sua religião? E em que medida pode por isso sofrer sanções, e, no limite, ser expulso, afastado, excomungado (afastado da comunhão)? Haverá certamente limites e equilíbrios, sobretudo em épocas de rutura e mudança, em que o velho começa a mostrar-se em alguns casos

-
- WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, reed. Tuebingen, 1934;
 - WINLING, Raymond. *La Théologie contemporaine (1945-1980)*. Paris: Le Centurion, 1983.

10. PORTUGAL. *Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911 (de 15 de junho a 25 de agosto)*. Lisboa : Assembleia da República, 1986, p. 62.

caduco, mas em que também se reivindicam resgates do clássico, do tradicional, do histórico, do básico (ou do « fundamental »).

É em grande medida muito pueril, e desconhecadora da essência mesma do fenómeno religioso (que não deveria nunca confundir-se com operações de *marketing*) a crítica, nos nossos dias tão corrente, de que as crenças não acompanharam teologicamente o progresso, que estão desfazadas das ideias correntes de hoje, etc.. Defender como sagrada esta ou aquela atitude ou comportamento, considerar pecado isto ou aquilo, é certo que pode mudar com um arejamento (ou um recuo) de pontos de vista por parte dos teólogos hermeneutas dos textos sagrados, se tiverem uma interpretação atualista (ou passadista). Isso concede-se. Mas em geral será pouco credível uma fé que vogue muito com os tempos em matéria de crime e castigo, ou melhor, pecado e punição no Além... Ao encaminhar-se para uma via de transcendência, o crente parece procurar, em geral, verdades sólidas, imutáveis, e não oportunismos mais ou menos laxistas ou rigoristas do momento, e muito menos essa coisa que é uma *contradictio in terminis* (ou pior) que dá pelo curioso, pedante e moderníssimo termo « pós-verdade »¹¹.

Não nos podemos esquecer de que pode haver regressão, neste domínio, e não apenas progresso. Os teólogos com poder numa dada igreja ou seita podem passar a ser mais rigoristas, ou mesmo farisai-cos, ou até fundamentalistas, em lugar de acompanharem a evolução geral que se presume (nem sempre sem algum idealismo) ser num sentido mais antropocêntrico, humanista e compatível com as ciências e os novos costumes, que se presumem mais avançados e melhores (o que também está por provar inteiramente). Ora a marcha da Humanidade também é por vezes interrompida, e retrocede : veja-se o nazismo e o fascismo, que alguns dizem sujeito a um eterno retorno¹². Depende, pois, das circunstâncias. Há casos em que, perante uma sociedade muito secularizada, a resposta é a secularização e a modernização das hierarquias e dos dogmas ; há outros casos em que a resposta é precisamente a contrária. Por que razões ? Não as conhecemos.

11. Cf., por todos, SOARES, Martinho. *O que é a pós-verdade?*. in "As Artes entre as Letras", n.º 188, Porto, 8 de fevereiro de 2017, p. 22.

12. RIEMEN, Rob. *De eeuwige terugkeer van het fascisme*. trad. port. de Maria Carvalho. *O Eterno Retorno do Fascismo*. trad. port., Lisboa: Bizâncio, 2012.

Depende, naturalmente, das convicções profundas e da estratégia de quem decide e manda numa organização religiosa.

De qualquer modo, aquilo a que já não terá uma instituição religiosa direito será a impor à sociedade no seu conjunto (por muito que as estatísticas ou um *feeling* seu digam que muitos nela se afirmam religiosos e seus adeptos), um modelo de sociedade de acordo com o seu modo de ver. Isso seria uma forma de teocracia, que na verdade conhece variadas.

Evidentemente que uma instituição religiosa ou filosófica ou afim destas tem todo o direito de, pelas formas legais, tentar fazer valer os seus pontos de vista. Mas não mais que isso. E assiste todo o direito e autoridade moral aos que não se sintam vinculados à respectiva hierarquia (mesmo que comunguem dos princípios dessa fé, e se possam dizer, assim, crentes... mas não súbditos) para (mesmo invocando a sua condição de também crentes, embora sem posto hierárquico que lhes dê alguma *potestas* – pois, aqui, a *auctoritas* deriva apenas do saber, e não do cargo) contrariarem tais posições. E mais : para sublinharem que em matéria temporal, pelo menos no caso dos cristãos, nas coisas de César, deve ter a hierarquia religiosa o maior cuidado, sob pena de contradizer o próprio timbre do Cristianismo, que é, pela lição do Evangelho, laicista (pelo menos no sentido de apartar as coisas de César das de Deus, e vice-versa).

É compreensível que as almas piedosas e os piedosos sacerdotes das diferentes religiões e seitas queiram ver triunfar as suas piedosas ideias por toda a parte, e animados com o que crêem ser o favor divino, desejem espalhar a boa nova, por vezes pelo exemplo e pelo sacrifício, outras pela propaganda, outras ainda pela espada. Mas a sociedade contemporânea tem legitimamente que pôr limites a tais impulsos benfazejos extremos. Desde logo, em atenção ao direito à intimidade, à privacidade, a « ser deixado em paz ». E ainda à liberdade religiosa, na sua máxima amplitude, que também é a liberdade de haver espaços neutros, espaços laicos. Nem sequer espaços multi-religiosos. Mas espaços preservados da tensão (ou *pathos*) própria do numinoso. Para mais, se houver conflitualidade social a seu propósito. Muitos haverá, em caso de latente guerra religiosa, que não queiram, hoje, tomar partido. E estão no seu pleníssimo direito.

Porém, é preciso que haja o maior cuidado por parte do Estado para não tornar o seu laicismo numa nova religião agressiva das

outras. Não se fala de religião laica, ou cívica, que é uma possibilidade (e para alguns poderá ainda ser quiçá uma tentação, embora bem diferente hoje ou no futuro dos modelos clássicos, romano ou francês revolucionário, por exemplo), hoje um pouco distante e histórica na sua integralidade (embora haja traços ainda em Repúblicas atuais), mas que corre sempre risco de ser um braço ideológico do Estado excessivamente longo e atuante. Há contudo interessantes ideias a este propósito numa utopia contemporânea muito inovadora : a *Québécois*, de Francine Lachance¹³.

Mas a questão principal é diferente do problema de uma religião de Estado. Trata-se de evitar exageros voluntaristas, em que o Estado se pretenda ateu, ou ateu militante, por exemplo com a missão de pretensamente erradicar o « obscurantismo » religioso. Esse tipo de cruzada mais que laica laicista normalmente dá mau resultado, e não consegue extirpar a religiosidade, para mais alimentada pelo martírio.

Na já citada Constituinte de 1911, assistiu-se a um debate muito interessante sobre a questão, em que os republicanos e livre-pensadores Tomás da Fonseca (pai do escritor Branquinho da Fonseca) e Tiago Salles trocaram, *inter alia*, as seguintes palavras. Tal saboroso e ilucidativo debate teve lugar a 25 de julho de 1911:

Tomás da Fonseca – Não posso sancionar a proposta do Deputado que deseja que se mantenham os hábitos do povo. (...) seria sancionar o erro e a ignorância. Em questão de princípios nós não devemos descer até o povo, mas sim erguê-lo até nós.

Tiago Salles – Devem-se respeitar as crenças do povo. E suas manifestações, perfeitamente inofensivas, em muitas partes do país estão no coração do povo, onde as abriga com carinho. É prejudicial e inútil estar a exercer a autoridade grosseiras imposições contra o povo, pois com isso nada tem a ganhar a República.

Falo assim, como livre pensador, que entende que se deve respeitar a crença de todos¹⁴.

Creemos que é um diálogo muito eloquente.

13. LACHANCE, Francine. *La Québécois*. 2.^a ed., Zurique / Quebeque: Editions du Grand Midi, 2001 (1.^a 1990).

14. PORTUGAL. *Actas...*, cit., p. 197.

3. PELA PAZ DO PENSAMENTO

Há dois erros que partem de soberba do espírito (ou *hybris*) que podem colocar em risco a paz das nossas sociedades atuais, que são, em geral, e quase completamente, sociedades plurais em muito sentidos, e desde logo no das crenças, que se ligam a opções, sem dúvida, cada vez mais no mundo contemporâneo, mas em muitos casos radicam em herança cultural : o primeiro é o de considerar que só há salvação na nossa própria religião– e desse pressuposto implantar o « ou crês ou morres », ou o « Deus escolherá os seus... » e afina ; o segundo, aliás uma versão laica do primeiro, é considerar tão alto a nossa filosofia ou visão do mundo não religiosa (e por vezes anti-religiosa) que sobranceiramente se considera toda a crença num transcendente com as tintas éticas, estéticas, sentimentais e institucionais do numinoso uma superstição retrógrada. Evidentemente que a estes dois posicionamentos radicais se acrescentam mil e um matizes de cada crença que excomunga a outra e de cada ateísmo que sempre vê na tolerância e na convivência um idealismo e uma metafísica disfarçada.

A solução parece ser uma inteligente e dúctil separação das coisas de César das Coisas de Deus e das grandes filosofias transcendentes, o que, sendo fácil de enunciar teoricamente, se tem revelado na prática árduo de concretizar. Mas permanece como um grande objetivo de Paz e de Inteligência a perseguir.

Os vultuosos meios técnicos hoje à disposição dos demagogos populistas inflamadores dos ódios e dos preconceitos das massas não são de molde a tranquilizarem-nos. Mais uma razão para a moderação e o diálogo deverem participar no debate generalizado e global sobre as vias para as verdades, evidentemente com o handicap de a sua mensagem não arrebatam sentimentos negativos fortíssimos, mas com confiança no bom senso e na racionalidade do auditório universal.

Capítulo VI

Latinoamérica entre disensos y consensos: nuevos abordajes en la sociología jurídica

Raffaele de Giorgi*

Se nos pide pensar en América Latina y se nos pide observar América Latina entre disensos y consensos. Porque los disensos y los consensos ponen de manifiesto las contingencias y ocultan las latencias sustrayéndolas a la observación, nosotros afrontaremos nuestro tema, intentando observar las latencias y volverlas visibles. De esta manera podremos comprender las raíces y la naturaleza de los disensos y los consensos. Y más aún: ya que en el pensamiento contemporáneo, la idea generalizada es la de que el consenso es racional, vamos a intentar describir las raíces coloniales de la razón del consenso que se manifiestan en la represión de la razón del disenso. Y porque el carácter colonial de la razón del consenso se oculta en la forma a través de la cual en América Latina el sistema del derecho se acopla con el sistema de la política, vamos a intentar describir cómo la investigación sociológica sobre el derecho pueda abrir caminos cognoscitivos útiles al develamiento de la latencia.

(*) Professor Catedrático da Università Del Salento. Colaborou por 30 anos com Niklas Luhmann, com quem fundou o *Centro de Estudos do Risco* da Universidade de Lecce, instituto do qual é o atual diretor. Foi professor da Universidade de Saarlandes, Saarbrücken, na Alemanha (1971-1979), da Universidade de Bologna (1979-1981), da Universidade de Salerno (1981-1984), da Universidade de Napoli (1984-1986) e da Universidade de Lecce (1986 até hoje), todas estas últimas da Itália. Foi professor-visitante da Universidade Nacional Autônoma do México (1996-1997), onde foi convidado para ministrar a primeira *cadeira patrimonial de excelência*, disciplina denominada “Teoria Sociológica do Direito”. Foi, ainda, professor-visitante da Universidade de Bielefeld (1988-1990), Münster (2000-2001) e pesquisador sênior do Instituto Max Planck de História do Direito Europeu (2001-2006), todos na Alemanha. Foi professor visitante na Escola de Direito da FGV- Rio e da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1. En la distinción entre consenso y disenso, el primer valor, el consenso, tiene una posición privilegiada. Se trata de una colocación que todavía es tratada como un presupuesto sobre el cual reina un consenso general. La distinción entre consenso y disenso es representada en modo tal que al disenso se le atribuya siempre una posición negativa, se dé la connotación de una expectativa decepcionada, se dibuje el rostro de una negación, el carácter de cualquier cosa que exprese un negar. El consenso, en cambio, incluye en sí mismo el concepto de un estatus positivo, de una conclusión preferencial de un recorrido semántico; el concepto de cualquier cosa que se debe alcanzar, que se justifica per se.

Esta representación del consenso no opera solo en el universo de la política, como sería comprensible, dado que para la política el consenso es un recurso útil. La representación del consenso como condición preferencial opera también al interior del pensamiento jurídico, al interior de las técnicas de argumentación jurídica, de la teoría constitucional e inclusive al interior de la teoría del conocimiento. Esta moderna, diríamos actual, colocación privilegiada del consenso no puede ser confundida con ninguna de las viejas filosofías del orden que se difundieron en el mercado de las ideas al inicio del siglo pasado ni tampoco puede ser confundida con las teorías sociológicas que se ocupaban de la construcción de modelos de integración social y que se difundieron alrededor de la mitad del mismo siglo. La idea moderna de consenso, de la cual hablamos aquí, tiene origen, decimos así, más nobles que aquellos de los que derivan las filosofías del orden y las teorías de la integración; al mismo tiempo, sin embargo, ella tiene raíces más miserables.

Consenso viene tratado como resultado de un acuerdo: no de un simple acuerdo, sino de un acuerdo *racional*, como manifestación de una adhesión a la cual se arriba siguiendo un largo camino en el cuál se es asistido por la *razón*, como el lugar de una convergencia. Y en esta su posición, en este su ser el lugar del *converger*, en este presentarse como el lugar de la indiferencia racional respecto de todo rumor externo, el consenso adquiere la dignidad aristotélica del *bien*. Ello se transforma en una particular especificación moral de la razón: ello es el límite moral de la razón, precisamente. Ello condensa en sí el núcleo de la vida buena. No de la vida buena de los individuos, sino de la vida buena de la sociedad. El bien es, al mismo tiempo, resultado y presupuesto del consenso: a ello se arriba en base a procedimientos

racionales, esto es en base a procedimientos sobre los cuales el consenso es presupuesto, precisamente, porque son racionales. La preferibilidad del consenso, entonces, está en su racionalidad.

Ahora la razón del consenso no tiene más solamente los caracteres aristotélicos del bien: no es solamente una razón moral. El consenso, al cual se arriba en virtud de procedimientos racionales, es el consenso de la razón. El consenso, entonces, es la manifestación visible de una actitud *racional* de adhesión a la racionalidad de la razón. Este consenso, propiamente porque es racional, es también libre, naturalmente. Y aquí viene *in mente* una famosa nota de Marx, quien decía: y aquí hay libertad, igualdad y Bentham.

El pensamiento jurídico contemporáneo, los constitucionalismos, las nuevas retóricas, las teorías de la decisión y las nuevas construcciones de los viejos críticos, que ahora se llaman teóricos de la acción comunicativa, toda esta *fioritura* de elaboraciones de la reflexión contemporánea es atravesada y es tenida junto a este presupuesto de la racionalidad como requisito del acuerdo sobre el cual se realiza consenso. Aquello que es interesante en este inmenso empeño de la racionalidad es el hecho que ello se vuelve hacia el universo normativo, al universo del deber ser: su objeto no es aquello que es empíricamente observable, sino aquello que debe ser. Su objeto es el futuro, no la representación del presente o la reconstrucción del pasado.

En los años más recientes el mercado ha sido inundado de teorías del acuerdo racional sobre valores, sobre principios, sobre normas, las cuales proveen sutiles y analíticas indicaciones sobre las tecnologías que permiten alcanzar aquél acuerdo. El consenso racional, consecuentemente, viene exhibido como fundamento de la validez del valor, del principio, de la norma.

Todo esto justifica la posición de privilegio del consenso. Y el privilegio que el consenso conquista en base a procedimientos racionales, naturalmente es ennoblecido por el privilegio genéticamente reconocido de la razón. Aquello que es importante es el hecho que el consenso es, al mismo tiempo, presupuesto y resultado.

Por otra parte, ¿cómo se puede negar consenso al presupuesto según el cual los derechos humanos son atribuidos a todos como reconocimiento de la humanidad de los individuos y, en consecuencia, al

hecho de que por naturaleza cada uno es titular de aquellos derechos? Y ¿cómo se puede negar consenso a la racionalidad de la justicia de una decisión que el juez adopta luego de haber ponderado los diferentes principios que podrían aportar presupuestos útiles a la decisión? Y ¿cómo se puede negar que la dignidad del hombre es intocable? Y, de frente a un inmigrante, ¿cómo se puede negar consenso racional a la declaración de que hay ciudadanos del estado y no-ciudadanos del estado.

Y ¿cómo se puede negar que sea racional la decisión adoptada por los jueces constitucionales, los cuales se exponen en audiencias públicas en las cuales es escuchada la voz de lo que todos continúan llamando *sociedad civil*? En los Estados Unidos, donde estas teorías de la fundamentación racional de los principios, de las normas y de las decisiones, y consecuentemente de la construcción racional del consenso, son elaboradas y encuentran ellas mismas amplio consenso, los procedimientos que realizan los presupuestos del consenso son consagrados como *democracia deliberativa*. Esta moda se ha difundido rápidamente en América Latina, en Argentina, Brasil, Colombia, México. Y entonces, no debe maravillar si un teórico de la ponderación, el año pasado, en una conferencia, en Río de Janeiro, sin vergüenza por sus palabras, podía afirmar: *se debe institucionalizar la razón!* Escuchando aquellas palabras mi pensamiento corrió súbitamente a las páginas de una novela sobre la vergüenza, también ella alemana, pero lúcida y valiente: *El lector*, de Bernhard Schlink.

Esta idea de la razón del consenso no es ciertamente nueva. Sus raíces las encontramos ya en el iluminismo. Ella venía elaborada como el horizonte de la universal inclusión de los particulares en las posibilidades de la acción que son hechas posibles por la modernidad de la sociedad moderna. Con mayor precisión podemos decir que ella trazaba el horizonte del acceso universal a la comunicación social, precisamente, un espacio de visibilidad, una perspectiva de observación, una presencia de la representación, la posibilidad de infinitas determinaciones posibles de espacios reales, los cuales, tal como acontece en el horizonte, cuando son determinados, se alejan del horizonte que se aleja de su determinación. Aquella vieja invención está ahora plenamente realizada en *sus consecuencias*, las cuales han funcionado como premisas evolutivas de la sociedad moderna. Por esto decimos que se ha realizado *en sus consecuencias*. Solo algunas referencias, para entendernos.

A las adquisiciones evolutivas de la racionalidad de la razón puede ser atribuida tanto la semántica que recoge en sí los fundamentos jurídicos y políticos que han provisto legitimación a los largos siglos del interminable colonialismo, cuanto a la semántica de la autodescripción de la sociedad que se ha afirmado en los breves siglos de la existencia de los catálogos de derechos humanos; tanto la razón de las infames razones de las masacres del siglo pasado, cuanto que la razón de las razones autopunitivas de los horrores de su condena; tanto la invención del estado de derecho, cuanto la construcción de las barreras de los nacionalismos; tanto la gran e iluminada invención del derecho de la razón, cuanto el resultado de la elaboración racionalista del sistema del derecho positivo. El colonialismo fue la manifestación del imperio de la razón occidental, así como en la universalidad de los catálogos de derechos humanos se realizaba la razón de la negación del privilegio. Y si en las masacres del siglo pasado se realizaba la racionalidad exclusiva del estado en la forma moderna de la razón de estado, en la condena de los horrores se expresaba la racionalidad de la negación de la violencia así como había sido elaborada, precisamente, por un derecho natural de la razón.

No obstante las diferencias abismales que caracterizan estas tragedias de la historia y las concomitantes comedias del derecho y de la política, existe siempre una justificación inmanente que impone incluir todos aquellos eventos en el horizonte de la razón y de tratarlos como sus manifestaciones. Y el motivo es éste: a la autorrepresentación de la razón moderna, así como fue elaborada en el siglo XVII, le es inmanente el imperativo de la autoconservación, aquello que la tradición alemana llama *Selbsterhaltung der Vernunft*. Es un imperativo al cual la razón no puede sustraerse, porque ella no puede admitir la destrucción de sí misma. La razón no puede ponerse en duda: ella se debe afirmar. Si del punto de vista de la razón, la razón *debe ser*, porque ella es su propio inicio, desde el punto de vista de la historia, la razón *es*.

Es precisamente esta inmanencia, que es en consecuencia la inmanencia de la razón a sí misma, lo que constituye la paradoja de la razón, la cual al mismo tiempo *debe ser* y *es*. En otros términos la razón es la unidad de la diferencia de *ser* y *deber ser*. A la pregunta del protagonista de un famoso relato de Thomas Bernhard: *¿Es una tragedia? ¿Es una comedia?*, la historia ha respondido; los teóricos del derecho y de la política, en cambio, buscan desesperadamente donde no hay nada, como escribía Saramago.

Ahora, no obstante, podemos comprender cuál es la función de la razón en la dramaturgia del consenso que se representa en el pensamiento contemporáneo. Ella permite observar los modos en los cuales son observadas las fronteras internas del sistema de la sociedad, los *innergesellschaftliche Systemgrenzen*; esto es: ella tiene la función de rendir posible la representación interna de la alteridad y entonces contenerla como alteridad, precisamente, de mantenerla más allá de las fronteras, de colocar la alteridad, en el ambiente, de aislar y excluir la otra parte de todos los sistemas sociales internos de la sociedad. Para hablar kantiano, que es pues la lengua que habla esta razón, como decía Nietzsche, en la política y en el derecho la razón conoce la *frontera*, la delimitación, aquello que Kant llamaba *Schrank*. Ella misma, sin embargo, es el *límite (Grenze)*, en el sentido que “presupone siempre un espacio, que se encuentra fuera de un cierto y determinado lugar y lo incluye”: es aquí, en el límite, que la razón “se ve a sí misma completa, en su íntimo progreso”.

Como se ve, esta es una razón *colonial*, es una razón que es siempre racional. El consenso oculta la alteridad, le sustrae la palabra. Por esto, por usar una expresión con la cual Luhmann caracteriza a la opinión pública, el consenso *es un símbolo de la intransparencia producida a través de la transparencia*.

2. El disenso no es la razón del otro. El disenso no es otro bien. Él no es otro lugar de la convergencia. El disenso es la otra parte de la razón. Él es un no-lugar, es una no-convergencia. Disentir, en efecto, significar divergir. El disenso está más allá de la frontera y permanece más allá de ella. Respecto de la tecnología de la autolegitimación del consenso, el disenso tiene la función de proveer ulteriores elementos de visibilidad a la necesidad de reconocer la racionalidad del consenso: ya la misma formulación del disenso, su expresión como disenso, refuerza la circularidad del consenso, cierra sobre sí misma las operaciones comunicativas que la sostienen, confiere a la contingencia del consenso el carácter de una necesidad ligada al tiempo y a las circunstancias. El reconocimiento del disenso, en efecto, está siempre dirigido a la adquisición del consenso. El disenso es hecho posible solo en la frontera, solo si no toca la frontera, si no amenaza atravesarla: por otra parte solo en la frontera el disenso se puede representar a sí mismo como disenso.

Más allá del confín desaparece, se disuelve. Y más aún: el disenso no puede recurrir a la razón para encontrar caminos racionales que legitiman la formulación del disenso como resultado de acuerdo y de adhesión racional. Esta posibilidad es excluida del carácter monopólico de la razón. El disenso puede tener *razones*, las cuales, a su vez, solo si restan múltiples y diferenciadas, pueden pretender ser reconocidas como *razones*, precisamente, como exterioridad débil y local de la interioridad fuerte y universal de la razón. Las razones, de hecho, no tienen el carácter de la racionalidad, ellas son plausibles, aceptables, comprensibles: en otros términos, ellas deben su reconocimiento al hecho que son externas respecto a la razón y son colocadas, de todos modos, en un nivel más bajo respecto al nivel superior de la razón. Las razones pueden ser reconocidas como razones solo porque portan impresa esta inferioridad suya.

Los indios podían tener razones; los blancos, cuando actuaban como propietarios o como titulares del derecho de propiedad, incluso el derecho de propiedad de otros hombres, actuaban según razón: la razón del derecho, de la moral, de la religión. Y en efecto: por siglos, en las disputas sobre la naturaleza de los indios, la *razón* no figuraba entre las propiedades que les eran reconocidas a ellos. En consecuencia ellos podían ser objetos del derecho, no sujetos del derecho. Y todo esto es racional. De ellos podía ocuparse la piedad, que no es ciertamente racional, o en cambio la violencia de la punición que, en cambio, es racional, incluso hasta la destrucción material del objeto del derecho.

Y aún más: si la naturaleza racional del individuo presupone su libertad y el ejercicio de la libertad presupone un espacio de acción y el actuar puede ejercitarse a condición de que el particular sea autónomo y la autonomía presupone la propiedad, el catálogo de derechos humanos puede ser derivado lógicamente, esto es racionalmente, desde estas premisas. El disenso respecto de ese catálogo se coloca más allá de las fronteras. *Los habitantes de la calle* (o como se dice en Brasil: *os moradores da rua*) no pueden ocupar casas deshabitadas. Ellos están fuera, en todos los sentidos. Y si una Corte Suprema, que adhiere a la filosofía de la *democracia deliberativa* y que antes de decidir escucha a la *sociedad civil*, debe decidir en materia de habitaciones, no escuchará ciertamente a los *habitantes de la calle*, así como, si debe decidir en materia de prostitución, escuchará a los expertos, no ciertamente a las prostitutas.

Y el experto no deberá rendir pública su experiencia con la prostitución, sino su saber racional, el cual es saber sobre la alteridad, y se coloca más allá del confín. Y si los agricultores sin tierra reivindican la tierra, y la reivindican como tierra, esto es como fuente de producción y como objeto de trabajo, los principios de la decisión a los cuales recurrirán los jueces supremos, no utilizarán el presupuesto franciscano según el cual la igualdad de todos es igualdad de la no-propiedad, pero utilizarán principios, menos franciscanos, según los cuales los individuos son iguales en la libertad, la cual se manifiesta tanto en la propiedad, cuanto que en la no-propiedad. Y estos principios son racionales. Y desde que son el contenido semántico de los derechos naturales, estos principios son también *conformes a la naturaleza*.

Las razones del disenso, si son formuladas, manifiestan su inferioridad exponiéndose al riesgo de ser tratadas como amenaza de la racional convergencia del orden de las acciones: las acciones de los particulares, en efecto encuentran su convergencia en el lugar en el cual el orden de la razón se transforma en orden social. Solo la razón, de hecho, inmuniza contra el ser para la muerte, el *sein zum Tode*, del cual hablaba Hegel en sus páginas de Jena..

A lo largo de este camino confluyen la lógica y la historia. La más alta prestación de la razón del consenso consiste en el hecho que, al umbral de la sociedad moderna, las condiciones de posibilidad para pensar la sociedad como espacio de las acciones de los particulares, es derivada de la idea del contrato: una figura jurídica en la cual se expresa el consenso en la forma de la adhesión y el acuerdo. El consenso es racional porque se implica a sí mismo: en su manifestación se hace visible el reconocimiento de la existencia teórica de sus mismas condiciones de posibilidad. La idea del contrato social presupone la universalización del consenso como condición racional de posibilidad del obrar social. El disenso está más allá de los confines, más allá de los muros, como *de-raison*.

América Latina ha sido siempre un inmenso espacio de la *de-raison*. Ella ha sido primero inventada y después tratada, por siglos, como un territorio que está situado más allá de los confines, mas allá de las fronteras. Y cuando la libertad de los mares ha llevado a la invención del Occidente como el gran horizonte de la libertad y del comercio, América Latina ha sido tratada como territorio que el Mediterráneo había construido como depósito de recursos más allá de las

fronteras: Occidente era América del Norte, la otra América fue excluida del espacio de Occidente. Per siglos ha continuado siendo tratada como el espacio de la rapiña, de la ocupación, de la apropiación, de la esclavitud, de las libertades compradas. Ella permaneció siempre como una alteridad salvaje, y ha sido tratada como aquél territorio exterminado en el cual Occidente experimentaba los límites del derecho y de la fuerza, el acoplamiento de rapiña jurídicamente lícita y visible y rapiña jurídicamente ilícita y ocultada.

Esta América era la otra parte del Occidente. Un espacio de civilización forzada, un espacio en el cual la razón de estado observaba la otra y todas se espejaban en la recíproca barbarie. Y cuanto más altos eran los niveles evolutivos alcanzados en las sociedades indígenas, tanto más brutal debía ser la violencia civilizadora, porque más fuerte era la resistencia y la amenaza de la *de-raison*.

El consenso fue impuesto con la razón de las armas que se acompañaba con las armas, nada efímeras, de la religión. En este su territorio más allá de las fronteras, Europa trazaba confines internos con las armas de la política internacional, más que con aquellas del derecho, y con aquellas de la economía. Los confines externos eran el límite del Occidente. Y las venas, sobre las cuales fueron hechos estos sanguinarios experimentos, están todavía abiertas, como decía Galeano.

3. En América Latina se estabilizan formas de la diferenciación social de tipo estratificado; ellas se sedimentan sobre formas de la diferenciación de tipo segmentario con caracteres étnicos y tribales; las cuales, a su vez, opondrán por siglos resistencia, hasta cuando sean destruidas o absorbidas. En ambos casos la memoria de la sociedad traerá marcadas huellas de estas formas de resistencia: aquí la razón colonial europea se integra en la razón colonial de la colonia y esta *fusión por incorporación* imprimirá caracteres particulares a la evolución social y a las formas de la diferenciación que en el futuro resultará de estas premisas.

Antes que nada la comunicación social será limitada a un esfera muy reducida de la población europea; la expansión de la comunicación requerirá siglos y no será generalizada; enormísimas partes de las numerosas poblaciones restarán hasta hoy en el ambiente de la sociedad, serán excluidas hasta del espacio de la exclusión social que la estratificación social incluía en el ambiente interno de los sistemas

sociales; la política tendrá por siglos caracteres patrimoniales y la organización del estado podrá afirmarse en su autonomía solo un par de siglos atrás, llevando consigo los signos de su transformación evolutiva, en particular el carácter patrimonial de la estratificación e la limitada función de la opinión pública, accesible solo a un restringido y cerrado horizonte aristocrático, terrateniente o financiero.

La economía podrá especificarse como sistema social diferenciado solo cuando la política haya podido liberarse de las resistencias patrimoniales y de los vínculos de la religión: y esto podrá acaecer solo con el fin de la gran rapiña de los recursos, cuando el sistema del derecho haya podido ocupar espacios que antes estaban excluidos de las tutelas externas. Pero cuando esto avenga, enteras poblaciones y un número incalculable de particulares no tendrán acceso a la calidad de individuos, no tendrán reconocimiento como personas. Mientras el Occidente celebraba a su interior la invención de esta artificialidad de la imputación de los derechos – *individuo y persona* – en sus confines occidentales dejaba que multitudes de individuos particulares y de colectividades fueran excluidas de la posibilidad de obtener este reconocimiento.

Ellos viven frente a *las puertas de la ley*: multitudes de cuerpos, los cuales no devendrán jamás en individualidades salvo en el caso en que el derecho los incluyese como objetos; multitudes que el derecho dejaba que fuesen compradas y vendidas, porque, de aquellos cuerpos, para el derecho era relevante solo la calidad de mercancía; o en cambio dejaba que fuesen usados para la simple reproducción, dado que se reproducirían solo los cuerpos, no ciertamente las individualidades. Decimos que para el derecho estas multitudes de cuerpos quedarán por siglos como un recurso del ambiente que puede ser siempre incluido, pero que queda en el espacio de la indiferencia, que no es jurídico, así como no es político, y que, como recurso, puede tener sólo un valor de uso o de cambio.

La existencia jurídica de las multitudes de cuerpos-objeto tenía espacios que eran determinados por las exigencias de la economía, la cual tenía necesidad de fuerza viva, no de artificialidades jurídicas. Pero cuando estas multitudes eran incluidas en el derecho, cuando, esto es, el derecho las trataba en consideración a la individualidad de los particulares, entonces la inclusión era de tipo estratificado, en el sentido que aquellas singularidades no podían acceder como sujetos

de derecho, ellas quedaban en el margen interno del derecho como objetos de origen controlado. Incluso físicamente eran colocadas en el margen de los espacios urbanos porque la paradoja de la inclusión debía ser hecha visible: las multitudes de singularidades de reciente invención como individuos, estaban dentro del universo de la comunicación social porque estaban afuera. Las *favelas* de una ciudad como Río de Janeiro (o las *villas* del conurbano bonaerense) son la memoria viviente, espacial, estética, de esta paradoja de la inclusión.

Esto significa que al interior de la sociedad se afirman formas diferentes de la estratificación las cuales pueden incluir diferencias de colores, de religiones, de etnias: en otras palabras la misma estratificación se estratifica, y esta estratificación de las diferencias coexiste, a su vez, con grandes diferencias entre centro y periferia, las cuales se estabilizan en razón del nivel de especificación funcional que alcanzan los diferentes sistemas sociales. Allí donde la evolución de la sociedad hará posible la afirmación de la especificación funcional, se producen centros que hacen periféricas aquellas regiones en las cuales la estratificación resiste o en las cuales originarias formas de la diferenciación segmentaria se han sedimentado como fósiles vivientes, como fósiles ocultados y mantenidos en la oscuridad de la latencia. Su reconocimiento, aún en las formas más modernas, como en México y en Bolivia, las incluye, pero incluye su diferencia. Y todo esto, hace la diferencia.

Porque no se puede pasar por alto que la modernidad de la sociedad moderna universaliza la inclusión de todos, universaliza los sistemas sociales singulares, los especifica en sus funciones, no tolera la estratificación e opera en la simultaneidad. En estas condiciones las diferencias de la estratificación se amplifican, el presente de las sociedades que presentan formas múltiples de la estratificación es *contemporáneo de otros presentes de los cuales no es contemporáneo*, tiene frente a sí horizontes inaccesibles, dispone de espacios de acción inoperables, experimenta *la casualidad de su ser allí como inevitable haber sido*. Esto es América Latina.

El sistema de la política – limitado a una esfera patrimonial-financiero-burocrática – tiene grandes dificultades en la organización jurídico-estadual de su función: la esfera pública es limitada, así como restringido y exclusivo el acceso al derecho; el orden de la ciudad conoce espacios públicos, pero el orden de los territorios exterminados

conoce solo organizaciones privadas de la violencia y de la represión. La esfera pública queda fuertemente subordinada a las esferas privadas, las cuales condicionan la política y ocupan los espacios. También en el sistema político se estabilizan formas de estratificación de la estratificación. Y cuando las funciones estatales se hayan diferenciado, su autonomía tendrá el carácter de sustituto funcional de la patrimonialidad del poder. Esto significa que la política y el derecho se organizan en torno a códigos que son continuamente objeto de *corrupción*. La cuestión no es de tipo moral: la corrupción de los códigos de sistemas que evolucionan hacia formas más altas de la diferenciación es una cuestión que interesa la estructura de los sistemas y que está infectada por su memoria. Ella resta como un problema genético que condiciona los caminos de la evolución social.

El sistema de la política está condicionado por la naturaleza de su legitimación, la cual lo expone a una inestabilidad que es producida desde el exterior. Por esto está constreñido a observarse a sí mismo a través de la distinción *consenso y fuerza*, en el sentido que la falta de consenso es integrada por el uso de la fuerza que se manifiesta como *violencia*. En estas condiciones, *el disenso no ha sido todavía inventado*. La alternativa al consenso es la resistencia al consenso que encuentra la violencia y por esto ella misma se puede manifestar sólo como violencia.

Como había acaecido en Europa y en América del Norte, también en América Latina la relación de política y derecho sería constitucionalizada poco más de un siglo atrás; también aquí las constituciones incluyeron el catálogo de los derechos humanos. Pero, mientras en Occidente esta adquisición constituía una premisa de la estabilización de una forma de la diferenciación social en sentido funcional, en América Latina permanecían todavía fuertemente radicadas las resistencias de múltiples estratificaciones, las cuales permeaban la estructura de todos los sistemas sociales.

A la universalización del derecho se oponía la selectividad de la economía, así como al reconocimiento de la libertad de pensamiento se oponía la selectividad del sistema de la educación y al universal reconocimiento de la dignidad de cada uno se oponía la selectividad de la exclusión de las no-personas y de los no-individuos. Así como a la práctica de una democracia se oponía *la inexistencia de una opinión pública, la imposibilidad de su constitución y el carácter colonial de las*

razones públicas. En otras palabras: a la selectividad de la estratificación que delimitaba el espacio de la comunicación social destinado a la formación de una opinión pública correspondía la imposibilidad de la formación de *disenso* en el sentido moderno.

Sin una opinión pública el sistema político no puede observarse a sí mismo a través de la distinción *consenso y disenso*: él queda ligado a la distinción originaria de *consenso y violencia*. La distinción de consenso y disenso es hecha posible en el contexto de una democracia política que pueda observarse a sí misma a través de la observación de la política que se condensa y se expresa en el *médium* de una opinión pública.

Y como todos estos procesos se realizan en la simultaneidad de múltiples presentes que son entre ellos no contemporáneos, también en América Latina se construye una opinión pública, pero su estructura está condicionada por la memoria de los sistemas sociales particulares: esta memoria no es recuerdo del pasado. No es la presencia del pasado. Memoria es el resultado de la selectividad del olvidar. Es aquello que queda impreso y hace presente en un sistema su identidad no obstante el tiempo. Hoy hay una constitución, hay un derecho positivo, hay una organización estadual, hay una democracia: pero, cuando la policía interviene en una *favela* de Río de Janeiro (o en una *villa* de Buenos Aires), su función de *orden público* se llama *guerra*, así como los habitantes de la *favela* o de la *villa* saben que para ellos la alternativa al consenso no es el disenso, sino *la violencia de la guerra*.

4. Pero la sociedad moderna es un solo sistema de la sociedad del mundo. No existen múltiples sociedades. Existen diferencias regionales de la sociedad del mundo. El mundo es el horizonte que está presente en cada comunicación social. Y es esta presencia del mundo que rinde a la sociedad continuamente presente a sí misma en la simultaneidad del acaecer. Los sistemas sociales son universalizados, aún si alguno presenta niveles diferentes de universalización. La simultaneidad del acaecer homologa la percepción de las diferencias en todas las regiones de la tierra. En estas condiciones los sistemas particulares encuentran racional utilizar las diferencias existentes y amplificarlas.

En las regiones en las cuales el acceso a la comunicación social encuentra escasas resistencias de parte de los residuos de la estra-

tificación, los sistemas sociales utilizan en modo *indiferente* la distinción entre inclusión e inclusión que surge de su normal funcionamiento.

En regiones en las cuales el acceso a la comunicación social es mediado por la estratificación, y en la realidad de América Latina – repetimos – resisten todavía múltiples formas de la estratificación, la distinción entre inclusión y exclusión es violenta y brutalmente reforzada: ella es un usada en modo *diferente*, ella se aplica a sí misma.

Es por esto que las diferencias existentes son reforzadas. Los particulares, que son incluidos, pero pertenecen a grandes multitudes de excluidos, no podrán ser tratados como titulares de derechos individuales porque la construcción de la individualidad de los particulares está condicionada por factores externos al derecho. Y aunque los particulares están incluidos en el derecho, la estratificación opondrá resistencia para que ellos sean tratados, y puedan considerar a sí mismos, como portadores de intereses que emergen de la autodeterminación de cada uno. En estas condiciones los particulares de las multitudes, que son colocadas en los confines, no son *personas*, esto es *indiferentes*: ellos son *diferentes* que acceden a la comunicación social a través de la mediación de su diferencia; la comunicación social reactiva continuamente la violencia estructural de la exclusión que los reenvía a la condición de *no-personas*: ella reactiva tanto la forma de la exclusión que caracteriza a la estratificación, cuanto la forma de la exclusión que emerge de la inclusión universal.

El presente se multiplica de pasados los cuales son producidos en el presente y cuanto más el presente *universaliza* la inclusión, tanto más *especifica* la exclusión. En la construcción de los estadios para las próximas Olimpíadas en Río de Janeiro se utiliza trabajo esclavo. Para evitar que bandas de muchachos que descienden de las *favelas* realicen asaltos sobre las playas de la zona sud de la ciudad, la policía interviene sobre los autobuses en los confines de esta zona, detiene a los muchachos de color que andan en grupo y los lleva a las delegaciones para identificarlos y, si es el caso, para detenerlos. La policía se hace acompañar de asistentes sociales porque aquellos muchachos, si son de color y viven en la *favela* tendrán ciertamente también problemas de adaptación. Ser menores, de color, habitantes de una *favela*, andar en autobús en sábado, constituye un peligro concreto.

En otros términos, los particulares, los singulares, antes de ser individuos, *son siempre cualquier otra cosa*, sea que ellos estén en la inclusión, sea que ellos estén en la exclusión.

La complejidad estructural de la sociedad en América Latina está ligada a la contemporánea presencia de no-contemporaneidades, las cuales, aun si son superadas por la universal inclusión de todos, están presentes como *latencias estructurales*: una latencia es siempre una presencia olvidada, una presencia sobre la cual no se posa la observación, o tal vez una presencia que es observada como presencia, pero que es tratada como negada y superada de la inclusión. En realidad la inclusión niega la latencia porque es indiferente respecto a ella, pero es justo esta indiferencia la que hace la diferencia: propiamente porque la niega, la refuerza como latencia y realiza así las condiciones de su posible explosión.

La dura presencia de *latencias estructurales* y su radicación como fósiles en la memoria de la sociedad, confiere también al catálogo de los derechos humanos particulares características: ellos son evocados continuamente como garantías, como protecciones, como lugares en los cuales se hace convergir pretensiones y expectativas de su realización. En realidad aquellos catálogos, que por siglos ha podido coexistir con la más negra esclavitud y con los más sanguinarios genocidios, con el más grande explotación y con el hambre más negra, tienen una función diferente de aquella que es declarada y de aquellas que los modernos teóricos deducen del presupuesto de su fundamento y de su humanidad: ellos tienen la función de *estabilizar las premisas evolutivas de la forma moderna de la diferenciación social*. En las condiciones de la forma de la diferenciación que se ha afirmado en muchas regiones de la América Latina, aquellos catálogos pueden coexistir con las consecuencias perversas del normal funcionamiento de los diferentes sistemas sociales. Ellos refuerzan las latencias y enmascaran la exclusión.

Es decir que recientemente, en algunos países de América Latina, se ha difundido una moda que anda bajo el nombre de activismo judicial y que consiste en el hecho que se atribuye al derecho, en particular al derecho practicado por los tribunales superiores, la función política de superar a la inercia de la política y entonces, como se dice, realizar las condiciones que impiden la violación de los derechos humanos.

Pensamos que en este modo se actúa contra la diferenciación de derecho y política y que la democracia requiere la activación de condiciones estructurales, las cuales son también condiciones jurídicas, pero, antes que nada, políticas.

El requisito para que un sistema de la política pueda operar en forma democrática es el dato del hecho de que las *latencias* estructurales sean transformadas en *contingencias*. Y esta transformación, a su vez, requiere que las múltiples estratificaciones se transformen en diferencias que puedan también ser diferentes de como son. Contingencia, en efecto, es posibilidad de *otredad*, es apertura al futuro. Latencia, en cambio, es condición de aquello que es reprimido y ocultado. En otros términos, se requiere que sean fracturadas las resistencias de las estructuras jerárquicas de la estratificación y que las diferencias obtengan el reconocimiento de su diferencia como condición del acceso universal a la comunicación social. Se requiere, esto es, que las diferencias devengan premisas evolutivas, presupuestos del alcance de niveles más altos de la diferenciación social.

Esto significa, en otras palabras, que solo la orientación al futuro del potencial explosivo de las latencias, la representación de su dramaturgia como relato abierto al futuro, la canalización de su disonancia a lo largo de alternativas que buscan el futuro, sólo el uso evolutivo de las diferencias puede abrir un futuro para América Latina y tal vez para la sociedad del mundo.

Cuando estas premisas evolutivas se hayan verificado, entonces se podrá realizar plenamente el ulterior requisito que es constitutivo de una política democrática: el requisito de una *opinión pública* que actúe como memoria presente de la sociedad, como estructura auto-organizada, capaz de transformar la distinción originaria con la cual la política observa al mundo, que – como hemos visto – es la distinción de *consenso* y *violencia*, en la distinción de *consenso* y *disenso*.

Es cierto que en América Latina hay una opinión pública: pero hasta cuando la política continúe observando el mundo con su originaria distinción de *consenso* y *violencia*, y hasta cuando en la latencia la observación de la política será efectuada a través de la misma distinción de *consenso* y *violencia*, la estructura de la opinión pública será condicionada al ocultamiento de la latencia y de su potencial explosivo y no de la *posibilidad de la contingencia*, esto es: *del disenso*.

Cómo esto pueda suceder, cómo se pueda realizar esta transformación que es política, jurídica y económica, es difícil decirlo. De seguro no podrá acaecer mientras el acceso a la comunicación social sea condicionado por factores externos a los sistemas sociales particulares; hasta cuando multitudes de excluidos sean acampados en

los confines de la sociedad y el derecho continúe sublimando su construcción de la realidad en la metafísica de los principios y de los fundamentos; hasta cuando las decisiones políticas sean condicionadas desde centrales de las finanzas universales y los sistemas políticos individuales no puedan observarse a sí mismos a través de las observaciones de una comunicación social a la cual todos puedan acceder y que sea capaz de volverlos continuamente inestables; hasta cuando el sistema de la educación sea estructuralmente condicionado por un ambiente hostil en el cual crece la deserción y el abandono y hasta cuando el ojo de la ley sea sensible a los colores de la piel o a los colores del ambiente. En otros términos hasta cuando el disenso no haya adquirido el potencial evolutivo de la contingencia. Esto es de lo que pueda ser diverso de como es.

Hasta ahora el disenso en América Latina o replica los temas del disenso que recupera en la presencia del mundo en la comunicación social, los temas a través de los cuales la sociedad del mundo reconstruye continuamente la semántica de su autodescripción; o en cambio construye temas propios a través de los cuales se radicalizan aspectos de la latencia. En el primer caso se disloca el problema; en el segundo caso se desacredita el disenso. *Entre ambos casos reemerge la razón colonial*. Y el disenso es un disenso colonial.

Pero, ¿es posible un disenso de-colonial?

5. La sociología del derecho puede contribuir a este trabajo. La investigación sociológica observa el derecho desde el exterior del sistema del derecho. Ella utiliza las distinciones de una teoría universal de la sociedad. En este modo ella observa como el derecho construye aquello que él mismo usa como realidad, pero observa también como el derecho se observa a sí mismo para volver posible su operar. Mientras la teoría del derecho, que es una técnica de autorreflexión del derecho, se ocupa de la forma de los principios, de su reducción a reglas y de la calificación de la realidad a través de reglas, la sociología del derecho *des-oculta* la vacuidad semántica de los principios y de su perversa reducción al formato de reglas. Ella, en efecto, se ocupa de la descripción de las diferencias que se producen a través de la aplicación de los principios. Ella no ve unidad, ve distinciones, ve las distinciones que el derecho usa y ve las diferencias que se producen a través del uso de las distinciones. La sociología del derecho se ocupa de diferencias. En otros lugares se ocupan de principios.

En este modo, la observación sociológica *des-oculta* la paradoja que es constitutiva de los principios: ella muestra como su vacuidad semántica adquiere contenidos a través de su aplicación; ella observa el derecho como una técnica de la construcción de diferencias. A través de la observación de las diferencias, la sociología del derecho observa la selectividad de la inclusión que es practicada por el derecho y, entonces, permite ver como el derecho de los principios, en realidad, se esfuerza para estabilizar las latencias estructurales y para mantenerlas en el universo de aquello que no puede emerger.

El derecho es indiferente respecto de las latencias en las cuales son fijados los sedimentos de la multiplicidad de las estratificaciones que caracterizan la estructura de la sociedad en América Latina: en este modo él mantiene oculto aquellas latencias y las amplifica en sus consecuencias.

Esta sociología del derecho realiza la función *iluminística*: ella muestra que el derecho no se aplica a una presunta realidad, sino que la construye; de la observación de la realidad que el derecho construye, ella obtiene informaciones sobre la función de la selectividad del derecho. Del mismo modo esta sociología es sociología de la argumentación jurídica: ella observa como la argumentación es en realidad argumento de sí misma, como ella se construye a partir de sí y la describe en sus consecuencias: ella muestra cómo las distinciones con las cuales la argumentación construye los argumentos que usa no son indiferentes respecto a las consecuencias que se producen como realidad.

Esta sociología del derecho es sociología de la constitución porque observa cómo la argumentación a partir de la constitución, construye vínculos con el futuro a través de la atribución de contenidos semánticos a la vacuidad de principios y como en este modo refuerza la latencia, o la deviene visible, la deja emerger y contribuye a la afirmación de una razón del desencanto, a una razón *no colonial*.

Esta sociología del derecho con su interés cognoscitivo *des-oculta*, levanta el manto que cubre la latencia, la cual no puede ya más continuar estando latente: en este modo ella realiza una función iluminista en el confronto con la razón del iluminismo que es razón colonial: ella deja ver otras razones como razones alternativas, todas las cuales tienen dignidad evolutiva. Solo así se puede finalmente tratar como artificial aquello que venía siendo tratado como natural. Solo así se predispone a la contingencia, esto es: al disenso de-colonial.

Capítulo VII

A responsabilização internacional do Estado Brasileiro na Organização dos Estados Americanos – OEA – pela prática de tortura: a situação do sistema prisional e os direitos dos presos¹

René Silva Almeida*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução histórica da tortura nas prisões; 3. Sistema prisional brasileiro contemporâneo; 4. Definição legal do crime de tortura; 5. A responsabilidade do Estado brasileiro frente a OEA pela prática de tortura no sistema prisional; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Como se afirmava que os Direitos do Homem eram inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, não se invocava nenhuma autoridade para estabelecê-los; o próprio Homem seria a sua origem e seu objetivo último. Além disso, julgava-se que nenhuma lei especial seria necessária para protegê-los, pois se supunha que todas as leis se baseavam neles. O Homem surgia como único soberano em questões de lei, da mesma forma como o povo era proclamado o único soberano em questões de governo. A soberania do povo (diferente da do príncipe) não era proclamada pela graça de Deus, mas em nome do Homem, de sorte que parecia apenas natural que os direitos “inalienáveis” do Homem encontrassem sua garantia no direito do povo a um auto-governo soberano e se tornassem parte inalienável desse direito.²

1. Trabalho apresentado para a obtenção dos créditos da disciplina Derechos Humanos, integrante do Curso de Doutorado em Direito Penal da Universidad de Buenos Aires (UBA), sob a orientação pedagógica da Professora. Dr^a. Flavia Piovesan.

(*) Doutorando em Direito Penal pela *Universidad de Buenos Aires – UBA*.

2. ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 324.

Não dá mais para esconder, tanto pela opinião pública, quanto pelos estudiosos, doutrinadores e pesquisadores, a concepção de que a situação atual do sistema carcerário brasileiro se apresenta como um dos mais relevantes complexos problemas sociais contemporâneos. Segundo o professor e doutor Roberto Porto ³

[...] o Brasil é o país da América Latina com maior população carcerária, bem como o maior déficit de vagas vinculadas ao sistema penitenciários, aliado ainda aos 345 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos, em um país em que são praticados mais de 1 milhão de crimes por ano". Tal problema, todavia, não é exclusividade apenas do Brasil nem dos países latino-americanos, haja vista que este colapso do sistema prisional assola até mesmo as grandes potências mundiais.

Nesse sentido, salienta Edmundo Oliveira⁴ que "a prisão é velha como a memória do homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panacéia penal a que se recorre em todo mundo".

No Brasil contemporâneo, as penas têm propósito de reprimir a criminalidade e, sobretudo, possuem papel essencial de buscar a reintegração do detento na sociedade. Nesse raciocínio, o douto professor Edilson Santana⁵ assevera *que*:

[...] a criminalidade tornou-se epidemia no País. A sociedade é feita refém da violência, sob as luzes da política neoliberal, destituída de qualquer compromisso ético. As prisões viraram porões superlotados, fétidos, promíscuos, geradores de feras humanas que, depois de adestradas para a prática da crueldade, são devolvidos à sociedade, pretensamente ressocializadas.

Infelizmente, contrariando as teorias brasileiras (legislação), a realidade carcerária é preocupante: celas superlotadas continuam recebendo indiciados e condenados, a cada dia, dando margem à formação de rebeliões dentro da unidade, além do fortalecimento do crime organizado, uma vez que a própria estrutura física não tem condições

-
3. PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.
 4. OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativa à Prisão**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 08.
 5. SANTANA, Edilson. **Crime e Castigo**. São Paulo: DPL Editora; Golden Books, 2008, p.35.

de suportar. Além disso, ao sair das unidades prisionais o ex-detento não encontra apoio da sociedade, deparando-se com uma triste realidade como desemprego, desconfiança, desprezo das pessoas tornando-se um “futuro candidato” à reincidência do crime, provocada pela própria rejeição social.

Nesse rumo, ainda, o Impetrante pede vênia para transcrever as lapidares explicações tecidas pelo ilustre professor Edmundo Campos Coelho⁶ sobre o tema ora analisado que:

[...] no Brasil, em particular, a questão dos “direitos dos presos” terminou, estreita e coletiva de formulações ideológicas, envolta num clima emocional que explora a sensibilidade pública para o aspecto mais óbvio do problema: o da violência contra a integridade física do preso. “Surdas”, úmidas e imundas, escuras e sufocantes, nas quais se isola o preso por longos períodos, e inspetores e guardas o agridem e humilham na calada da noite, não são, efetivamente, apenas imagens literárias. Como garantir a integridade física – e freqüentemente a vida – do preso fraco e indefeso que habita celas coletivas onde se amontoam de trinta a quarenta outros presos, alguns já brutalizados pela vida no cárcere, mas todos carentes das mais básicas condições de existência digna.

Com efeito, ressalta ainda Alvino Augusto de Sá⁷:

Enquanto a segregação por meio da prisão representa simbolicamente a expulsão do “criminosos” que existe dentro do indivíduo, concentrando naquele que está preso tudo o que existe de ruim. Por intermédio da prisão, a sociedade se “purifica” e se livra de todos os seus males.

É dentro deste contexto que se realizará uma análise aprofundada sobre os abusos dos direitos humanos que são cometidos frequentemente no sistema prisional brasileiro, que tende a se apresentar como o grande paradigma do governo dominante na política contemporânea.

Os mais importantes documentos internacionais e nacionais afirmam que os direitos humanos devem ser estendidos aos presos,

-
6. COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro, 2005, p.34
 7. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 142.

ratificando a obrigação que os Estados têm perante essas pessoas que são particularmente vulneráveis em razão de estarem privadas de sua liberdade. Desse ponto de vista, elas não podem ser sujeitas à tortura ou a outra forma cruel e desumana de tratamento, nem mesmo à punição, ou a qualquer outro tipo de constrangimento.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento da renomada professora doutora Flavia Piovesan⁸ que preleciona “O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, esta hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional”.

Segundo o professor Raúl Eugenio Zaffaroni⁹ aduz que “Doy por sabido que hoy la mayor parte de los habitantes del planeta, a nivel teórico al menos, están protegidos contra estas violaciones a sus Derechos Humanos individuales por normas de nivel nacional (leyes y constituciones) y normas internacionales (convenciones y declaraciones con valor de ley internacional). En conclusión: las penas cruees son ilícitas tanto a nivel nacional como internacional”.

No entanto, mesmo tendo o Brasil assinado todos esses Tratados Internacionais de Direitos Humanos com a finalidade essencial de garantir o respeito e a dignidade á pessoa humana, inclusive á pessoa do preso, de forma que sejam ressocializados e, assim, retornem à sociedade, o que se percebe é o descumprimento das normas mais básicas de assistência para que tal fim seja alcançado. De forma significativa, o Comitê de Direitos Humanos também enfatizou que a obrigação de se tratar pessoas encarceradas com dignidade e humanidade é uma norma substancial e fundamental, aplicada universalmente, independente dos recursos materiais do Estado em questão.

-
8. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 41.
 9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. 1ª ed. – Buenos Aires: Ediar, 2012. pg 355.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TORTURA NAS PRISÕES

La prisión o “jaula” es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera una patología cuya característica más saliente es la regresión.¹⁰

A tortura acompanha a história do ser humano desde a antiguidade dela se tem registro. No início dos tempos, a tortura era parte do ritual de iniciação à vida adulta e à religião ou funcionava como vingança contra inimigos capturados nos campos de batalha e prendia-se as pessoas pelos pés, pelas mãos, pelo pescoço como se fossem animais. Animais e homens eram tratados de forma semelhante, amarrados ou acorrentados.

Na Idade Média, particularmente durante a aquisição, a tortura era o meio mais comum de se alcançar a prova do delito, uma confissão. Nesse passo, a ilustre professora Sheila Bierrenbach¹¹ preleciona que “os germanos tornaram conhecida uma modalidade de prova amplamente utilizada na Idade Média com base na crença da interferência de Deus, com o fim de dar razão a quem tivesse: o chamado juízo de Deus”.

Até o século XVIII o condenado era submetido a castigos corporais, os chamados suplícios, os quais eram realizados em praça pública, como um espetáculo para servir de exemplo aos demais. No dizer sempre expressivo do preclaro Michel Foucault¹², “Entre o século XVIII e início do século XIX, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo”.

No século XVIII inicia-se o período Humanitário, suscitando uma consciência comum acerca da necessidade de se modificar as prisões, os meios de torturas, as leis e a administração da justiça penal. Um dos grandes expoentes deste momento foi Césare Bonesana Beccaria¹³

-
10. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**. 5 Reimpresión. Buenos Aires:Ediar, 2009, pg. 139.
 11. BIERRENBACH, Sheila. **Comentário à Lei de tortura**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. pg. 05.
 12. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1995, p.14.
 13. BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretela Jr. e Agnes Cretela. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.

À medida que as penas forem moderadas, que a desolação e a fome forem eliminadas das prisões, que, enfim, a compaixão e a humanidade adentrarem as portas de ferro e prevalecerem sobre os inexoráveis e endurecidos ministros da justiça, as leis poderão contentar-se com indícios sempre mais fracos para a prisão”. Ressalta-se que o movimento de reforma do regime carcerário surgiu em meio à Revolução Francesa.

As instituições penais originaram-se por exigência do próprio homem, pela necessidade de um ordenamento coercitivo que assegurasse a paz e a tranquilidade em sua convivência com os demais seres humanos. Trata-se de uma imposição do próprio relacionamento inerente ao contrato social.

Nas primeiras prisões e Casas de Força a pena era aplicada como detenção perpétua e solitária em celas muradas. Nas Casas de força os mendigos, vagabundos, prostitutas, jovens entregues a uma vida desonesta e ladrões eram internados com obrigatoriedade de trabalho. Contudo, a pena privativa de liberdade foi reconhecida como substituta da pena de morte, fazendo surgir um grande número de Casas de Detenção.

A Constituição do Brasil de 1824, em seu inc. XXI estabelecia: “as cadêas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos Réos, conforme suas circunstancias e natureza dos seus crimes”.¹⁴

Segundo a professora Franciele Cardoso¹⁵ a pena de morte, na forca, ficou reservada para casos de homicídios, latrocínios e insurreição de escravos. No regime anterior esta pena estava prevista para mais de 70 infrações. O Código Penal de 1830, influenciado pelo Código francês de 1810, manteve a pena de morte, reduzindo, porém, suas hipóteses de aplicação; suprimiram as penas infamantes, com exceção do açoite; estabeleceu a imprescritibilidade das penas; não estabeleceu um regime penitenciário; as cadeias não eram adequadas; a promiscuidade e o ócio predominavam. A principal novidade em se tratando de medidas punitivas foi a previsão da pena de multa.

14. PELUSO, Antonio Cezar, José Roberto Neves Amorim. **As Constituições do Brasil, 1824, 1891, 1937, 1946, 1967, 1988 e suas emendas**. São Paulo: Editora Manole, 2011, p. 34.

15. CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e Medidas Alternativas: análise da efetividade de sua aplicação**. São Paulo: Método, 2004. p. 64.

Aduz Luis Francisco Carvalho¹⁶ que, em 1850 e 1852, respectivamente, dois estabelecimentos foram projetados, um no Rio de Janeiro e outro em São Paulo. Pode-se dizer que tais estabelecimentos simbolizaram a entrada do país na era da modernidade punitiva. Contavam com oficinas de trabalho, pátios e celas individuais e buscavam a regeneração do condenado por intermédio de regulamentos inspirados no sistema de Auburn. Esses estabelecimentos possuíam, também, um recinto especial, o calabouço, destinado a abrigar escravos fugitivos e entregues pelos proprietários à autoridade pública, em depósito, ou para que recebessem a pena de açoite. O açoite aos escravos só foi abolido em 1886.

Ao longo do Império começa a preocupação com o estudo do delinquente, juristas viajam para o exterior para conhecer sistemas penitenciários de outros países. É debatida a criação de colônias penais marítimas, agrícolas e industriais. Nasce a preocupação com o estudo científico da personalidade do delinquente; o criminoso passa a ser visto como um doente e a pena como um remédio.

Com a República, destaca Franciele Cardoso¹⁷, fica patente a necessidade de alterar-se a legislação penal vigente no país, culminando com a aprovação do Código Penal Republicano de 1890. Com o Código Penal, de 1890, desapareceram do cenário punitivo, a força e as galés, ficando estabelecido o caráter temporário das penas restritivas de liberdade individual, as quais não poderiam exceder a 30 anos; princípio que prevalece até a atualidade.

Esclarece Luis Francisco Carvalho¹⁸ que, em 1920, era inaugurada a penitenciária de São Paulo, no bairro Carandiru. Projeto Ramos de Azevedo, a instituição foi saudada como um marco na evolução das prisões e era visitada por juristas e estudiosos do Brasil e do mundo, sendo considerada como “Instituto de Regeneração Modelar”, em matéria de prisão.

Outro símbolo da história das prisões brasileiras é a Casa de Detenção de São Paulo, também no Carandiru, que chegou a hospedar 08

16. CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 38.

17. CARDOSO, 2004. p. 65.

18. CARVALHO FILHO, 2002, p. 43.

(oito) mil homens, apesar de só ter 3.250 vagas. Inaugurada em 1956, para presos à espera de julgamento, sua finalidade se corrompeu ao longo dos anos, pois passou a congregar presos condenados, tendo sido desativada pelo Governo Estadual, no ano de 2002.

Com a reforma de 1977, começou a prevalecer, pelo menos entre especialistas, o entendimento de que a prisão deveria ser reservada para crimes mais graves e delinquentes perigosos. A superpopulação já preocupava as autoridades da época.

O grande lamento é que neste final de século a prisão continue a se apresentar como um espetáculo deprimente, atingindo além da pessoa do delinqüente: órfã, filhos de pai vivo; enviúva a esposa de marido combalido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade.¹⁹

Em fevereiro de 2012 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, demonstrou sua preocupação quanto a violência nas prisões da America Latina. O Órgão denunciou o problema da superpopulação das cadeias na região. A superpopulação chega a 100% a mais do que a capacidade inicial prevista para deter os condenados, o que vem a facilitar grandes tragédias. O comunicado segundo o *Jornal Estadão*²⁰ cita casos de abusos e descumprimento dos padrões internacionais na Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Panamá, Uruguai e Venezuela.

3. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

además, no fato de que enquanto o direito carcerário não está fora do ordenamento normal, mas constitui apenas um âmbito particular do direito penal, a constelação jurídica que orienta o campo é a lei marcial ou o estado de sítio.²¹

19. OLIVEIRA, 1997. p.7.

20. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>> Acesso 13 de novembro de 2012.

21. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o Poder Soberano e a Vida Nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora. UFMG, 2010, p.26.

O sistema penitenciário brasileiro, atualmente segundo o Conselho Nacional de Justiça é composto por 715.655 mil presos, dados estes publicado pela imprensa em 06 de junho de 2014, ademais, o Ministério da Justiça²² computou que no Brasil tem 1312 prisões, sendo destas 1233 estabelecimentos para presos do sexo masculino e 79 estabelecimento para o sexo feminino, que ainda vive uma realidade muito arcaica; os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os apenados um verdadeiro suplício e tortura, tormento em vida, pois, formam uma nação à parte. Um país com economia própria, movida à extorsão, suborno e comércio ilegal. Um lugar cheio de leis não escritas, impostas pelo crime organizado. Ainda dentro deste universo criminal, o interno é obrigado a se amontoar uns aos outros, em celas, como jaulas humanas, sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o interno tem que dormir sentado ou pendurado na grade, parecendo um “morcego”, enquanto outros ficam em pé esperando sua vez.

Outrossim, a promiscuidade interna das prisões, e esta convivência intramuros, é tamanha, que faz com que o apenado, com o tempo, perca o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta, ou seja, em vez de o Estado, através do cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o apenado de capacidade ética, profissional e social, procura agir de forma contrária, abandonando-o e esquecendo-se de que ele também é de sua responsabilidade; uma vez que o excluí e não o reintegra na vida social.

Destarte, diante desse quadro os presos são vítimas das violações dos direitos humanos cometidos no Brasil, em atitude que contraria os princípios fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos²³ e a Convenção Americana de Direitos humanos, de que todo ser humano tem direitos fundamentais que não podem ser retirados.

Artigo V – “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Artigo 5º, 2 – “Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou trato cruéis, desumanos ou degradante. Toda pessoa

22. Disponível em: < <http://www.portal.mj.gov.br> > Acesso 28 de outubro de 2012.

23. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 244/293.

privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Nos respeitáveis dizeres do eminente Edmundo Oliveira²⁴, o objetivo maior deve ser o banimento da promiscuidade, para que o preso tenha suporte para alimentar o amor à sua própria dignidade, preparando o futuro para, em liberdade, prover com honradez e autonomia sua subsistência. Sem condições de exercitar o seu potencial, sem a terapia do trabalho, jamais o preso terá garantido o êxito de sua reintegração harmônica na sociedade. Eis a razão pela qual se diz, a todo instante, que a prisão não serve para o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira do crime; introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos”.

Nota-se assim, que o desrespeito ao interno, não atinge apenas os seus direitos, agridem a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os a indivíduos insignificantes.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Thompson²⁵, para quem qualquer proposta de reforma penitenciária, embora podendo variar bastante quanto ao modo de atingi-la, terá de se dirigir a dois alvos fundamentais: propiciar à penitenciária condições de realizar a regeneração dos presos; dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas, de sorte a habilitá-lo a recolher toda a clientela que, oficialmente, lhe destina.

Em suma, para alcançarmos tais objetivos, seria necessário que o Estado destinasse, periodicamente, verbas para construir novas unidades prisionais, recuperasse as já existentes, dotando-as de total segurança, mantivesse um quadro de servidores efetivo, com capacidade técnica e profissional para assegurar o bom funcionamento do estabelecimento, e fornecesse aos apenados programas destinados à sua recuperação, reeducação e reintegração ao meio social.

24. OLIVEIRA, 1997, p. 08-09.

25. THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 01-02.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado professor Germán Silva García²⁶ que preleciona,

La resocialización esta llamada al fracaso porque no es factible reproducir las condiciones de la socialización primaria ni borrar socializaciones anteriores; sin aceptación voluntaria no funciona la resocialización y el fingirla no modifica la situación; la resocialización supone anormalidades en los delinquentes que no existen; la educación y el trabajo penitenciario no resocializan; el delito seria un producto social, luego rehabilitar al individuo para vivir en las condiciones de la sociedad es hacerlo en las que han provocado la criminalidad.

Vale ressaltar também que falta vontade política dos governantes que, na grande maioria das vezes, realizam um governo voltado para ascensão de sua imagem política perante a sociedade, refletindo, talvez, desta forma: “para que gastar verbas públicas em prol do sistema prisional com criminosos condenados, que em nada sensibilizam a opinião pública?” Deixando os presos esquecidos e abandonados à sua própria sorte.

4. A DEFINIÇÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA

voltando um pouco ao passado verificasse que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, já se preocupava com a dignidade humana donde inclusive foi objeto de convenções internacionais. Nesse raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU²⁷, datada de 10.12.1948, estabelece em seu artigo V que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Na mesma linha, estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, em seu artigo 5º, n. 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

26. GARCÍA, Germán Silva. **Criminologia**: Teoria Sociológica del Delito. Bogotá/Colômbia: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios-ILAE-2011, p. 177.

27. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br> > Declaração Universal dos Direitos Humanos. Acesso 30 de outubro de 2012

Destarte, é a Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, de 10 de dezembro de 1984, que traz em seu artigo 1º o conceito de tortura como:

Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram²⁸.

A Convenção Europeia para prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradante, trouxe no seu bojo várias medidas regulamentadoras de fiscalização entre os Estados Membros com respeito a prática de tortura. Outrossim, em 1º de novembro de 1998 foi introduzida pelo protocolo n. 11 na Convenção Europeia no seu artigo 3º a proibição da tortura, “ninguém pode ser submetido a tortura, nem penas ou tratamentos desumanos ou degradante”²⁹, engessando de vez essa prática repugnante.

Insta ressaltar que a Convenção Interamericana, datada de 1985³⁰, buscou prevenir e punir a tortura, e foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 98.386, de 09 de novembro de 1989, trazendo, porém, em seu bojo uma conceituação própria de tortura: “Art. 2º. – Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual

28. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br>> Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante. Acesso 30 de outubro de 2012.

29. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 275/276.

30. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br>> Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura. Acesso 30 de outubro de 2012.

são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim.

O Brasil é um país marcado por violar constantemente o Estado Democrático de Direito. Durante vários períodos os direitos humanos foram desrespeitados, tem-se como bom exemplo o Golpe militar de 1964, onde várias pessoas foram torturadas e tantas outras desapareceram sem que suas famílias tenham qualquer notícia. Ademais, vários outros crimes de tortura vem sendo praticados ao longo do tempo, seja por policiais, ou mesmo dentro das unidades prisionais, este com mais intensidade devido a sua condição de preso sofre por seus companheiros de cela ou mesmo por quem deveria dar proteção que são os agentes penitenciários e a polícia.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o excelente magistério da professora Flavia Piovesan³¹ que assevera que “ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; das perseguições políticas-ideológicas; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação”.

Apesar da prática da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos já serem prevista em constituições anteriores, foi a Constituição brasileira de 1988, que proporcionou amplas garantias para a proteção dos direitos humanos, e os direitos dos presos, no artigo 5º, incisos III e XLIX.

III – “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

XLIX – “declara que é assegurado aos presos o respeito e integridade física e moral”.

À guisa de corroboração, necessário se faz trazer à baila o entendimento do eminente professor Nelson Hungria, sobre o conceito de

31. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. 3. ed. . rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pg.125/126.

tortura que é “o meio suplicante, a inflicção de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade”³².

Para o professor Cesar Roberto Bitencourt³³, conceitua também como “meio que causa prolonga, atroz e desnecessário padecimento”.

Desta forma a Constituição de 1988 deixou claro o repúdio à prática da tortura, deixando para o legislador a sua contribuição para definir os regramentos legais quanto à repressão e prevenção dessa grave violação a dignidade da pessoa humana.

Destarte, o legislador ordinário tardou bastante de tomar uma decisão quanto ao tema, deixando que fortes episódios tomassem conta do Brasil para puder se posicionar. Como foi o caso da prática de tortura por Policiais Militares no ano de 1997, que de forma brutal humilhava e agredia todo cidadão que passava pela Favela Naval, em Diadema no Estado de São Paulo, fato registrado por uma emissora de televisão e transmitido para todo o Brasil que puderam assistir de forma estupefata e assustadora a agressão física e moral praticada por pessoas que deveriam proteger a sociedade e estavam cometendo tamanha violência.

Desta forma, diante de tamanha pressão o legislador brasileiro saiu do seu ostracismo e corre para aprovar a lei de tortura, Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997, que se registre que foi um dos últimos países do ocidente a tipificar o crime de tortura.

Em suma, o parágrafo 1.º do art. 1.º da Lei 9.455/97 prevê o delito de tortura contra o encarcerado, in verbis: “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”. O tipo exige que se submeta pessoa presa (recolhida a cárcere, pouco importando o título do encarceramento: preso definitivo ou provisório, penal ou civil etc.) ou sujeita a medida de segurança (pessoa recolhida em hospital próprio) a sofrimento físico ou mental por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal, tendo como

32. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1979. Pg167.

33. BITENCOURT Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte especial. Volume 2. ed. rev e ampl. – São Paulo, Saraiva 2002, pg.69.

exemplos: privação de luz, privação de sol, solitária, deixar sem visita, sem alimentação, estar em uma cela superlotada, sem assistência médica, odontológica, trabalho.

5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE A OEA PELA PRÁTICA DE TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL

Como se sabe, a pena de prisão busca a ressocialização do indivíduo, para que este se encontre em condições de ser inserido na sociedade, não voltando a delinquir. Para alcançar esse objetivo, é necessário que a permanência no estabelecimento carcerário seja adequada a esta reabilitação. Porém, as condições políticas, econômicas, sociais e culturais do nosso país dificultam a transmissão de recursos para estas instituições.

Na mesma toada, o preclaro professor Raúl Cervini³⁴ obtempera que:

[...] o aprisionamento tem efeitos negativos para a ressocialização, dificilmente superáveis com o tratamento. Na prisão, o interno geralmente não aprende a viver em sociedade, pelo contrário, continua, e ainda aperfeiçoa, sua carreira criminosa por meio do contato e das relações com outros delinquentes.

Escudado ainda nesse sólido embasamento doutrinário, a ilustre Hannah Arendt³⁵ entende que, “o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.”

A superlotação das unidades prisionais, as subumanas condições de vida dos presos, o crescimento de organizações criminosas e da corrupção, dentro das prisões – aliados à falta de segurança – não permite que os estabelecimentos carcerários cumpram sua função.

34. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

35. ARENDT, 2011. p. 331.

Salienta o professor Alvino Augusto de Sá³⁶ que os indivíduos criminalizados pelo sistema tornaram-se criminosos por conta das condições de marginalização social que sofreram, que lhes acarretaram a deterioração de sua pessoa e, conseqüentemente, tornaram-nos vulneráveis perante o sistema punitivo vigente, que é seletivo em relação a essas pessoas. O sistema penal seleciona e pune os indivíduos pertencentes às classes marginais; os mais frágeis,

[...] aqueles que não somente são mais vulneráveis socialmente – posto que quase todos o são dentro do mesmo estrato social – mas os que são também mais *vulneráveis psiquicamente*, porque houve um processo prévio de condicionamento, de geração dessa vulnerabilidade psíquica, o que os coloca em situação de bons candidatos para criminalização.

A Lei de Execução Penal, na sua redação, explicita o direito à saúde, à educação, à alimentação ao trabalho etc. Além de defender um tratamento prisional que deve propiciar a reeducação e a ressocialização do preso. O sistema penal trabalha com a ideia da reabilitação do preso; esse é o discurso oficial que o Estado legitima o aprisionamento. Deve-se procurar discutir essas concepções e suas raízes ideológicas, porque a reinserção por meio da exclusão é uma incoerência a ser decifrada, já que alguns não acreditam que a prisão seja um fracasso. Foucault nos ensina que ela fracassa desde o início, e todos os governantes sabem disso, ou seja, trata-se de um jogo perverso de exclusão-inclusão, de um sucesso que deixa o indivíduo à margem da sociedade.

Segundo Maria Palma Wolff,³⁷ é sabido que, para a implantação total da Lei de Execução Penal e para que fossem assegurados os direitos nela previstos, seria necessário uma ampliação dos recursos humanos e materiais, sempre precários no Brasil nos setores ligados à execução de políticas públicas. Esta relação entre o simbólico e o instrumental pode ser exemplificada no caso da Lei de Execuções Penais brasileiras que, na prática, seleciona aspectos para a sua implementação.

A prisão é um depósito de seres humanos, um lugar de horror, de total invisibilidade, um lugar de destruição do homem, de

36. Sá, 2007, p. 62.

37. WOLFF, Maria Palma. **Analogia de vidas e histórias na prisão**: emergência e injunção de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 25-26.

aprisionamento do ser; suas condições são desumanas ou implicam um lugar onde não se dorme sossegado, onde ninguém confia em ninguém, nem se garante quem estará vivo amanhã: um lugar fora da lei. Em nome da lei e de um suposto tratamento penal, encontramos homens abandonados, em bandos, excluídos, sem lugar, desorientados, embora incluídos pela lei.

É diante desta realidade que o professor Alvino Augusto de Sá³⁸ entende que o resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas formas de violências, que vão gerar outras violências futuras, como declarado pelos presos, caindo por terra qualquer pretensão dos bens jurídicos, prevenção por intimidação ou de ressocialização, ao menos levando-se em conta, é claro, as condições em que aqueles presos estavam cumprindo suas penas, as quais não são muito diferentes das dos demais distritos.

Destarte, é um absurdo que, em nome da lei, alguém tenha que se submeter a condições subumanas de vida, não tenha possibilidades de desenvolvimento pessoal, cultural, educacional ou de formação e qualificação profissional; que tenha ainda que se submeter às regras de sociabilidade nas quais predomina uma lógica de favores e benefícios ditados por aqueles que têm poder sobre os outros, inclusive sobre a vida dos outros. A prisão parece destituir o sujeito de si mesmo; faz a sua captura e o inclui numa ordem perversa, onde predomina o mais forte, uma disposição sem lei, onde inclusive os seus representantes (policiais, funcionários das penitenciárias, advogados, etc.), muitas vezes, agem fora da norma estabelecida. Neste sentido assevera o ilustre professor Luigi Ferrajoli:³⁹

[...] que nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal: umas, por serem demasiado aflitivas, outras, por serem demasiado pouco aflitivas, e tanto uma quanto outras, por serem ineficazes ou, pior ainda, contraproducentes.

É inacreditável que o preso encontre abrigo e proteção dentro da cadeia, na maioria das vezes, junto àqueles que agem ilegalmente.

38. SÁ, 2007, p.46.

39. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. Italiana, Noberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 378.

No sistema prisional, ocorre uma apropriação da vida da pessoa, que é sequestrada da sua rede de relações e é colocada sob o outro, sem limites, como se fosse para um lugar sem lei. Essa lei fora da lei é a que vigora na prisão; outrossim, entende-se que a prisão aprisiona o homem para capturá-lo e engessá-lo numa lógica cuja sobrevivência depende de negociações fora da lei, tudo isso em nome da lei e sem que ninguém, absolutamente ninguém da sociedade, se manifeste contra isso. Na realidade, apesar do discurso ideológico da Lei de Execuções Penais, estamos sob uma lógica penal seletiva, cruel, com o objetivo de destruir esse outro à margem da sociedade; portanto, o que predomina é o caráter ilegal da prisão.

Com muita propriedade, o douto Alvin Augustus de Sá⁴⁰ traça as seguintes explicações sobre o assunto, ante o caráter punitivo e o caráter expiatório da pena privativa de liberdade, observando que se torna contraditória qualquer pretensão de ressocialização por seu meio. A pena não tem relação absolutamente alguma com as condutas criminosas que pretende punir e fazer expiar. O mesmo se deve dizer do cárcere. A ineficácia do cárcere e suas consequências, profundamente danosas, já têm sido objeto de múltiplos trabalhos e sobre isso, hoje, a opinião é praticamente unânime.

Seguindo este mesmo entendimento aduz o professor Edmundo Oliveira⁴¹ que a pena, em qualquer estrutura legislativa do mundo contemporâneo, vai além do propósito de retribuição do ato injusto, porque ninguém pode virar as costas para a alta relevância do escopo preventivo de reintegrar o condenado na sociedade, intimidar os infratores potenciais e fortalecer a consciência jurídica de todos os integrantes do conjunto social. É por isso que devemos combater a prática de transformar o castigo penal num aparato de terror, como se fosse o único fim proclamado a ser cumprido.

Acredita-se que, de fato, poder-se-ia ter uma outra situação penal se, realmente, a lei penal, processual penal e de execução penal fosse aplicada, efetivada, onde os objetivos de *reabilitação*, *ressocialização* e *reeducação* dos apenados fossem metas a serem alcançadas, e não

40. SÁ, 2007, p.145.

41. OLIVEIRA, 1997. p. 16.

um mito da lei. Se tivéssemos como referência a lei simbólica, a pena poderia ser entendida como marca, e possibilitaria que o sujeito fosse incluído na lei, como uma chance ofertada à pessoa, convocando o sujeito que nela existe a apropriar-se de sua vida.

Assevera o doutor Promotor de Justiça do Estado da Bahia, Geder Luiz Rocha Gomes⁴² que, tem-se assistido a uma espécie de seleção natural quanto à observância da legalidade formal nos fatos concretos, resultando no desprezo àqueles que envolvem a obtenção de direitos sociais e conquistas da cidadania, em detrimento daqueles que retratam conflitos. Assim, é comum o funcionamento do aparelho estatal com toda a sua força para perseguir e punir o indivíduo, sob o discurso da obediência à legalidade prescrita na organização do Estado. Mas, ao mesmo tempo, revela-se este mesmo Estado permissivo quando o fato social se refere à preservação ou ao atingimento de algum direito social, desprezando a idêntica necessidade de obediência à normatividade proclamada.

A ratificar o acima expendido, é de todo oportuno mencionar as declarações do senhor Ministro da Justiça do Brasil, que no dia 13 de novembro de 2012⁴³, quando em palestra aos empresários paulistas na cidade de São Paulo, disse que “entre passar anos num presídio brasileiro e perder a vida, eu talvez preferisse perder a vida”, ressaltando ainda que as condições dos presídios brasileiros geram violações aos direitos humanos, e que parece um sistema prisional medieval, que não só desrespeita os direitos humanos como também não possibilita a reinserção do preso.

Nesse rumo, os estudiosos do assunto começam a se perguntar, de quem será a responsabilidade pelas mazelas do sistema prisional brasileiro? Se a autoridade máxima do país, responsável para resolver e cobrar dos Estados soluções para os problemas citados acima, disse que o sistema carcerário parece prisões medievais, então será que o povo brasileiro tem que se responsabilizar pelas omissões dos governantes, quanto ao aumento da violência e a falência do sistema prisional brasileiro.

42. GOMES, Geder Luiz Rocha Gomes. **A substituição da prisão**. Salvador, BA: Juspodivm, 2008, p. 64.

43. Disponível em: <<http://www.o globo.com>> Acesso 13 de novembro de 2012.

Verifica-se com isso que o Brasil vem reiteradamente descumprindo os tratados que foram assinados em relação aos direitos fundamentais do recluso no âmbito internacional.

Principalmente no âmbito da Organização dos Estados Americano (OEA), em que o Brasil é membro desde 1992, e que como Estado-membro faz parte da Convenção Americana de Direitos Humanos e se comprometeu a proteger os direitos fundamentais.

Com muita propriedade, a doutora Flavia Piovesan⁴⁴ traça as seguintes explicações sobre o assunto “que à Corte Interamericana, é órgão jurisdicional do sistema regional, e apresenta competência consultiva e contenciosa.

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o “controle da convencionalidade das leis”. A Corte Interamericana tem desenvolvido análises aprofundadas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana.

No plano contencioso, a competência da Corte para o julgamento de casos é, por sua vez, limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, nos termos do artigo 62 da Convenção. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61 da Convenção Americana”.

Assevera ainda a eminente professora em seu artigo que “a Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica

44. PIOVESAN, Flavia (2009) **Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. Pg. 16,17,18, 27, 28, 29,30.

vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. O Estado Brasileiro finalmente reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998.

Em suma, ficou claro que o Brasil vem violando o direito protegido pela Convenção, donde este tem a obrigação de garantir a integridade física e o bem estar dos presos, obrigando-se a protegê-los contra violência e graves violações dos direitos humanos, cometidos frequentemente por agentes penitenciários, autoridades policiais ou mesmo por outros presos.

O Deputado Federal Domingos Dutra do Partido dos Trabalhadores do Maranhão, foi o relator da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Sistema Carcerário Brasileiro⁴⁵, e em seu depoimento disse que o “sistema carcerário brasileiro descumpre a Constituição e os tratados internacionais”. Desta forma, concluído o relatório e demonstrando as mazelas do sistema prisional brasileiro envia para a OEA, pedindo que venha ao Brasil uma comissão para conhecer o caos que se tornou o sistema carcerário e cobrar do governo brasileiro providencias quanto a recuperação do mesmo, bem como o descumprindo dos tratados assinados pelo Brasil.

Insta ressaltar, que não foi a primeira vez que foi pedido a OEA que intervisse no Brasil sobre as questões que envolvem a tortura no sistema prisional. Em 2002 a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) enviou para o Brasil seis resoluções pedindo providencias sobre tortura e maus tratados ocorridos no Presídio Urso Branco no Acre, a denúncia na época foi encaminhada pela Comissão de Justiça e Paz e Justiça Global após a morte de 27 presos no mesmo ano.

Vale ressaltar ainda, que no ano de 2000, os relatores da ONU que visitaram o Brasil fizeram 120 recomendações ao país, relacionado não apenas ao tema citado acima, mais também sobre alimentação, discriminação racial, moradia e outros.

Em maio de 2011 o Subcomitê para a Prevenção da Tortura da ONU veio ao Brasil para cobrar a situação da tortura e maus-tratos em

45. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br> > Acesso 13 de novembro de 2012

unidades prisionais do país, onde recebeu várias denúncias de violação dos direitos humanos.

O governo brasileiro admitiu a existência da tortura e sua gravidade no sistema prisional, bem como sua falha em estabelecer políticas de prevenção e principalmente da falta de responsabilização dos que vem provocando este tipo de delito.

Outrossim, diante desta afirmação da prática de torturas no sistema carcerário brasileiro, o Subcomitê para Prevenção da Tortura da ONU, sugeriu medidas de prevenção e combate à prática de tortura no país, bem como melhorias nas condições do sistema prisional.

Diante do exposto, percebe-se que não adiantou o Brasil adotar no seu ordenamento jurídico amplas garantias para proteção dos direitos humanos, e dos direitos dos presos, seja na sua Constituição Federal, Lei de tortura, Lei de Execuções Penais, homologando todos os tratados Internacionais de combate à tortura, se ele mesmo vem descumprindo diariamente tudo que ficou acordado perante as comissões.

Não resta dúvida de que a Organização dos Trados Americanos (OEA) deve adotar medidas mais austeras contra o Brasil por descumprir perante a Comissão de Direitos Humanos, a prática de torturas no sistema prisional, confirmada não só pelos membros da organização que cuida de fiscalizar os países que violam os acordos, bem como confirmado pelo representante do governo brasileiro em entrevista dada em cadeia nacional de que “o sistema prisional do Brasil parece cadeias medievais”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

conclui-se verificando que é visível a incompetência geral do sistema penitenciário brasileiro que, além de não recuperar os detentos, devolve-os, de forma indiscriminada, à sociedade, sem que haja um aprimoramento psicológico e sociológico suficiente para que este possa enfrentar uma nova realidade.

Em suma, é lamentável e inacreditável a maneira como se encontram as condições, desumanas, do sistema penitenciário; e, mais absurdo é o discurso que prega a reclusão, como forma de ressocialização dos apenados, ultrapassando a raiz da hipocrisia indulgente.

A sugestão deste artigo é que o modelo de administração penitenciária, que vem sendo aplicado no sistema prisional, não recupera ninguém; pelo contrário devolve para a sociedade o apenado mais violento, mais agressivo, mais desumano e monstruoso do que entrou – tendo-se como alternativa para mudança deste quadro violento a privatização de todas as unidades prisionais, como um resgate da dignidade do apenado – por tudo o que aqui se espera ter podido demonstrar, com base na revisão bibliográfica empreendida e nas evidências apresentadas.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o Poder Soberano e a Vida Nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora. UFMG, 2010, p.26.
- ARENNDT; HANNAH. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 324.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretela Jr. e Agnes Cretela. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.
- BITENCOURT Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte especial. Volume 2. ed. rev e ampl. – São Paulo, Saraiva 2002.
- BIERRENBACH, Sheila. **Comentário à Lei de tortura**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.
- CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e Medidas Alternativas**: análise da efetividade de sua aplicação. São Paulo: Método, 2004. p. 64.
- CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 43
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.
- COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro, 2005, p.34
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 378.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1995
- GARCÍA, Germán Silva. **Criminologia**: Teoria Sociológica del Delito. Bogotá; Colômbia: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios-ILAE-2011.
- GOMES, Geder Luiz Rocha Gomes. **A substituição da prisão**. Salvador, BA: Juspodivm, 2008.

- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1979.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativa à Prisão**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flavia (2009) **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana**.
- PELUSO, Antonio Cezar, José Roberto Neves Amorim. **As Constituições do Brasil, 1824, 1891, 1937, 1946, 1967, 1988 e suas emendas**. São Paulo: Editora Manole, 2011.
- PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clinica e psicologia criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SANTANA, Edilson. **Crime e Castigo**. São Paulo: DPL Editora; Golden Books, 2008.
- THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERRANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**. 5 Reimpresión. Buenos Aires:EDIAR, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. 1ª ed. – Buenos Aires: Ediar, 2012
- WOLFF, Maria Palma. **Analogia de Vidas e Histórias na Prisão: Emergência e Injunção de Controle Social**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- Disponível em: < <http://www.estadao.com.br>> Acesso 13 de novembro de 2012.
- Disponível em: < <http://www.o.globo.com>> Acesso 13 de novembro de 2012.
- Disponível em: < <http://www.portal.mj.gov.br>> Acesso 28 de outubro de 2012.
- Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso 30 de outubro de 2012.

A possibilidade de realização de revista de empregados sob a ótica do dano moral: uma análise do deferimento de indenizações pela Justiça do Trabalho

Samantha Mendonça Lins Bastos*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Analisando o dano moral – 2.1 O dano moral na Justiça do Trabalho – 2.2 Elementos para a configuração do dano moral; 3 A revista de empregados – 3.1 A revista no direito brasileiro e seus tipos – 3.2 Investigando a legitimidade: fundamentos e justificativas para a prática da revista – 3.3 Os direitos envolvidos: conflito e solução; 4 A análise casuística do dano moral na revista e a jurisprudência trabalhista; 5 Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos da personalidade é uma conquista relativamente recente. A possibilidade de oponibilidade perante terceiros só veio se consolidar no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1988. Hoje, são caracterizados como *erga omnes*, indisponíveis, indissociáveis e irrenunciáveis.

O tema central deste trabalho trata de uma prática que pode levar à violação de alguns destes direitos, a exemplo da intimidade: é a revista de empregados.

O tema está longe de esgotar-se. Ressalte-se que a Justiça do Trabalho é iniciante quando se trata do julgamento de lides envolvendo indenização por danos morais. Tal possibilidade só veio com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que ampliou a sua

(*) Advogada, pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito, graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

competência, dando-lhe poder para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (vide inciso V, do art. 144, da CF/88).

Empregados começaram a demandar judicialmente, em face de seus empregadores, o recebimento de indenizações pela prática da revista e, ainda hoje, vê-se uma certa imperícia do magistrado quando se trata de decidir acerca do deferimento ou não dessas indenizações. Existe uma significativa parcela da jurisprudência que “fecha os olhos” para a casuística, condenando empresas ao pagamento de indenização pautando-se meramente na suposta ilicitude da revista.

Tal conduta não pode prosperar. Vê-se, não raras vezes, a Justiça do Trabalho ser objeto de chacota, tendo em vista a instalação de uma verdadeira indústria do dano moral. Alerta-se, todavia, com base na doutrina e jurisprudência mais abalizadas, para a necessidade de se verificarem os elementos do dano e seus requisitos. O próprio dano, diz-se, deve ser efetivo.

Tudo isso será feito no intuito de comprovar que é possível obter-se decisões mais justas quando os olhos estão voltados para o caso concreto, sem reduzir-se a solução dos conflitos ao “texto frio” das leis, que, embora norteadoras do pensamento do julgador, não podem servir de fundamento exclusivo para a resolução dos casos postos à sua apreciação.

A revista, embora sugira, inicialmente, um abuso do poder patronal, pode ser lícita e, a depender do modo como seja realizada, em nada contribuir para a ocorrência de dano moral. Buscar-se-á, assim, quebrar a lógica “revista de empregado = dano moral”, o que é extremamente difícil quando se tem uma parcela significativa de operadores do Direito caminhando em sentido contrário.

2. ANALISANDO O DANO MORAL

2.1. O dano moral na Justiça do Trabalho

Como referenciado acima, a Carta Magna de 1988 constitucionalizou a indenizabilidade do dano moral, sendo um verdadeiro divisor de águas. Antes dela, havia muita incerteza. Com o seu advento, o cerne da questão passou a ser não mais o cabimento da indenização, mas

os elementos para a sua configuração e para a fixação do *quantum indenizatório*.

A previsão expressa mais significativa sobre o dano moral encontra-se disposta em seu art. 5º, inciso X, que fala que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, trazendo a proteção aos direitos da personalidade em um rol exemplificativo. O inciso V deste mesmo dispositivo fala ainda que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Ao estabelecer tais regras, a Constituição Federal se dirigiu a todos os ramos do Direito e assim não poderia deixar de ser, fenômeno próprio do Neoconstitucionalismo. Ainda assim, por muito tempo restou prejudicada a reparação do dano moral no seio da Justiça do Trabalho, o que só foi reparado pela já mencionada Emenda Constitucional nº 45/2004. A CLT, salvo a previsão genérica contida no art. 8º, não fornecia subsídios.

A novidade veio tarde e era extremamente necessária. As relações de trabalho são o que se pode chamar de “prato cheio” para a ocorrência de danos morais, pois o trabalhador, enquanto parte mais fraca, subordinado jurídico que é, sujeita-se a muitas situações degradantes para não ser despedido.

Não se deve perder de vista colocações como a de Valdir Florindo, que fala o seguinte:

[...] o Direito do Trabalho, por sua vez, também é chamado a contribuir com o respeito entre os homens, e a conseqüente e sintonizada evolução do Direito brasileiro, posto que as relações de trabalho, indiscutivelmente, também são palco das ofensas que afetam a personalidade da pessoa humana, acarretando intranquilidade nas relações jurídicas. (FLORINDO, 2002, p. 75)

Contudo, recomenda-se cautela. O afã de proteger o obreiro pode gerar injustiças. Os direitos da personalidade, em uma relação de emprego, sofrem algumas limitações. É inevitável o choque de interesses e direitos, como é o caso da revista, fazendo-se necessário um exercício de ponderação. Todo cuidado é pouco, pena de banalização do instituto do dano moral.

Observa Pablo de Paula Saul Santos, com acuidade, que:

O tema da banalização do dano moral talvez seja hoje, ao lado da fixação do quantum indenizatório, o assunto mais polêmico acerca desta matéria. [...] corremos o risco de ingressarmos na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias. (SANTOS, 2015)

É esse o problema norteador.

2.2. Elementos para a configuração do dano moral

A análise dos elementos para a configuração do dano moral é imprescindível no julgamento de pedidos de indenização. O dano, *stricto sensu*, é o primeiro deles.

Salutar observar alguns exemplos de conceitos. Seguem:

[...] o dano moral é o que alcança a ordem interna do ser humano, causando-lhe dor, tristeza ou qualquer outro sentimento capaz de afetar seu lado psicológico, sem qualquer repercussão de importância econômica. [...] é o resultado de ato ilícito que não fere o patrimônio da pessoa. (CAZZARRO, 2002, p. 85)

[...] o dano moral consiste no prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. [...] é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem [...]. (DIAS, p.780)

Fica o impasse: o dano moral seria a consequência da lesão a um direito, o sofrimento advindo da violação, ou seria a agressão a um bem juridicamente tutelado em si, “a lesão a direito personalíssimo produzida ilicitamente por outrem” (GOMES, 2007, p. 219)?

A maior repercussão prática do questionamento apresentado está na prova do dano. Pela primeira concepção, esta seria muito mais difícil, pois residiria no íntimo da vítima, com possibilidade irrisória de ser comprovada por meios externos. De acordo com o segundo conceito a prova do dano fica infinitamente mais fácil, pois basta provar a ocorrência do ato que deu causa à lesão ou do ato com potencial lesivo.

Por isto que muitos acabam por sustentar que o dano se presume. Tal entendimento, contudo, leva ao risco de mitigação da necessidade da prova.

Por exemplo, em relação à revista, tem que restar provado, além da sua realização, que esta se dava de forma abusiva, que viola algum direito da personalidade, já que se pode admitir que não há como provar o constrangimento em si.

Sobre o tema, segue lição:

[...] o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou aferição do seu *quantum*, Mas os fatos e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, [...]. (STOCO, 2000, p. 242)

Esclarecido tal ponto, registre-se que, para se falar em indenização, faz-se necessário, além do dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade. A culpa, que antes era incluída neste rol, tornou-se, hoje, secundária, ainda que seja regra geral no nosso ordenamento a responsabilidade por culpa. A responsabilidade objetiva (art. 927 do CC/02) tem ocupado terreno.

Sobre o ato ilícito, na revista de empregados, a determinação de reparação do dano moral vem fundamentada nos seguintes: prática de revista íntima (vedada no art. 373-A da CLT), violação dos direitos da personalidade (protegidos pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988) e à dignidade da pessoa humana (garantida também pela Carta Magna, mas em seu art. 1º, inciso III), ou, ainda, no abuso de direito (que será abordado adiante).

O art. 186 do CC/02 dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, fornecendo subsídios.

Salutar observar ainda o art. 187 do mesmo diploma, o qual determina que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, trazendo outra hipótese para a configuração do ato ilícito além daquelas elencadas acima.

O nexo causal, por sua vez, é o liame que une a conduta (ação ou omissão que corresponde a ato ilícito) ao dano.

O tripé ato ilícito-dano-nexo cria bases seguras para a atribuição de responsabilidade, não podendo, o julgador, se esquivar de analisá-lo.

3. A REVISTA DE EMPREGADOS

3.1. A revista no direito brasileiro e seus tipos

Como antecipado, o regramento da revista de empregados é feito pelo art. 373-A, VI, da CLT, dispositivo acrescentado pela Lei nº 9.799/99, que inseriu no diploma celetista regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Leia-se o seu teor:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

[...] VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Vê-se, em realidade, que não há um regramento sobre a revista. O artigo limita-se a prever a vedação à realização de revista íntima. Outras legislações tiveram maior cuidado acerca do tema, a exemplo da Lei Trabalhista Argentina, nº 20.744/74. Observe-se o que diz o art. 70:

Art. 70. Os sistemas de controles pessoais do trabalhador, destinados a proteções dos bens e patrimônio do empregador, devem sempre salvaguardar a dignidade do trabalhador, devem sempre salvaguardar a dignidade do trabalhador e devem ser praticadas com discrição e se farão por meio de seleção automática destinada à totalidade do pessoal.

Já na Itália, o Estatuto do Trabalhador, Lei nº 300/70, em seu art. 6º veda, em regra, a realização de revista pelo empregador, mas permitia-a em alguns casos, quando, por exemplo, for imprescindível à proteção do patrimônio (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 103/104).

Falta essa regulamentação mais específica na legislação pátria, o que contribui para incertezas e discrepâncias de julgamento sobre

o tema. Entende Alice Monteiro de Barros (2006, p. 559) que, “atualmente, o art. 373-A [...] permite expressamente a revista, salvo a íntima”, interpretação que decorre do fato de o referido dispositivo ter adjetivado a revista.

E íntima, nos dizeres de Michele Itabaina de Carvalho Pires (2006, p. 36), seria a revista que “consiste no ato de tirar a roupa perante terceiro que irá revistá-lo, com fundamento no poder de controle que possui o empregador, sob a justificativa de evitar-se a prática de atos de improbidade”. Não estaria vedada, assim, a revista de pertences. É o entendimento majoritário na jurisprudência, conforme ementas abaixo transcritas:

DANOS MORAIS. REVISTA PESSOAL ÍNTIMA. LESÃO CONFIGURADA – A revista pessoal do empregado pelo empregador, por si só, não enseja o reconhecimento do dano moral, tal revista, contudo, quando realizada de forma constrangedora e abusiva, inclusive com apalpação em seu corpo, deve ser considerada como revista íntima, essa sim vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, capaz de ensejar o pagamento de indenização por danos morais. (Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, 1ª Turma. Processo 0000229-43.2012.5.05.0464. Recurso Ordinário, ac. nº 129311/2012, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, DJ 06/08/2013)

REVISTA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE EXCESSOS OU DISCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. A revista pessoal, desde que realizada com absoluta moderação, sem contato físico, sem discriminação e sem exposição do empregado, não constitui motivo de constrangimento e não viola a intimidade da pessoa, a justificar reparação por danos morais, nos moldes do art. 5.º, V e X, da Constituição Federal. “In casu”, as revistas não eram íntimas. Limitavam-se à exibição dos pertences do empregado sem nenhum contato físico, procedimento que era aplicado indistintamente a todos os empregados da Ré. (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 7ª Turma. Processo 990201029909. PR 990-2010-29-9-0-9, Relator(a): JANETE DO AMARANTE, Publicação: 03/02/2012.)

O caso concreto, assim, vai nortear o julgador no momento de decidir se a revista é íntima ou não.

3.2. Investigando a legitimidade: fundamentos e justificativas para a prática da revista

A revista assume, antes de tudo, caráter preventivo. Em casos nos quais já se sabe que o empregado furtou, deve-se acionar o poder de polícia. A revista não tem a função originária de impedir o sucesso do crime que já se sabe cometido, mas de criar óbice à sua ocorrência.

Os fundamentos para a realização residem nos artigos 2º e 3º da CLT. O empregador dirige a relação, o empregado se subordina a ela. A subordinação existe porque se liga ao poder diretivo que emana do empregador, traduzido no controle, na vigilância e na fiscalização.

Nesse contexto, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira (2010, p. 136) coloca que “uma empresa pode efetuar a revista em seus empregados como forma de preservação do seu patrimônio, estando tal prática, inclusive, dentro do seu poder de controle”.

Mas há outro fundamento para a revista, qual seja, o direito à propriedade. Defende Sérgio Pinto Martins (2007, p. 194) que “os empregados poderão ser revistados no final do expediente, pois é uma forma de salvaguarda do patrimônio da empresa”.

Há, ainda, a questão da segurança. Traz Alice Monteiro de Barros (2009, p. 76) que “essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas”. Como exemplo, pense-se nas empresas que fabricam ou vendem remédios, explosivos, munição, dentre outros produtos que oferecem risco à sociedade.

Nesses casos, a jurisprudência tem inclusive admitido a realização da revista íntima, face a prevalência do interesse público sobre o privado.

O controle numérico dos produtos nem sempre se revela eficaz, pois os dados podem ser manipulados pelo empregado responsável por tal tarefa. A utilização de recursos tecnológicos, como câmeras de vídeo, pode não ser economicamente possível nos pequenos empreendimentos, a exemplo de “vendinhas” e lojinhas de miúdos. Importante suscitar a função social da empresa, calcada no art. 170, III, da Carta Magna.

Michele Itabaina de Carvalho Pires (2006, p. 50) sustenta com maestria que “existem empregadores que não podem ou não querem

arcar com os custos desses aparelhos”. Além disso, a instalação de câmeras está longe de evitar o furto por parte dos empregados, tendo-se em vista que os locais em que geralmente ocorrem as ocultações não podem ser vigiados por controle de imagem, a exemplo dos banheiros e dos vestiários.

Considere-se, assim, o fato de o empregador comercializar produtos possíveis de ocultação. É o caso dos mercados e lojas de conveniência, por exemplo. Há impossibilidade concreta de colocação de tarjas em todos os produtos. Produtos pequenos nem mesmo suportariam o peso destas. Colocação de etiquetas magnéticas é possível em produtos como roupas e livros, não se justificando, desse modo, a revista em lojas de roupas e em livrarias.

A revista, deste modo, revela-se o meio mais eficaz para a proteção do patrimônio do empregador e tem sido admitida justamente por se entender que essa proteção representa o exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito de propriedade.

Pesquisas realizadas pelo Grupo de Prevenção a Perdas do Instituto PROVAR/FIA (Programa de Administração do Varejo da Fundação Instituto de Administração), juntamente com Felisoni Consultores Associados sobre Perdas no Varejo, mostram que os “furtos e fraudes realizados por funcionários causam um prejuízo anual de R\$ 2,2 bilhões ao varejo brasileiro, ou seja, R\$ 70 a cada segundo”. Revelam ainda que “cerca de 77% das empresas registram prejuízos com fraude. Empresas de médio e pequeno porte são as mais prejudiciais por ações de funcionários desonestos” (TAUHATA, 2015).

Vê-se, assim, que não é cautela demasiada ou abuso a realização de revista por parte dos empregadores, devendo, as peculiaridades do caso concreto, nortear a análise.

3.3. Os direitos envolvidos: conflito e solução

Um dos problemas na realização da revista de empregados é a compatibilização dos direitos envolvidos. Destaque-se, de um lado, o direito à propriedade do empregador e, de outro, o direito à intimidade e à honra do empregado.

Intimidade e honra restam violados quando o empregado recebe o comando de desnudar-se, total ou parcialmente, quando é tocado, quando a revista se dá de forma vexatória, expondo-o na frente dos

demais funcionários ou dos clientes da empresa, ou, ainda, quando é realizada em apenas alguns funcionários, o que assume caráter discriminatório.

Ocorre que tais direitos, mesmo possuindo a feição de fundamentais, são relativos. A prática já provou isto. O próprio direito à vida, tido como dos mais sublimes, cede em casos de guerra, consoante previsão contida no art. 5º, XLVII, a, da CF/88.

Em caso de choque, utiliza-se uma técnica que se convencionou chamar de ponderação. A solução mais adequada não residi na supressão de um direito fundamental em favor do outro, mas na maior preservação possível de ambos. O objetivo é alcançar um ponto em que os dois direitos possam ser exercidos no seu máximo potencial diante do outro. Ou seja, restrições mínimas, permitindo convivência harmônica mediante concessões recíprocas.

José Affonso Dallegrave Neto elucida que:

Sempre que a prática de um mesmo ato implicar ofensa simultânea a dois direitos fundamentais, a solução deve se pautar na aplicação do Princípio da Proporcionalidade, ocasião em que o Julgador fará um juízo de ponderação a fim de mensurar se a utilização de um meio abusivo é (ou não) capaz de justificar o fim colimado. (DALLEGRAVEE NETO, 2010, p. 64)

O norte da ponderação é princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir sua eficácia no caso concreto, ajudando no estabelecimento de limites. A ponderação é, assim, o meio, enquanto que a dignidade é o fim. Como bem coloca Ricardo Maurício Soares (2010, p. 135/137), a importância desse princípio é “inconteste no atual quadro evolutivo das sociedades humanas, [...] conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais”.

Nesse contexto, vedar irrestritamente a revista é ir de encontro ao esforço de harmonização de direitos efetuados por meio da ponderação. O posicionamento mais equilibrado é aquele que admite a prática, mas desde que respeitados determinados parâmetros.

Observe-se o que diz Antonio Carlos Oliveira:

Não se quer aqui defender uma situação de total permissividade das atitudes invasoras da intimidade e vida privada do empregado. O que se pretende é mostrar que a manutenção do entre empresarial envolve uma série de direitos, todos fundamentais, de empregados e empregadores. O que se pretende é demonstrar que a sobrevivência da empresa se coaduna com os princípios fundamentais da nossa República, com a ordem econômica constitucional e com os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Portanto, se para isso for preciso que haja uma relativização da intimidade e da vida privada do empregado, esta mostra-se justificada e, portanto, a sua defesa incondicional, nesses casos, consubstancia-se em exercício abusivo desse direito. (OLIVEIRA, 2011, p. 95)

Claro fica que a ponderação de interesses surge, assim, para ajudar a se chegar a uma decisão mais justa.

4. A ANÁLISE CASUÍSTICA DO DANO MORAL NA REVISTA E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

No meio de tantas controvérsias, a doutrina tem se esforçado para fornecer parâmetros para a prática de uma revista dentro da razoabilidade. Como exemplo, segue lição de Alice Monteiro de Barros:

[...] a revista deve ser de caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). Geralmente, a revista deverá ser realizada no âmbito da empresa. (BARROS, 2009, p. 78)

Todavia, a forma como a revista é realizada é mais importante que o fato de estar prevista e/ou autorizada pelo obreiro. Observe-se este julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. CIÊNCIA PRÉVIA DA PRÁTICA NOMOMENTO DA CONTRATAÇÃO. Demonstrado que a prática da revista íntima expunha o reclamante ao constrangimento público e à violação de sua intimidade, em conseqüência da revista pessoal vexatória, bem como a ato discriminatório, cabível a indenização por dano

moral postulada. A aceitação da revista íntima pelo empregado não a torna lícita, caso viole sua honra e dignidade, e nem descarta sua pretensão de haver indenização por dano moral. (Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 8ª Turma. RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. CIÊNCIA PRÉVIA DA PRÁTICA NOMOMENTO DA CONTRATAÇÃO. Número do documento: 01510006920095010037, Data de publicação: 2010-12-14, Relator: Alberto Fortes Gil.)

A revista há de ser impessoal, generalizada, ou seja, dirigida a todos os empregados indistintamente, escolhidos a cada exame por critérios objetivos, como sorteio, numeração, ordem alfabética, escala etc. Isso impede que assuma um caráter discriminatório ou degenera a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, CF.

Para isso, no entanto, faz-se imprescindível a observância de outro requisito: que a revista seja feita em local reservado, distante dos olhos dos clientes da empresa, bem como dos demais empregados.

Quando ao desnude, não há, em uma primeira análise, justificativa plausível. Mesmo nos casos em que se admite a revista íntima, exemplificados acima, deve haver um mínimo de respeito ao empregado, preservando-lhe a dignidade.

Sugere-se que a revista seja feita na frente de colega de trabalho que seja, preferencialmente, de confiança do empregado, inclusive para evitar abusos (assédio moral, assédio sexual e, o que é pior, abuso sexual).

A apalpação, por sua vez, a depender do modo que seja feita, pode não ser capaz de acarretar dano moral no empregado. O pensamento, embora choque à primeira vista, deve ser analisado mais detidamente. Pense-se nas revistas feitas corriqueiramente pelos seguranças nas entradas das boates, pelos policiais nas blitzes, pelos seguranças nos aeroportos. Raramente, ou nunca, se cogitou pleitear o recebimento de indenização por danos morais em virtude destas. Uma questão se impõe a título de reflexão: por que na Justiça do Trabalho haveria de ser diferente?

Voltando à possibilidade de abusos no momento da revista, impõe-se que a revista seja feita por pessoa do mesmo sexo, o que traz maior conforto e segurança, mas não é garantia de que esses não ocorrerão.

Registre-se, ainda, que a revista deve ser realizada na saída do trabalho. A revista realizada em outros momentos se justifica, no caso concreto, apenas se houver necessidade (como nas minas, cujo objetivo é evitar a entrada de explosivos que coloquem em risco a estrutura do local e, conseqüentemente, a vida de quem ali trabalhe). Geralmente, a realização de revista em outra ocasião que não a saída tem justificativa na preservação da segurança, não na preservação do patrimônio.

Atente-se também para a necessidade de se realizar apenas os atos estritamente necessários à revista. O exame deve ser breve, não meticuloso. Todas essas observações encontram respaldo em uma máxima, já exarada: nem toda revista é passível de acarretar danos morais, o que vai depender, principalmente, do modo como seja realizada.

Outro ponto é digno de nota. Sílvia Venosa (2010, p. 49), em sua clássica coleção de Direito Civil, pontua que “não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de nenhuma ou pouca sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino”, mas pode-se questionar o motivo. Não teria relevância o modo de sentir da suposta vítima?

A importância deste levantamento está no fato de que generalizar as conseqüências pode ser um risco. Vive-se atualmente em uma sociedade com pudores cada vez menores. O homem médio atual não se constrange tão facilmente quando comparado àquele de décadas atrás, de modo que o contexto social no qual está inserido também deve ser levado em conta.

Resgate-se que o mero desconforto não é indenizável. Ao contrário, exige-se, para a responsabilização civil, o dano efetivo.

O caso concreto, aqui, passa longe ser mero chavão. Como bem pontua Maria Helena Diniz (2011, p. 127), “grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias”.

Exemplo de julgados que analisam tudo ou parte do que foi aventado nesse trabalho seguem abaixo transcritos:

DANO MORAL CARACTERIZADO. REVISTA EM PERTENCES DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO. Para que se configure a responsabilidade pela indenização por danos morais, necessário a existência dos requisitos básicos: ação ou omissão por parte do agente, ocorrência do efetivo prejuízo à vítima, nexo de causalidade entre o evento e o prejuízo e dolo ou culpa do agente. A revista é uma forma de exercício do poder fiscalizatório do empregador no contrato de trabalho, visando à preservação de seu patrimônio, no entanto não é um poder absoluto, eis que não pode ferir a honra, a intimidade, enfim, a dignidade do empregado. Dessa forma, para que tal procedimento se caracteriza como parte do poder potestativo do empregador é necessário que respeite os direitos da personalidade, assim entendidos os direitos próprios da pessoa, incluídos neste qualquer tipo de atentado contra o pudor natural de um indivíduo. [...] (TRT-1 – RO: 00008819720125010035 RJ, Relator: Leonardo Dias Borges, Data de Julgamento: 04/11/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 11/12/2013)

RECURSO ORDINÁRIO. REVISTA DOS EMPREGADOS FEITA COM MODERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INCABÍVEL. As atividades desenvolvidas pela reclamada, voltadas ao comércio varejista de artigos de vestuário, justificam plenamente a fiscalização de seus colaboradores pelo empregador, permitindo que este adote o procedimento de revista, de forma razoável e moderada, de modo a evitar qualquer lesão a seu patrimônio. Recurso da reclamante ao qual se nega provimento. (TRT-2 – RO: 24454420125020 SP 00024454420125020501 A28, Relator: RITA MARIA SILVESTRE, Data de Julgamento: 11/12/2013, 8ª TURMA, Data de Publicação: 19/12/2013)

Uma reviravolta, contudo, está prestes a ocorrer na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. A revista de empregados é objeto de incidente de uniformização, ainda pendente de julgamento, mas, ao que tudo indica, será considerado ilícito qualquer tipo de revista, não só a íntima, mas também a de pertences.

As questões aqui debatidas mostram o equívoco na adoção de tal posicionamento. Toda e qualquer decisão deve ser pautada pela especificidade do caso *sub judice*. A uniformização, se concretizadas as previsões, irá de encontro às hipóteses em que indispensáveis a realização da revista.

5. CONCLUSÕES

É grande, sem sombra de dúvida, o subjetivismo que influencia a formação do juízo sobre a lesão aos direitos fundamentais da personalidade. A própria noção do que seja intimidade, direito da personalidade mais relevante quando se trata de revista de empregados, evoluiu na sociedade, sendo mutante.

No mesmo passo, o Direito avançou e passou a tutelar a esfera moral do indivíduo, do que não escapou a seara trabalhista. Tal avanço representa uma conquista, que deve ser preservada e incentivada, mas sem se deixar contaminar pelo afã do protecionismo cego.

O presente trabalho espera provocar uma reflexão sobre a forma como as indenizações por dano moral têm sido concedidas, destacando-se o caso específico da revista, exemplo que tem sido objeto de diversas distorções pelos julgadores, propondo linhas mais seguras.

Se a revista é eminentemente pessoal e se dá sob a observância de determinados parâmetros, o dano não se presume.

Por tudo isso, extremamente necessária a análise do caso concreto, a investigação da forma como a revista era realizada pelo empregador, para que, só então, se determine o dever de indenizar ou não. E essa análise deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade, que fornecerá os subsídios indispensáveis ao estudo da necessidade da revista, sua adequação ao fim pretendido e a proporcionalidade na sua realização.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A proteção aos direitos humanos de personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro**. Revista Jurídica da Anamatra/ES. Ano 5, nº 09, vol. V, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª Ed., São Paulo, LTr, 2006.
- . **Proteção à intimidade do Empregado**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROS JUNIOR, José Otávio de Almeida. **A revista pessoal e a violação ao direito à intimidade do trabalhador**. Revista LTr. Ano 76, n. 05, maio de 2012, São Paulo, Brasil.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- CAZZARRO, Kleber. **Dano moral na relação de emprego**. Revista Jurídica/Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava. Ano 2, nº 3. Guarapuava, PR, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013.
- DALLEGRAVEE NETO, José Affonso. **O procedimento patronal de revista íntima**. Revista do Advogado. Ano XXX, n. 110, dezembro de 2010. AASP – Associação dos Advogados de São Paulo.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ED., São Paulo: LTr, 2008.
- DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Editora Forense, v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 7: responsabilidade civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DUARTE, Juliana Bracks & TUPINAMBÁ, Carolina. **Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade poder diretivo do empregador**. Revista de Direito do Trabalho. Ano 28, n. 105, janeiro-março/2002. Editora RT.
- FLORINDO, Valdir. **Dano moral e o direito do trabalho**. 4ª Ed. Ver e ampl. Com acórdãos na íntegra. São Paulo: LTr, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando & BRITO, Edvaldo. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, vol. XII, tomo II, 1057.
- MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 37ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.
- OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula de. **Revista pessoal de empregado: exercício, limite, abuso**. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal no direito do trabalho**. 2ª Ed., São Paulo: LTr, 2010. P. 136.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3ª Ed. Ampl., rev. E atual. De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2002.

- _____. **Pequenas e médias empresas têm mais chances de serem furtadas por próprios funcionários, diz pesquisa.** Disponível em <<http://www.lyderis.com.br/dicas-e-negocios-hidden/gestao-de-rh/2243-pequenas-e-medias-empresas-tem-mais-chances-de-serem-furtadas-por-proprios-funcionarios-diz-pesquisa>>. Acessado em 30/11/2015.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **A transcendência da razoabilidade jurídica na constituição do direito.** Parecer anexado aos autos da reclamação trabalhista nº 757-62.2010.5.05.0039.
- PIRES, Michele Itabaina de Carvalho. **Revista íntima no ambiente de trabalho.** Revista Jurídica da Amatra/ES. Nº 07, vol. III, 2006.
- SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **Colisão de direitos fundamentais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19, vol. 76, jul-set/2011. Editora RT.
- SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral: um estudo sobre seus elementos.** Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819>. Acessado em 30/11/2015.
- SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais nas relações de trabalho.** 3ª Ed., São Paulo: LTr, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35 eds. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito.** Salvador: JusPODIVM, 2009.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil da seguradora por dano moral.** Repertório IOB de jurisprudência. 1ª quinzena de junho de 2000. N. 11/2000, caderno 3.
- TAUHATA, Sérgio. **Como evitar roubos por funcionários?** Disponível em <<http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI131064-17157,00-COMO+EVITAR+ROUBOS+POR+FUNCIONARIOS.html>> Acessado em 30/11/15.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Coleção Direito Civil, v. 4.

Direito à proteção da saúde¹

Stela Barbas*

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Direito à saúde e dignidade da pessoa humana. 3 – A problemática da efetivação do direito à saúde. 4 – O direito à saúde e o correlativo dever de proteção da saúde. 5 – Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Parece-me útil começar por reconhecer que o tema “Direito à Proteção da Saúde” numa perspetiva bioética é polémico e que teve algumas dúvidas relativamente ao enfoque da questão. O trabalho poderia ser resumido nos seguintes moldes: o direito à saúde é um direito que está consagrado nas diversas Constituições e em inúmeros Tratados e Convenções Internacionais. É um direito de todos e para todos e o Estado tem o dever de dar acolhimento à máxima constitucional e efetivar este direito. Porém, o Estado não tem meios económicos e financeiros para concretizar a efetivação deste direito que é pertença de todo o ser humano.

A temática poderia, também, ser abordada estritamente do ponto de vista do Direito Constitucional. Todavia, tentarei, neste artigo, circunscrever o tema ao âmbito da Bioética, sem postergar, no entanto, algumas singelas considerações históricas, económico-financeiras, filosóficas e jurídicas. Ou não estaríamos nós em Bioética que se caracteriza, precisamente, pela sua interdisciplinaridade.

No dizer de Nietzsche, a melhor forma de explicar algo é fazer a sua história, ou pelo menos, acrescento eu, uma brevíssima introdução histórica.

1. O presente texto corresponde, com bastantes alterações, à comunicação apresentada pela autora no 12.º Congresso Nacional de Bioética, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Ordem dos Médicos, Salão Nobre da Ordem dos Médicos, Porto, 13 de Janeiro de 2012.

(*) Doutora e Mestre em Direito, Professora Universitária. Jurisconsulta.

Na Idade Média e até ao Século XIX, vigorava uma concepção individualista de saúde, concepção essa que teve o seu expoente máximo no Estado Liberal.

Como todos sabemos, num Estado Liberal – *Laissez faire, laisser passer, le monde va de lui même* – a intervenção do Estado é a menor possível². E o campo da saúde não constitui exceção a esta regra. A ideia precípua é a de que o Estado não deve imiscuir-se na esfera íntima de cada cidadão pondo em causa a reserva da sua vida privada e familiar. O Estado intervém o menos possível em matéria de saúde. A saúde pública não era considerada propriamente uma questão social uma vez que o papel do Estado era pura e simplesmente assistencial.

O Estado circunscrevia o seu campo de ação em matéria de saúde nomeadamente a alguma eventual calamidade pública e a situações de epidemias produto das denominadas enfermidades características da sociedade industrial.

Nesta orientação, o artigo 240.º da Constituição Portuguesa de 1822 determinava que “As Cortes e o Governo terão particular cuidado na fundação, conservação, e aumento de casas de misericórdia, e de hospitais civis e militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos; e bem assim de rodas de expostos, montes pios, civilização dos Índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade.”

A necessidade de tutelar os denominados direitos sociais, designadamente através de serviços fornecidos pelo Estado, deu origem à substituição do Estado Liberal pelo Estado Social. Compete ao Estado Social promover a igualdade material, com distribuição de recursos, meios técnicos e proporcionar iguais oportunidades no acesso à saúde. Para o efeito, o Estado deve abandonar o seu papel passivo e adotar uma postura ativa de forma a assegurar os requisitos mínimos necessários para a prossecução dos direitos fundamentais sociais.

2. Sobre o Estado Liberal cfr., entre outros, TIMOTHY SINCLAIR, *Global governance: critical concepts in political science*, Taylor & Francis, Oxford, 2004; G. MACKENZIE, CALVIN, ROBERT WEISBROT, *The liberal hour: Washington and the politics of change in the 1960s.*, Penguin Group, New York, 2008; SHALINI VENTURELLI, *Liberalizing the European media: politics, regulation, and the public sphere*, Oxford University Press, New York, 1998; PAUL PIERSON, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, New York, 2001.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948³ constituiu um marco fundamental ao consagrar que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

O artigo 11.º da Carta Social Europeia de 1961⁴⁻⁵ cuja epígrafe é precisamente Direito à proteção da saúde estabelece o compromisso de os Estados parte, quer diretamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, tomarem medidas apropriadas tais como serviços de consulta e de educação no que respeita à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido da responsabilidade individual em matéria de saúde bem como prevenir, na medida do possível, doenças epidémicas, endémicas e outras, assim como acidentes. Por sua vez, o artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966⁶ expressamente determina que “os

-
3. Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, pela Resolução 217 A (III), de 10 de Dezembro de 1948, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.
 4. Carta Social Europeia, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em 18 de Outubro de 1961, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, de 24 de Abril, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 179/91.
 5. CARTA SOCIAL EUROPEIA
Artigo 11.º
Direito à protecção da saúde
“Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à protecção da saúde, as Partes comprometem-se a tomar, quer directamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, medidas apropriadas tendentes, nomeadamente:
1) A eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;
2) A estabelecer serviços de consulta e de educação no que respeita à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido da responsabilidade individual em matéria de saúde;
3) A prevenir, na medida do possível, as doenças epidémicas, endémicas e outras, assim como os acidentes.”
 6. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da

Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”⁷.

Com o Estado Social⁸, assistimos, assim, a uma mudança radical na perspectiva do direito à saúde.

2. DIREITO À SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito passou, cada vez mais, a traduzir as dinâmicas próprias de poder e a incluir as diversas esferas no seu seio, como é o caso do

Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, aprovado, para ratificação, pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho, publicado no Diário da República, I Série A, n.º 157/78.

7. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
Artigo 12.º
 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.
 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;
 - b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;
 - c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;
 - d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.”
8. Sobre o Estado Social, cfr., entre outros, J.S. HACKER, *The Battle over Public and Private Social Benefits in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; S.M. JACOBY, *Modern Manors. Welfare capitalism since the New Deal*, Princeton University Press, Cambridge, 1997; R. LEVITAS, *The Inclusive Society*, MacMillan, London, 1998; D. MCCLOSKEY, *Measurement and Meaning in Economics. The Best of Deirdre McCloskey*, Edward Elgar, New York, 2001; L. HANTRAIS, *Social policy in the European Union*, MacMillan, New York, 2000; J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, Paris, 1984; G. ESPING-ANDERSEN, *Politics Against Markets. Social democracy's road to power*, Princeton University Press, Cambridge, 1985; F. WILLIAMS, *Social policy, a critical introduction*, Polity, 2001; A. GIDDENS, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Polity, Cambridge, 1998; TH. MARSHALL, *Citizenship and social class*, Pluto Press, London, 1992.

Estado e da Sociedade. O papel do Direito deixou de ser o de mero protetor do cidadão face a eventuais opressões do Estado para passar a tutelar e promover a nova e diferente relação conjunta entre o Estado e o cidadão, de forma a melhor salvaguardar o grande princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde é, desde logo, um marco decisivo para a delimitação e caracterização e correlativa distinção de uma Constituição Liberal face a uma Constituição de um Estado Social de Direito. Por outras palavras, o direito à saúde passou a estar consagrado como um direito à prestação, isto é, um direito que impõe ao Estado já não apenas um comportamento abstencionista típico de um estado liberal mas sim uma posição ativa, intervencionista. O Estado tem, assim, o dever de promover e assegurar a eficácia do direito à saúde, enquanto direito social.

Porém, para que esta justiça distributiva seja viável é determinante o fator económico.

Como refere o brilhante constitucionalista Paulo Bonavides “O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.”⁹.

As atuais Constituições Portuguesa e Brasileira consagram o direito à saúde respetivamente nos artigos 64.º e 196º a 197º.

O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover¹⁰.

9. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, pág. 200. Cfr., também, do mesmo Autor, *Constituinte e Constituíção: a Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea*, v. 1, Malheiros Editores, São Paulo, 2010; *Teoria do Estado*, Malheiros Editores, São Paulo, 2009; *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

10. Artigo 64.º
Saúde

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado:

A título de exemplo, faço uma alusão à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, no artigo 196.^o, expressamente determina que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. No artigo 197.^o estipula que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”¹¹.

-
- a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
 - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
 - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.
 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.
11. TÍTULO VIII
Da Ordem Social
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÃO GERAL
Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.
CAPÍTULO II
DA SEGURIDADE SOCIAL
Seção I

3. A PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ou seja, e em síntese, atualmente, o Estado tem não só a obrigação de não interferir na esfera de liberdade individual, mas também o dever de proporcionar os meios técnicos e materiais de modo a concretizar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e sociais, tendo sempre subjacente a ideia de que todo o cidadão precisa que o Estado tenha uma função ativa e dinâmica de modo a proporcionar e assegurar o pleno acesso ao grande princípio da igualdade material, protagonizado pelo Estado Social de Direito.

Porém, se assim for, atrevo-me a levantar a questão de saber se, nesse caso, estaremos perante um direito ou um pseudo direito à saúde. Reconheço publicamente que quando a organização do Congresso me propôs este tema pensei sugerir como tema “Direito à Proteção da Saúde. De um Dever do Estado de Proteção da Saúde versus de um correlativo pseudo Direito de todo o ser humano à Saúde?”

À luz do *Welfare State*, o Estado tem não só a obrigação de não interferir na esfera de liberdade individual, mas também o dever de proporcionar os meios técnicos e materiais de modo a concretizar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e sociais, tendo sempre subjacente a ideia de que todo o cidadão precisa que o Estado tenha uma função ativa, dinâmica, participativa de modo a proporcionar o pleno acesso ao grande princípio da igualdade material, protagonizado pelo Estado Social de Direito. Não é suficiente ao Estado enunciar

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Seção II

DA SAÚDE

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

o direito à proteção da saúde, é indispensável tomar medidas para a concretização deste direito. É dever do Estado acionar os meios necessários bem como afastar os inúmeros obstáculos de natureza social e financeira que impedem a efetivação do direito à saúde. É preciso analisar em que moldes as normas constitucionais implementadas pelo Welfare State contribuem para a resolução na prática da problemática em torno do direito à proteção da saúde, assim como, quais as alternativas viáveis que devem ser tomadas para tornar eficaz este direito social?

Entre outras medidas possíveis, cabe ao Estado disponibilizar verbas orçamentais que viabilizem o acesso universal e igualitário em cuidados de saúde; deve adotar políticas de natureza macroeconômica com finalidade de regulação do mercado tais como medidas de política fiscal, instrumentos de política monetária, deve também fomentar políticas sociais de gastos públicos, como por exemplo, dinamizar o sistema de segurança social e o sistema de ação social, redistribuindo, nestes moldes, o rendimento do país e atenuando os caraterísticos défices do mercado.

Posto isto, são muitos os que questionam se o Welfare state não será mera utopia?!...

Parece-me útil frisar que, a área destes direitos é aquela onde, frequentemente, se verifica uma grande discrepância entre o teor da norma, ou se preferível, a disposição normativa e a sua concreta efetivação. Ou seja, e por outras palavras, é certo que a máxima constitucional consagra o direito à proteção da saúde mas qual a natureza destas normas que possibilitam em momento incerto e, por vezes, indeterminado, a concretização desse direito consoante cada circunstancialismo histórico, político, social e económico? Nesta linha de orientação, chamo à colação as interrogações colocadas por Norberto Bobbio, que passo a citar: “Será que nos íamos perguntar alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente

de “direito”? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?”¹². No fundo e na prática, estamos perante uma norma jurídica ou moral?

Houve mesmo quem defendesse que esta norma teria apenas um cariz moral. Assim sendo, existiria somente um dever moral por parte do Estado.

4. O DIREITO À SAÚDE E O CORRELATIVO DEVER DE PROTEÇÃO DA SAÚDE

Numa outra e diferente perspetiva, podemos contra argumentar dizendo que conceber o direito à proteção da saúde como uma pura e simples ‘pretensão’ de cada cidadão face ao Estado seria postergar que estamos na presença de normas consagradas na Constituição que é a Lei que ocupa o topo da hierarquia da pirâmide de todas as normas jurídicas. A Grundnorm defendida por Hans Kelsen¹³.

Com efeito, não podemos cair em radicalismos e desvalorizar *tout court* a função das normas constitucionais. A afirmação de que um preceito constitucional é uma regra moral e não uma regra jurídica implica pôr em causa todo e qualquer sistema jurídico, sistema jurídico esse que é, aliás, alicerçado e sustentado pela própria Constituição.

Estamos na presença de uma norma jurídica e não apenas de uma norma moral. E uma das principais características das normas jurídicas que as permite distinguir das normas morais é a bilateralidade atributiva também denominada de reciprocidade, correlatividade ou alteridade. A um direito corresponde um dever e aquele dever corresponde aquele direito.

Relembro os ensinamentos do jurista e filósofo brasileiro Miguel Reale¹⁴, mais concretamente a sua Teoria Tridimensional do Direito. O

12. NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, Elsevier / Campus, Rio de Janeiro, 2004, pág. 37. Cfr., também, do mesmo Autor, *Da estrutura à função. Novos estudos de Teoria do Direito*, Manole, 2007; *Teoria da Norma Jurídica*, Edipro, 2011; *O Filósofo e a Política*, Contraponto Editora, 2003.

13. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.

14. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito. Teoria da justiça. Fontes e modelos do Direito*, INCM, Lisboa, 2003; Cfr., também, do mesmo Autor, *Filosofia do*

Direito é uma realidade tridimensional pois é simultaneamente facto (conduta humana), norma (tem como função ordenar o facto em função do valor) e o valor (aquilo a que o facto se refere e pelo qual se afere o próprio facto). Facto, norma e valor estão, assim, intimamente relacionados, interligados numa correlação de pendor funcional ou dialético. O Direito apresenta-se ora como facto, ora como norma, ora como valor. O Direito reveste, deste jeito, uma natureza ontológica constituída por três dimensões¹⁵.

Miguel Reale foi objeto de crítica¹⁶. Alegaram que a sua teoria não era original uma vez que essa tridimensionalidade também se verifica nas demais ordens normativas. Com efeito, quer na Religião, quer na Moral existem factos (condutas, comportamentos), normas (por exemplo, no Catolicismo refiro o *Codex Iuris Canonici*) e valores. E também na Religião, na Moral e nos usos sociais existem deveres.

Miguel Reale responde à crítica de que foi alvo sustentando que só a norma jurídica tem a característica da bilateralidade atributiva¹⁷.

É de uso social que quando encontramos uma pessoa conhecida a cumprimentemos. Porém, não temos o correlativo direito de exigir ser cumprimentados.

Direito, Saraiva, São Paulo, 2002; *Fundamentos do Direito*, Revista dos Tribunais, 1972; *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1992; *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, São Paulo, 2000; *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1978; *Direito Natural e Direito Positivo*, Saraiva, São Paulo, 1984; *Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1998; *Fontes e Modelos do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1994; *Introdução à Filosofia*, Saraiva, São Paulo, 1994; *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, Saraiva, São Paulo, 1996; *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, Saraiva, São Paulo, 1999.

15. ANTÔNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e Valor do Direito*, INCM, Lisboa, 2006, págs. 103-105; Miguel Reale, *historiador das ideias*, *Rev. Brasil. Fil.*, nº 176, Out-Dez 1994, págs. 387-389.
16. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1966, págs. 115-128.
17. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, Ob. Cit., pág. 403, sustenta que "A razão de medir do Direito não se polariza em um sujeito ou no outro sujeito, mas é transubjetiva. A relação jurídica apresenta sempre a característica de unir duas pessoas entre si, em razão de algo que atribui às duas certo comportamento e certas exigibilidades. O enlace objetivo de conduta que constitui e delimita exigibilidades entre dois ou mais sujeitos, ambos integrados por algo que os supera, é o que chamamos de bilateralidade atributiva. A essência do fenômeno jurídico é dada por esse elemento que não se encontra nas outras formas de conduta."

Ao passo que na ordem jurídica, e dou o simples exemplo de uma compra e venda. A compra um bem a B, A tem o dever de pagar o preço e o correlativo direito de exigir a entrega do bem. Por sua vez, B tem o direito de exigir de A o pagamento e o respetivo dever de entregar o bem. Daí a referida característica da bilateralidade atributiva, correlatividade, reciprocidade ou alteridade.

As Constituições ao consagrarem o direito à proteção da saúde impõem, assim, ao Estado o correlativo dever de dar cumprimento à máxima constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como esclarece Paulo Bonavides, o direito à saúde (como os demais direitos sociais) teve “tradicionalmente a sua juridicidade questionada, sendo remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos individuais que enunciam as liberdades básicas.”¹⁸. Atualmente e de modo particular em sistemas constitucionais como o português e o brasileiro imbuídos da “primazia da dignidade da pessoa humana”, não se afigura “consistente qualquer tentativa reducionista”, ou se preferível, redutora de “afastar” o direito à proteção da saúde “da categoria dos direitos” sociais, subtraindo” a sua “plena” aplicação e “prejudicando, assim, o efetivo exercício da cidadania”¹⁹.

Nesta linha de pensamento, quero, ainda, referir que a dignidade humana²⁰ é uma qualidade intrínseca de cada ser humano, expoente máximo do direito à saúde. E cabe, precisamente, ao Estado assegurar a todas as pessoas, sem qualquer espécie de discriminação,

18. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 518, citado por RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, Saraiva, São Paulo, 2010, pág. 153.

19. RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, Ob. cit., pág. 153.

20. STELA BARBAS, *Morte e Dignidade Humana numa Perspectiva Jurídica*, in «Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida», Coord. Rui Nunes, G. Rego, I. Duarte, Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2009, págs. 81-92.

as condições existenciais mínimas necessárias para uma vida saudável²¹.

Mas, para o efeito, o Estado necessita de verbas financeiras que possibilitem a implementação dessas políticas, sem as quais esses direitos transformar-se-iam em meras utopias, sem qualquer efetivação prática e que feririam, poriam em causa princípios e valores fundamentais inerentes a um Estado Social de Direito como é o caso da Justiça.

Como salienta Ricardo Maurício Soares, “a dignidade da pessoa humana não somente expressa a autonomia da pessoa que caracteriza os direitos individuais, vinculada à ideia de autodeterminação na tomada de decisões fundamentais à existência, como também, requer prestações positivas do Estado, especialmente quando fragilizada ou ausente a capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo.” O direito à proteção da saúde está, deste modo, inteiramente direcionado “para a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos,” tendo como principal objetivo, em última instância, a “tutela da pessoa humana em face das necessidades de ordem material, com vista à garantia de uma existência digna.” Deste jeito, o direito à saúde enquanto direito social promove, ou se preferível, potencia um “projeto de emancipação e de afirmação da dignidade” da pessoa humana ao proporcionar e dinamizar a “transição da cidadania do plano jurídico-formal” para o campo concreto, real, efetivo das relações de natureza sócio-económicas “sem a qual não se realiza o direito justo”²².

O direito à proteção da saúde é pressuposto essencial para a vida e para a existência da dignidade humana.

21. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, págs. 59-60.

22. RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, Ob. cit., pág. 155.

Jurisdição constitucional e efetividade do direito à saúde: as experiências francesa e brasileira

Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes*

Sadraque Oliveira Rios**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os direitos fundamentais à luz da Teoria do Estado Constitucional Democrático e da Teoria dos Princípios; 3 O Direito à Saúde no sistema jurídico francês; 4 O Direito à Saúde no sistema jurídico brasileiro; 5 A efetividade do Direito à Saúde no Brasil; 6 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este capítulo objetiva compreender o Direito à Saúde como direito fundamental, à luz das contribuições da Teoria do Estado Constitucional Democrático e da Teoria dos Princípios¹, recorrendo à distinção entre o Direito da Saúde ou Direito Sanitário e o Direito à Saúde na doutrina francesa, fazendo-se uma leitura baseada em referenciais

1. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e Tradução Luís Afonso Heck. 3.ed. rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

(*) Pós-Doutora em Direito Internacional da Saúde pelo l'Institut du Droit de la Paix et du Développement – Faculté du Droit – Université Nice Sophia Antípolis. Doutora e Mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito de Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Administração da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Sanitarista e Advogada. E-mail: <vmendes@ufba.br >.

(**) Doutorando em Administração pela Universidade Federal da Bahia. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Especialista em Direito Público. Membro do Comitê Executivo Estadual baiano do Fórum Nacional de Saúde do CNJ.

brasileiros sobre a temática. Para tanto, é realizada uma análise descritiva e crítica do estado da arte, sendo conjuntamente analisados autores que defendem perspectivas antagônicas, a exemplo da reserva do possível *versus* a intangibilidade do mínimo existencial.

Muito se tem publicado sobre a efetividade do Direito à Saúde e a judicialização deste direito no Brasil. Contudo, a maioria dos estudos busca embasamento teórico no Direito Econômico ou na Teoria dos Jogos, que interpreta a decisão judicial em prol do cidadão como uma ação de “efeitos nocivos”², ou mesmo naqueles que afirmam haver “uma tendência à construção de decisões judiciais fundadas em conteúdo valorativo a partir da consciência do próprio Magistrado”³. Assim, neste capítulo, enfoca-se a contribuição da Teoria do Estado Constitucional Democrático e da Teoria dos Princípios para a efetividade do Direito à Saúde, considerando sua aplicabilidade em dois sistemas de saúde que possuem como similaridades serem sistemas públicos, de acesso universal e influenciados por um direito administrativo de base comum, mas que apresentam resultados distintos, principalmente no que se refere à ausência de judicialização da saúde no sistema francês, e investimentos públicos diferenciados, além da jurisdição una no direito brasileiro e da jurisdição administrativa no direito francês.

A saúde é tratada como um direito social, esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em correspondência à temática no sistema de saúde francês, à luz do pós-positivismo. Inicialmente, discutem-se os direitos fundamentais à luz da Teoria do Estado Constitucional Democrático e da Teoria dos Princípios. Em seguida, apresentam-se as distinções entre Direito da Saúde e Direito à Saúde no sistema jurídico francês e brasileiro. Por fim, é

-
2. ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 16, n. 57, p. 88-94, maio./ago. 2012. p.91. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1592/1569>>. Acesso em: 26 out. 2016.
 3. PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, p.1938-1968, 3º quadrim. 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 29 dez./2016.

abordada a efetividade do Direito à Saúde no Brasil como decorrência do neoconstitucionalismo, considerando-se as competências dos entes federados e o gasto público com saúde.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA TEORIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O surgimento dos direitos fundamentais está relacionado com o constitucionalismo, que limita os poderes estatais e também os do legislador. O marco histórico na defesa de direitos básicos dos cidadãos está na primeira Constituição escrita da humanidade, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, muito embora não existisse originalmente, nesta Constituição, referência aos direitos fundamentais.

Em 1985, Alexy elaborou a sua teoria dos direitos fundamentais, com base na tipologia das “normas jurídicas”, cujas espécies são as regras e os princípios. Tal teoria é importante dado o caráter assumido pelos Direitos Fundamentais em face da sua positivação nas constituições e da “necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que se dava justamente pela vagueza das formulações dos catálogos desses direitos”⁴.

O núcleo dos direitos fundamentais se embasa no direito à liberdade e à igualdade, daí porque todos os demais direitos fundamentais são ou casos especiais desses dois direitos ou meios necessários para assegurá-los, sendo a igualdade fática considerada como o direito a um mínimo existencial⁵. É sobre este mínimo existencial e a saúde como direito constitucionalmente assegurado, tanto na França como no Brasil, e operacionalizado mediante a Política de Saúde, que é abordada a efetividade deste direito nos dois países.

4. AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. p.124. Disponível em: <file:///C:/Users/Vera/Documents/A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20entre%20regras%20e%20princ%C3%ADpios%20SEGUNDO%20ALEXY.pdf >. Acesso em: 24 dez. 2015.

5. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*, p. 34.

Para Alexy⁶, os direitos fundamentais são a parte nuclear do constitucionalismo discursivo no Estado Constitucional Democrático, sendo assim definidos por ele: “direitos fundamentais são a relação dos direitos fundamentais para com os direitos do homem, a democracia e a jurisdição constitucional”. Os direitos do homem apresentam como características serem universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais. A característica moral faz com que os direitos do homem tenham um caráter suprapositivo ou um ideal universal, o que os diferencia dos direitos fundamentais, sendo estes considerados como os que foram acolhidos pelas constituições com a finalidade de positivá-los.

O positivismo, estágio do conhecimento humano, sustenta a ligação entre ciência e juízos de valor, sob o pressuposto de que a ciência é a apreensão objetiva da realidade, enquanto os juízos de valor detêm um caráter subjetivo e pessoal⁷. No entanto, o método científico depurado e formal se mostrou insuficiente para compreender os dilemas contemporâneos, como aqueles que abrangem os direitos fundamentais, a formulação e a implantação de Políticas Públicas. Assim, um conjunto difuso e ainda inacabado de reflexões sobre justiça e igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, assume a denominação de “pós-positivismo”, como designação provisória e genérica de um novo ideário científico⁸, em que se redefinem as relações entre valores, instituições, princípios e regras.

A contestação do postulado positivista de separação entre direito, moral e política não é para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a importância de tratá-los como espaços articulados e que se influenciam mutuamente⁹.

Alexy¹⁰, um dos principais integrantes da Escola da Nova Retórica e do pós-positivismo, reconhece que existem inúmeros problemas que

6. Id., *ibid.*, p.10.

7. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone, 1995.

8. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

9. Id., *ibid.*

10. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*, p.102.

não são resolvidos pelos direitos fundamentais, mas pela política ou pela moral, e afirma: “quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói”.

Política, direito e moral são conceitos polissêmicos, mas, para fins deste capítulo, entende-se como política pública “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”¹¹. Isso significa que o que o governo¹² escolhe não fazer, poderá ser feito pelo mercado (e no caso da Política de Saúde, o art. 199 da CRFB/88 assegura que “a assistência à saúde é livre a iniciativa privada”) ou pode ser obrigado a fazer, com a intervenção do Poder Judiciário (que obriga a uma prestação positiva tanto o SUS como os Planos de Saúde). Dessa forma, entra-se no direito que, na ótica do positivismo, está relacionado com a coercibilidade, correspondendo às regras sociais que o homem em sociedade só cumpre de forma obrigatória ou forçada. A moral, diferentemente do direito, diz respeito às regras sociais que se cumprem de maneira espontânea, definindo um comportamento do que é certo daquilo que não é. Alexy¹³ define o direito como o resultado da relação de três elementos: legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material.

Sob a égide da Teoria do Discurso no Estado Constitucional Democrático, Alexy ainda defende o ponto de vista de que esta tríade, formada pela legalidade, eficácia e correção material, por si só é essencial para o positivismo jurídico, mas, para ele, é a dimensão ideal ou discursiva que se apresenta como primordial na definição de direito, sendo a pretensão de correção material, o fundamento dessa teoria, dado que a pretensão de correção está unida com o direito. É, pois,

-
11. DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1984.
 12. Entende-se governo como conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, a quem incumbe o exercício do poder político. Por sua vez, o Estado capitalista é compreendido como o aparato legal e organizacional, garantidor da propriedade privada e dos contratos, detentor de patrimônio e de fluxo financeiro originado dos impostos, obtendo com isso a legitimidade do seu pacto fundador. O Estado é constituído pelo governo, burocracia pública, força policial e militar e ordenamento jurídico impositivo. (WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: EdUnB, 1999. v. 1).
 13. ALEXY, Robert. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-35. Disponível em: < http://ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/XV_sem_int_dc-e3.pdf >. Acesso em: 23 dez./2016.

precisando o que é correto que se trata a Teoria do Discurso como teoria procedimental da correção prática, sendo este um procedimento de argumentação, que precisa ser racional e válido ou correto para justificar que a institucionalização da jurisdição constitucional é melhor do que a sua ausência¹⁴.

A Teoria dos Princípios de Alexy é o ponto de partida, não só para criticar as teses positivistas de separação entre direito e moral, mas para mudar substancialmente a ciência do direito. Neste sentido, ao distinguir regras e princípios, o autor contribui para constituir a base da justificação jusfundamental, aspecto primordial na solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, conforme ressalta Bustamante¹⁵. Nas regras, o conflito é solucionando, introduzindo-se uma exceção que a elimina ou a declara inválida. A colisão de princípios é resolvida mediante a relação de precedência condicionada, que significa considerar o caso concreto, indicando as condições nas quais um princípio precede ao outro, importando assim as condições sobre as quais se pode produzir uma lesão a direito fundamental, e isso se dá de modo argumentativo e racional.

Para Alexy¹⁶, são os limites e as possibilidades da racionalidade discursiva que levam à necessidade do direito e, assim, à união do fático ou institucional com o ideal ou discursivo nos diferentes planos jurídicos. A teoria do discurso parte do pressuposto de que o direito necessariamente promove uma pretensão de correção, cujos exemplos paradigmáticos estão no juiz e no poder legislativo, que têm o poder de criar, interpretar, aplicar e impor uma pretensão de correção.

Nesse mesmo texto, Alexy denomina o poder legislativo como “dador” de leis e afirma que estes não podem criar um sistema de normas que seja tão perfeito a ponto de que cada caso seja solucionado pela simples subsunção (forma de aplicação da regra) da descrição do fato sob o tipo de uma regra; admite a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas e, em casos especiais, a possibilidade de se decidir contra o texto de uma norma,

14. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*, p. 165.

15. BUSTAMANTE, 2002, apud AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**, *op. cit.*, p.126

16. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*, p.20.

declarando-a como inválida, seja retirando do ordenamento jurídico, ou então, inserindo-a como uma exceção à regra.

Diferentemente das regras, que são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam categoricamente, ou são retiradas do ordenamento jurídico, os princípios são mandamentos de otimização e, portanto, objeto de ponderação. Assim, os princípios não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima facie*, e só a ponderação leva do dever *prima facie* ideal ao dever real e definitivo. Alexy¹⁷ adverte que os direitos fundamentais são essencialmente relacionados com a ideia de individualismo, que exige uma medida máxima de liberdade individual, ainda afirmando que, geralmente, direitos ilimitados de uns só são possíveis de efetivar “à custa de direitos individuais de outros e/ou bens coletivos”¹⁸. Contudo, para o autor, o princípio da proporcionalidade pode superar essa barreira. Em relação ao Direito à Saúde no Brasil, esta é uma questão que divide as opiniões entre os que defendem e os que criticam a judicialização.

O princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão baseia-se, além da ponderação, no princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado e no princípio da necessidade desse meio. Os princípios parciais da proporcionalidade elencados por Alexy¹⁹ resultam da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais, e estas, do princípio da proporcionalidade, pois, segundo o referido autor, este é o meio para a solução de colisões de direitos fundamentais. A aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais significa que, “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam”²⁰. Dito isso, o autor refuta as críticas de mera discricionariedade do Judiciário ao julgar as demandas referentes ao não cumprimento dos direitos fundamentais,

17. ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. p.71. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

18. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*, p. 165.

19. *Id.*, *ibid.*, p.67.

20. *Id.*, *ibid.*, p.68.

esculpidos nas Constituições pelo Poder Legislativo, que, convém lembrar, é o formulador das Políticas Públicas.

Dado que os direitos fundamentais, na vertente nacional, podem colidir, o princípio da proporcionalidade pede que essa colisão seja solucionada por ponderação (*balancing test*), que se insere na teoria do discurso jurídico racional da jurisdição constitucional. No centro dessa teoria, encontra-se a relação entre a jurisdição constitucional e o parlamento, pois a aplicação das leis depende precisamente de processos discursivos e institucionais. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos dão sentido em razão do dever de fundamentação e precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos destinatários²¹.

Alexy²² também enfrenta teoricamente o problema de que os direitos fundamentais sejam considerados democráticos e não democráticos. Para o autor, o tribunal constitucional, como guardião dos direitos fundamentais, está acima do parlamento como representante do povo. Essa representação é somente argumentativa e, como tal, deve ser melhor que o parlamento e existir apenas se tiver uma argumentação jurídico-constitucional racional. O problema da racionalidade coloca-se aqui quando houver colisão de direitos fundamentais.

A colisão de direitos fundamentais é tratada por Alexy²³ em sentido amplo, configurando, portanto, as colisões de direitos fundamentais com os bens coletivos: “Bens coletivos não são só, naturalmente, adversários de direitos individuais. Eles também podem ser pressuposto ou meio de seu cumprimento ou fomento”. A saúde pode ser tanto um bem individual como um bem coletivo, sendo tratada pelo Direito Sanitário ou Direito da Saúde, conforme distingue

21. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

22. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, *op. cit.*

23. ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**, *op. cit.*, p.71.

Forges²⁴, como um bem coletivo, indivisível e não quantificável. Já o Direito à Saúde é, para o autor, um bem individual. É dever do Estado proteger os direitos de seus cidadãos, o que o obriga a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem, contudo isso não é possível sem colisão com o direito à liberdade e/ou à segurança.

A efetividade dos Direitos Sociais em geral e da Saúde em particular apresenta poucos problemas quando há um equilíbrio econômico em que todos os cidadãos e suas famílias dele são dotados suficientemente, como é o caso da França. Quando isso não ocorre, como no Brasil, em que há uma abissal diferença entre os mais ricos e os mais pobres, os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Para Alexy²⁵, para que isso se materialize, o Estado, por impostos ou outras contribuições, consegue o dinheiro que é necessário para atender ao mínimo existencial dos pobres. Contudo, os impostos não são cobrados somente para atender aos postulados estatal-sociais, não sendo assim, para o autor, conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção.

Outra forma de dar efetividade aos direitos sociais fundamentais é transferir o cumprimento para as custas de terceiros. São exemplos: as férias remuneradas, o estabelecimento de uma carga horária de trabalho máxima, a proteção do locatário com a promulgação de prescrições que dificultam o aviso de saída ou limitam as possibilidades do aumento de aluguel²⁶. Entretanto, é o mercado quem decide sobre a efetividade desses direitos, pois, para os que não encontram emprego, tais direitos sociais não têm significado fático, tratando-se, então, de um direito social condicional. Isso não pode ser o caso do Direito à Saúde, que está relacionado com o bem maior que é a vida humana.

Para solucionar a problemática da colisão de direitos fundamentais, Alexy²⁷ argumenta que “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de outro, de alguma maneira

24. FORGES, Jean-Michel de. **Le droit de la santé**. 8^{ème} ed. Paris: Que sais-je?, 2012.

25. ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**, *op. cit.*, p.72.

26. ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**, *op. cit.*, p.72.

27. *Id.*, *ibid.*, p.73.

limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. Para tanto, é necessário observar a força vinculativa dos direitos fundamentais e, como afirma o autor²⁸:

Em um sistema jurídico que conhece a separação dos poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala a favor disto, de qualificar como "juridicamente vinculativas" somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, possa ser verificada por um tribunal, que são, portanto, justiciáveis. É ideal, quando esta verificação, em última instância, é deixada a cargo de um tribunal constitucional, porém, também possível que ela caiba somente na competência dos tribunais profissionais.

Alexy²⁹ conclui que a melhor solução do problema da colisão dos direitos fundamentais advém da Teoria dos Princípios, pois esta é capaz de estruturar racionalmente os direitos fundamentais e apresentar soluções para os problemas teórico-constitucionais, porém depende de possibilidades jurídicas e fáticas. Já a Teoria das Regras apresenta um único caminho: validade ou não validade (modo final de aplicação *all-or-nothing*), de forma que, para uma Constituição como a brasileira de 1988, a qual apresenta numerosos direitos fundamentais, “sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão para declarar todas as normas não plenamente cumpríveis [...], mas como meras proposições programáticas”, e acrescenta³⁰:

A Teoria dos Princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão **sob uma reserva do possível** no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema de colisão, mas também uma do problema da vinculação. (Grifos nossos).

28. *Id., loc. cit.*

29. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n.217, p.55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/Vera/Downloads/47413-93381-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

30. ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, *op. cit.*, p.69.

No que se refere à vinculação jurídica, Alexy³¹ acrescenta:

A todas as tentativas de desagrarar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.

Na ótica pós-positivista, a Teoria dos Princípios é procedimental dos direitos fundamentais, pois se baseia em critérios de racionalidade, e se combina com a Teoria do Discurso e a Teoria da Argumentação. Assim, a Teoria dos Princípios tem importante papel na garantia dos direitos fundamentais, numa época em que estes se ampliam, mas sua satisfação, mediante a implementação de Políticas Públicas, pode torná-los Normas Programáticas.

Entre suas várias contribuições teóricas, Alexy³² reabilita a razão prática ao buscar, nos procedimentos, regras de argumentação capazes de dar respostas racionais aos *hard cases*, repelindo, desse modo, as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico, enfatizando, ainda, a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico, dando aos princípios um valor normativo. Com isso, derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário, e afirma³³: “tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”. Sua preocupação era

31. *Id.*, *ibid.*, p.74.

32. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático; op.cit.; e ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, op. cit.

33. AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. p.124. Disponível em: < file:///C:/Users/Vera/Documents/A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20entre%20regras%20e%20princ%C3%ADpios%20SEGUNDO%20ALEXY.pdf >. Acesso em: 24 dez. 2015.

determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada nos princípios.

Seguindo o raciocínio da lógica pós-positivista, Soares³⁴ afirma que a desconfiança de todo discurso unificante é o marco característico do pensamento pós-moderno. Assim, o direito pós-moderno é prospectivo, o que exige do legislador a elaboração de leis marcadamente abertas, flexíveis aos modelos normativos e, portanto, adaptáveis à sociedade do século XXI. E prossegue o douto jurista, citando Tepedino³⁵, para quem o século XX foi marcado como a Era dos Direitos, deixando para a ciência jurídica uma situação incômoda, por não assegurar plena efetividade à consecução desses direitos, principalmente quando se refere aos direitos fundamentais. Disso advém a afirmativa de Soares³⁶ de que o fenômeno jurídico pós-moderno valoriza a dimensão discursivo-comunicativa, de modo que os juristas podem procurar as significações do direito nas interações comunicativas, cujo principal instrumento é a linguagem e suas interpretações.

De fato, o mundo é transformado pelo ser humano a partir da interpretação. Contudo, adverte o referido autor, nem todas as linguagens são iguais, citando o Direito como uma linguagem de poder, com a responsabilidade adicional “de fazer não só o seu próprio mundo, mas também o daqueles onde muitos outros podem viver”³⁷. Nesse contexto, a retórica assume papel crucial, como processo de argumentação, convencendo a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer. Assim, o relativismo pós-moderno abre oportunidades para se consolidar em um saber hermenêutico. É sobre o pensamento pós-positivista que se cristalizam o novo modelo interpretativo do raciocínio jurídico e a jurisdição constitucional como guardião da saúde como direito de todos e dever do Estado brasileiro.

34. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.50

35. TEPEDINO, 2002, apud SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, op.cit.

36. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, op.cit.

37. *Id., ibid.*, p.53.

Nesse diapasão, é imperioso citar Rawls³⁸, que também lança luzes sobre o pós-positivismo, por meio da revalorização da razão prática, reentronização de valores na interpretação científica, formação de uma nova hermenêutica e reconhecimento da diferença qualitativa dos princípios em relação às regras³⁹. Isso inova na medida em que se consideram os princípios como fontes primárias do direito.

Além da “viragem metodológica”⁴⁰ da Ciência do Direito, há o resgate da razão prática que simboliza a *Kantische Wende* (“virada kantiana”), isto é, a renovada influência de Kant no debate científico contemporâneo⁴¹, em que o uso da razão servirá ao estabelecimento de padrões racionais à ação humana, fundamentando racionalmente princípios de moralidade e de justiça e se opondo à razão cientificista, teórica, que rotula esse discurso como mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle⁴².

Com efeito, o ideário constitucionalista moderno reconhece que a Constituição não é um documento estritamente político, ou seja, um convite à realização de Políticas Públicas com uma dependência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, sem qualquer interferência do Poder Judiciário⁴³, mas um feixe superlativo de normas jurídicas dotado de aplicabilidade imediata. Essa nova visão compõe a base do “Estado Principlológico”⁴⁴ e a progressiva flexibilização da rigidez lógico-formal em favor das exigências de justiça distributiva e dos imperativos de racionalidade material⁴⁵.

38. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Frank Lovett. Porto Alegre: Penso, 2013.

39. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...**, *op. cit.*

40. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

41. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.5.

42. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...**, *op. cit.*

43. BARROSO, Luis Roberto (Org.) **A Reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

44. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios...**, *op. cit.*

45. KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão compa-

Sabe-se que o fato de ter esculpido, na Carta Magna, um determinado direito, mesmo que se trate dos Direitos Fundamentais, isso não significa a garantia do seu cumprimento pelo Poder Executivo. No caso do Direito à Saúde como um Direito Fundamental de natureza social, a sua efetividade encontra respaldo na Teoria do Estado Constitucional Democrático, na Teoria dos Princípios e no pós-positivismo principiológico⁴⁶. Em síntese, é sobre o pensamento pós-positivista que se cristaliza o novo modelo interpretativo do raciocínio jurídico contemporâneo, o qual serve de suporte teórico para este capítulo, que, a seguir, trata a saúde como direito fundamental no sistema jurídico da França e do Brasil.

3. O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO FRANCÊS

A saúde está no centro de um conjunto de relações jurídicas, de natureza pública e privada, que envolve várias áreas do direito. Inicialmente, há que se esclarecer que, na França, se diferencia o Direito da Saúde ou Direito Sanitário (*le droit de la santé*) e o Direito à Saúde (*droit à la santé*). O primeiro resulta da tomada de consciência da dupla concepção no que se refere à saúde nos aspectos coletivo e individual. O aspecto coletivo decorre de que a eficácia da prevenção depende de recursos públicos (isolamento em casos de doenças contagiosas, vacinação obrigatória) e em razão dos custos elevados dos hospitais modernos. O aspecto individual decorre do progresso técnico da medicina curativa e da sua prática liberal, fundada na ideia de um contrato entre um profissional e um cliente, em que cada indivíduo quer acesso aos mais modernos métodos de diagnóstico e tratamento que a ciência possa disponibilizar, independente dos seus custos.

Assim, o que se chama de Direito da Saúde resulta da tomada de consciência da evolução coletiva e pública de uma parte e também individualizada de outra parte, mas nem sempre perceptível para o usuário, dada a impossibilidade de tornar a utilização deste serviço público divisível e quantificável. É o caso quando se consomem

rativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n.144, p.239-260, out./dez. 1999.

46. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, op. cit

produtos ou se utilizam serviços que são prestados pelas vigilâncias sanitárias, evitando-se a propagação de doenças ou a circulação de produtos ofensivos à saúde humana.

O Direito à Saúde está entre os direitos subjetivos e sociais. A Organização Mundial da Saúde (OMS), criada no pós-Segunda Guerra Mundial, em 22 de julho de 1946, fixou o objetivo de “levar a todos os povos o nível de saúde mais elevado possível”. De igual maneira, o artigo 25-1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, afirma que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde”. A Carta Social Europeia, de 18 de outubro de 1961, no seu art. 11, relaciona às condições econômicas, ambientais e sociais o exercício efetivo do direito à proteção da saúde. Trata-se assim de um direito relativo, cuja efetividade depende do nível de vida dos indivíduos e dos povos⁴⁷.

Para Forges⁴⁸, em face dessas proclamações internacionais, há a tentativa de se definir o Direito da Saúde ou Sanitário “como o conjunto de regras jurídicas aplicáveis à implantação do Direito à Saúde” (grifos nossos). Contudo, o autor admite que estas não são suficientes para justificar o Direito da Saúde, por duas razões: a primeira é que, quanto à clássica definição de saúde da OMS como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não só a ausência de doença”, além de esta ser subjetiva, o seu uso sem reservas tende a abordar o conjunto dos direitos sociais, negando as especificidades do Direito à Saúde. A segunda é porque o Direito à Saúde se operacionaliza mediante várias instituições e mecanismos, como a Seguridade Social e a Assistência Social. Assim, o Direito da Saúde ou Sanitário se distingue do Direito à Saúde por sua autonomia em relação a essas disciplinas, suas características e seu princípio de unidade funcional, que o define como “o conjunto de regras aplicáveis às atividades, cujo objetivo é proteger e prevenir as degradações”⁴⁹ (grifos nossos).

Desse modo, o Direito da Saúde não tem por objetivo remediar as desigualdades sociais ou econômicas, interessando-se igualmente pelos ricos e pobres, mesmo que as regras aplicáveis a um e outro não

47. FORGES, Jean-Michel de. **Le droit de la santé**, *op. cit.*

48. *Id.*, *ibid.*, p.6.

49. *Id.*, *ibid.*, p.7.

sejam idênticas. No entanto, o autor adverte que, apesar das características do Direito da Saúde, seria arbitrário emprestar a esse direito um sistema autônomo de fontes hierárquicas, na medida em que o Direito à Saúde é tido como um direito subjetivo, uma dívida do indivíduo para com sociedade, pois o sistema de saúde é financiado pela sociedade, de modo que as fontes constitucionais e legislativas devem ser identificadas e respeitadas⁵⁰. Na França, observa-se a garantia de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, o que pode evitar a judicialização do Direito à Saúde. Além disso, a Jurisdição não é Una e o Direito Administrativo tem como principal fonte a Jurisprudência, tornando-o mais flexível e adaptável às mudanças, sendo o Conselho de Estado determinante na adaptação do direito.

No que se refere ao Direito à Saúde como um direito fundamental, a *Lex Mater* francesa vigente é a de 1958 e inclui três importantes documentos em seu conteúdo. No Preâmbulo, reafirma o compromisso do povo francês com os direitos humanos e os princípios de soberania nacional, conforme definido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e os direitos e deveres estabelecidos na Carta do Meio Ambiente de 2004.

Os direitos assegurados pela Constituição Francesa incluem aqueles reconhecidos pelo Conselho Constitucional ou pelos Tribunais Comuns e estão nas normas de controle que lhes tenham sido submetidas. Os direitos reconhecidos têm especificidades do ponto de vista da sua natureza e de suas características. Quanto à natureza, esses direitos variam entre os clássicos e as liberdades e os direitos sociais e os de solidariedade. Quanto às características, estas frequentemente possuem métodos de proteção diferentes.

O Direito à Saúde encontra-se no âmbito dos direitos sociais e de solidariedade, sendo referenciado no Art. 1º da Carta Ambiental de 2004, que afirma: “Toda pessoa tem o direito de viver em um ambiente equilibrado e respeitoso à saúde”. No Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, incorporado à Constituição de 1958, e reconhecido pelo Conselho Constitucional em 18 de janeiro de 1978, tem-se que a Nação:

50. FORGES, Jean-Michel de. **Le droit de la santé**, *op. cit.*

Garante a todos, inclusive à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, proteção da saúde, segurança material, descanso e lazer. Qualquer ser humano que, devido à sua idade, estado físico ou mental, situação econômica, se encontre incapaz de trabalhar tem o direito de obter da comunidade os meios de subsistência adequados.⁵¹

Apesar dessa garantia, reconhece-se ainda o valor jurídico dos princípios aplicados em matérias médicas como a liberdade de escolha do médico pelo paciente e a liberdade de prescrição do médico. Esses princípios são de valor legislativo no que toca aos princípios da Seguridade Social.

Na Constituição Francesa, o Direito à Saúde é tratado na relação com o meio ambiente e está sempre referido ao direito social. Além disso, na França, o Direito à Saúde é minuciosamente tratado no Código da Saúde Pública, que possui 4.431 páginas e é sempre atualizado (última atualização em 1º de janeiro de 2016). No capítulo preliminar que trata do Direito das Pessoas, o Art. L1110-1 afirma:

O direito fundamental à proteção da saúde deve ser implantado por todos os meios disponíveis **em benefício de todas as pessoas**. Os profissionais, os estabelecimentos e as redes de saúde, os organismos de seguro doença ou outros organismos participantes da prevenção e cuidados e as autoridades sanitárias contribuem, com os usuários no desenvolvimento da prevenção, garantindo o **igual acesso de cada pessoa aos cuidados necessários ao seu estado de saúde e assegura a continuidade dos cuidados a melhor segurança sanitária possível**. (Grifos nossos)

Ainda o Código de Saúde Pública, no seu artigo L 6112-1, amplia a missão dos serviços públicos, incluindo: a permanência de cuidados; a prestação de cuidados paliativos; o ensino universitário e pós-universitário; a pesquisa; o desenvolvimento profissional continuado dos médicos; a formação inicial e o desenvolvimento profissional continuado de obstetrias e do pessoal não médico e a pesquisa dentro de seus domínios de competências; a ajuda médica urgente; a luta contra exclusão social, as ações de saúde pública, o cuidado de pessoas

51. FRANCE. **Constitution de la République Française**. Texte intégral présenté par Ferdinand Mélin-Soucramanien. Paris: Éditions Dalloz, 2014. p. 40. Tradução nossa para fins deste trabalho.

hospitalizadas sem o seu consentimento; os cuidados aos detentos e a pessoas retidas nos centros de retenção administrativa e nos centros médico-judiciários de segurança⁵².

Além de a França possuir ampla e atualizada legislação, sendo a última datada de 26 de janeiro de 2016, que trata da modernização do seu Sistema de Saúde, observa-se que este é planejado e descentralizado, sendo a Agência Regional de Saúde (ARS), criada em 21 de julho de 2009, encarregada de administrar todos os componentes do Sistema Regional de Saúde e de Segurança Social. A Lei de 13 de agosto de 2004 criou a Haute Autorité de Santé – HAS (Alta Autoridade de Saúde), que avalia a utilidade médica dos serviços e produtos reembolsados pelo seguro social, formula recomendações independentes quanto ao reembolso desses produtos e serviços, desenvolve as boas práticas profissionais e credencia os estabelecimentos de saúde⁵³.

No sistema jurídico francês, o Estado é o principal responsável pelo planejamento, organização e gestão do sistema de saúde, garantindo o interesse público e cumprindo o que está definido nos marcos regulatórios. O Ministério do Trabalho, Emprego e Saúde é diretamente responsável pela saúde pública na França, mas estão também envolvidos no desenvolvimento de Políticas de Saúde, o Ministério da Solidariedade e Coesão Social e o Ministério de Finanças, sendo o Seguro de Saúde ("L'Assurance Maladie") responsável pela gestão de riscos, sendo parceiro do Estado na organização dos cuidados. No que concerne ao acesso aos serviços de saúde, a Lei de 2004 sobre o seguro de saúde redefine a organização da prestação de cuidados, controle médico e gastos com saúde. Em particular, ela introduz o conceito de programas de cuidados com a declaração de que, para cada segurado, deverá existir um médico responsável pela atenção à sua saúde, sendo que o percurso do usuário no sistema de saúde depende do encaminhamento desse profissional, com exceções para algumas especialidades, a exemplo da psiquiatria.

52. MOQUET-ANGER, Marie-Laure. **Droit Hospitalier**. 4^{ème} ed. Issy-les-Moulineaux: Lextenso editions, 2016. p. 88

53. CRÉMADEZ, Michel. A gestão estratégica dos hospitais na França: balanço e perspectivas. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.15, n.5, p.2285-2296, 2010. p.2288. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500004 >. Acesso em: 24 out.2016.

O Sistema de Saúde francês é financiado em grande parte pelo Estado, no qual o maior responsável é o Seguro Nacional de Saúde do Governo. Cerca de 80% dos gastos com saúde são cobertos por ele e quase 60% da capacidade hospitalar da França é pertencente ao governo, além de que todos os hospitais universitários são públicos. A maior parte dos médicos que trabalha no setor privado tem seus rendimentos retirados dos fundos de seguro financiados por recursos públicos, uma vez que o sistema também paga por parte do seguro social dos médicos que estão regulares em relação às taxas governamentais.

Na França, o Sistema de Saúde se caracteriza por uma grande complexidade, referente à convivência entre profissionais de saúde de estatuto liberal e operadores institucionais privados e públicos, dotados de importantes graus de liberdade. Sua necessidade de coordenação dá origem às redes de cuidados coordenados, que são redes compostas por profissionais que participam do atendimento e de uma célula, responsável pelo processo de concepção do serviço e comunicação entre os profissionais envolvidos. Essas redes estabelecem parcerias com os hospitais, buscando maior eficácia, mediante a gestão do percurso de pacientes⁵⁴.

Os hospitais têm um peso considerável no Sistema de Saúde francês, pois representam mais de cinquenta por cento do orçamento do seguro social. Seus diretores não são médicos, mas profissionais formados pela Escola dos Altos Estudos em Saúde Pública ou pelas Escolas de Administração, exceto nos Centros Regionais de Luta Contra o Câncer⁵⁵.

Objetivando racionalizar a oferta de cuidados hospitalares e limitar a concorrência entre estabelecimentos públicos e privados, além de facilitar o acesso da população aos serviços, o legislador tem progressivamente submetido esses estabelecimentos à autorização administrativa, à certificação obrigatória e ao planejamento estratégico quantitativo e qualitativo do conjunto de cuidados hospitalares ofertados⁵⁶.

54. CRÉMADEZ, Michel. **A gestão estratégica dos hospitais na França...**, *op. cit.*

55. CRÉMADEZ, Michel. **A gestão estratégica dos hospitais na França...**, *op. cit.*

56. MOQUET-ANGER, Marie-Laure. **Droit Hospitalier**, *op. cit.*, p. 139.

Observa-se que a França tem um sistema público de saúde de caráter universal, altamente planejado e regulado, e o cidadão francês tem o seu Direito da Saúde e à Saúde respeitado, sendo o Sistema de Saúde responsável pelo percurso do paciente nos serviços, conforme sua necessidade de saúde e não seu poder econômico. Assim, na França, a efetividade do Direito à Saúde dispensa a judicialização.

4. O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o Direito à Saúde é constitucionalmente assegurado na CRFB/88 como direito fundamental comum a todos sem distinção, tendo o Estado o dever de garantir o acesso aos serviços de saúde, pois se trata de uma condição essencial, considerando-se os princípios do direito à vida e ao mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Direito à Saúde está disposto nos artigos 6º e 196º a 200º da CRFB/88 como um direito social, a ser garantido por meio de políticas, que assegurem o acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos. Regulamentando o Direito à Saúde, o art. 3º da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080, de 1990, estabeleceu que a saúde tem como “fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. A norma reconhece ainda a influência, sobre a saúde, de ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. A saúde resulta da ação multi-institucional que envolve serviços de vários órgãos públicos – e não só o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde. Assim, sua garantia depende de uma Política de Estado que atue de forma integrada, Contudo, na prática, o que se observa é a fragmentação da Política de Saúde.

A prestação de serviços de saúde pode ser enfocada não apenas na perspectiva do sujeito de direito, ou seja, do cidadão como credor do dever constitucionalmente imposto ao Estado, como também na perspectiva das condições de oferta, pois a demora no atendimento a esse direito pode ter consequências graves, sendo que, quando o Poder Público é omissivo, tal conduta pode acarretar um aumento

desnecessário nos custos para o tratamento e/ou ressarcimento das complicações daí advindas.

A Carta Magna definiu como princípios doutrinários do Sistema Único de Saúde (SUS): universalidade, equidade, integralidade, hierarquização, descentralização e participação popular. Além disso, engloba o acesso a serviços que, de alguma forma, contribuam com a promoção de uma vida saudável. No Art. 199, admite que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e define:

1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

[...]

3º – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.⁵⁷

Contudo, o parágrafo 3º foi alterado com a Lei nº 13.097/ 2015, que trata da abertura ao capital estrangeiro na oferta de serviços à saúde e modifica o artigo 23 da Lei nº 8080/90, passando à seguinte redação, *in verbis*:

É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos: I – doações de organismos internacionais vinculados à ONU, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos; II – pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: a) Hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínicas especializadas; b) ações e pesquisas de planejamento familiar; III – serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.⁵⁸

57. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

58. BRASIL. Governo Federal. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 jan. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm >. Acesso em: 15 abr. 2015.

Observa-se que mudanças na Lei Orgânica da Saúde foram introduzidas no sentido de aproximar os serviços de saúde do mercado e do capital privado internacional. Apesar de o Direito à Saúde ser esculpido na CRFB/88, os recursos públicos destinados à área da saúde, pelo Estado, são limitados e não compatíveis com a demanda abrangida pelo SUS, principalmente quando se trata de um país de dimensões continentais como o Brasil. Isso torna, de certa forma, a efetivação de tal direito extremamente complexa, considerando a probabilidade, nessas circunstâncias, de ocorrência de omissões na prestação desse direito fundamental por parte do Estado.

A presença de gastos privados com serviços de saúde não é novidade no Brasil. Em 2006, o setor privado representou 54,7% do total do gasto com serviços de saúde. Essa distribuição do gasto com saúde, com predominância do gasto privado, assemelha-se ao perfil de gastos em países como o Chile, EUA e México, cujos sistemas de saúde não contemplam o acesso universal e integral, como o Brasil (Quadro 1). Em países que possuem um sistema de saúde com as características do SUS, a exemplo do Reino Unido, Canadá, Espanha e França, o gasto público é majoritário, variando entre 70% e 85,7% do gasto total⁵⁹.

QUADRO 1

PERCENTUAL DO GASTO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO GASTO TOTAL EM SAÚDE EM PAÍSES SELECIONADOS

País	Percentual
Cuba	86,8
Reino Unido	85,7
Suécia	85,2
Costa Rica	78,8
Alemanha	78,2
França	76,3

59. SOARES, Adilson; SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 18-25, jan./mar. 2014, p.22.

País	Percentual
Itália	75,1
Espanha	71,3
Canadá	69,9
Portugal	69,7
Chile	48,8
Argentina	48,6
México	46,4
Brasil	45,3
Estados Unidos	44,6

Fonte: Organização Mundial da Saúde (2006).

Quando se analisa o percentual do PIB nos gastos totais em Saúde, tem-se que, em 2006, o Brasil gastou 7,7 % do PIB, sendo que 3,34% corresponderam ao gasto público. Na França, nesse mesmo ano, o gasto total foi de 10,50%, sendo que 2,32% corresponderam ao gasto privado. Ainda na França, em 2012, o gasto total aumentou para 11,19 % do PIB e os gastos privados foram apenas 2,48%⁶⁰.

Gastos e competências são aspectos que se relacionam. O art. 23, II, da CFRB/88 define que “é competência comum dos entes da Federação [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Isso quer dizer que a responsabilidade pela saúde é linear e solidária dos entes federativos. Contudo, a Lei Orgânica da Saúde define as competências da União, Estados, Municípios e Distrito Federal

A Lei nº 8.080/90, em seu art. 16, define como competências da União: formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; participar da formulação e na implementação das políticas; participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgãos afins;

60. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Financiamento da saúde**: Brasil e outros países com cobertura universal. Brasília, 2013 b. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/Ntn12de-2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf> >. Acesso em: 12 nov./2016.

estabelecer e executar normas de vigilância de portos, aeroportos e fronteiras; controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse da saúde. O art. 17 estabelece como competências dos Estados: promover a descentralização para os Municípios; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do SUS; coordenar em caráter complementar as ações da União; identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional e trabalhar em caráter suplementar à União nas suas diversas atribuições. Já no art. 18 da referida Lei, estão estabelecidas as seguintes competências dos Municípios: planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços de saúde pública; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; formar consórcios administrativos intermunicipais; gerir laboratórios públicos e hemocentros; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde.

No Brasil, quem define a Política de Saúde é o Ministério da Saúde, considerando a Agenda de Saúde e o perfil epidemiológico da população, porém, por ser um Estado federado, a gestão do SUS é compartilhada entre Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde; Conselhos de Saúde (estadual e municipal), Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), Conselhos de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS), Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

No que se refere ao orçamento, a Emenda Constitucional N. 29/2000 estabeleceu que os Estados são obrigados a destinar 12% das receitas para a saúde, os Municípios, 15% e o Distrito Federal, entre 12% e 15%, a depender se a receita for originária de imposto estadual ou municipal. Até 2014, não existiam valores fixados para a União quando a Lei Complementar n. 141 definiu no seu art. 5º:

A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata

o *caput* não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.⁶¹

A avaliação da efetividade de uma Política Pública indica se o projeto tem efeitos positivos no ambiente no qual interveio, em termos técnicos, econômicos, socioculturais, institucionais e ambientais. No Brasil, a efetividade da Política de Saúde pode ser avaliada a partir do comportamento dos gastos em saúde, mantendo-se um alinhamento de política entre os diferentes períodos. Estudo realizado por Soares e Santos (2014) sobre a participação dos entes federados com gasto público com saúde, de 1990 a 2012, revela que houve declínio da participação dos gastos da União e aumento da participação dos Estados e dos Municípios (Quadro 2). O perfil encontrado não corresponde ao que está impresso na CRFB/88 como um sistema de acesso universal. Longe disso, apesar de ter uma Constituição que se aproxima do Sistema de Saúde francês, quando se analisa o perfil do gasto público brasileiro com saúde, observa-se que se aproxima mais do sistema privado de saúde americano.

A tendência de queda acentuada da participação proporcional do governo federal nos gastos com saúde se manteve ao longo de todos os períodos. Paradoxalmente, enquanto a Constituição impõe, nos âmbitos estadual e municipal, a execução de ações e serviços de saúde⁶², a distribuição da carga tributária brasileira concentra as receitas na esfera federal. Para piorar a situação, quando é desencadeado o processo judicial, geralmente é o município que tende a ser acionado, na pessoa do seu Secretário Municipal de Saúde.

61. BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 2012.

62. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, *op. cit.*

QUADRO 2

GASTO PÚBLICO COM SAÚDE, PARTICIPAÇÃO DOS ENTES FEDERADOS. BRASIL, 1990 A 2012

PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL			
Anos	União	Estados	Municípios
1990	74,38	13,52	12,10
2000	58,60	20,20	21,20
2010	44,97	26,77	28,26
2012	45,80	25,31	28,89

Fonte: Soares e Santos (2014).

Quando se cruzam informações sobre o direito à saúde em um sistema de acesso universal e cuidados integrais, com os gastos públicos destinados à efetivação desse direito, observa-se uma impossibilidade fática, que resulta na judicialização da Saúde como alternativa aos cidadãos para terem seu direito atendido. Nessa realidade, a Teoria dos Princípios, a ponderação e proporcionalidade são instrumentos utilizados pelo juiz na tomada de decisão nos processos referentes à judicialização da saúde.

Para explicar possíveis motivos das dificuldades de evolução dos gastos públicos com saúde no Brasil, autores como Mendes⁶³ argumentam que se deve, em parte, ao compromisso do governo federal em fazer superávit primário para pagamento da dívida pública, sacrificando os gastos com saúde, descumprindo o que está na CRFB/88 no que se refere ao Direito à Saúde.

A seguir, analisa-se a judicialização como um meio empregado para a efetivação do Direito a Saúde no Brasil. A história da saúde pública brasileira é marcada pelo movimento da Reforma Sanitária, que resultou na inserção da saúde como direito de todos e dever do Estado, criando-se o SUS para atender todos de forma universal e gratuita, sem distinções. Há que se reconhecer que, com a implementação do SUS, houve avanços significativos decorrentes do advento de uma série de políticas impactantes na atenção básica, com redução da

63. MENDES, 2012, apud SOARES, Adilson; SANTOS, Nelson Rodrigues dos. **Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma**, *op. cit.*

mortalidade infantil, aumento da cobertura vacinal, acesso a procedimentos de média e alta complexidade e possíveis efeitos na melhoria da qualidade de vida dos brasileiros.

5. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Quando uma sociedade acredita que as instituições não são mais capazes de resolver seus problemas, os conflitos tendem a se acirrar. Como observa Hirschl⁶⁴: “A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas que uma democracia pode se envolver”. No Brasil, isso se tem evidenciado no crescimento das demandas judiciais em relação às Políticas Sociais em geral e, em particular, no que se refere aos serviços de saúde.

De acordo com Majone⁶⁵, o envolvimento dos tribunais na execução das Políticas Públicas é consequência do Estado Regulador, pois, “quando a administração direta é substituída por relações contratuais [...] já não é mais possível resolver disputas através de canais hierárquicos”. Afirma ainda o autor que, na Europa, o crescimento da regulação também deu aos tribunais um novo papel em relação às Políticas Públicas, tendo os tratados e as leis comunitárias precedência sobre o direito internacional e efeitos sobre os Estados-membros. Para Verbicaro⁶⁶, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade que outorga ao Poder Judiciário brasileiro, notadamente ao Tribunal Constitucional, uma posição de destaque à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, facilita a judicialização da política no Brasil.

No Brasil, a partir da década de 90, o cenário da implementação da Política de Saúde tem disposto de um novo e peculiar sujeito: o juiz. Mas a judicialização dos direitos à saúde ganha importância prática

64. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. USA: Harvard University Press, 2004. p.2

65. MAJONE, Giandomênico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 1, p.5-36. jan./mar. 1999. p.23.

66. VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n.2, p. 389-406, jul./dez. 2008.

porque envolve não só os operadores do direito como também os gestores públicos, os profissionais da área e a sociedade civil.

Neste sentido, o fenômeno denominado de judicialização da saúde pública tangencia o paradigma teórico clássico da separação dos poderes, em sua vertente sistêmica de freios e contrapesos, para ressignificar o controle de um Poder, no caso, o Judiciário, em face da autonomia dos demais Poderes no exercício de suas funções típicas.

No bojo das discussões tratadas acima sobre a Teoria dos Princípios de Alexy, é possível afirmar que a judicialização de políticas, como a de saúde, constitui a nova feição do Judiciário nas Democracias Constitucionais, marcadas pela imbricação entre o conteúdo da democracia e a efetivação de valores essenciais ao homem.

Contudo, a judicialização da Política de Saúde possui duas faces que se relacionam de modo conflituoso.

A CRFB/88 erigiu à categoria de princípio fundamental a inafastabilidade da jurisdição, em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Através dessa norma, tornou-se, em regra, amplo e irrestrito o direito de propor ações judiciais.

Além disso, os artigos 6º, 196 e seguintes da CFRB/88, ao enunciarem o direito fundamental à saúde, reconhecem-no como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, o qual conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (dever do Estado), executada “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Além do mais, a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde.

Esses argumentos são afluentes da proteção à saúde como vetor do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana⁶⁷ e, para os defensores da judicialização neste segmento, legitimam a atuação do

67. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002..

Judiciário quando este impõe à Administração Pública o cumprimento de prestação material em saúde, na hipótese de omissão/desrespeito ao mandamento constitucional em apreço⁶⁸.

Inobstante a relevância do Judiciário para a efetividade da Política de Saúde no Brasil, as decisões judiciais neste setor têm representado um forte ponto de tensão perante gestores da Política de Saúde.

Consoante estudo de Wang *et al.*⁶⁹, os efeitos para o sistema são deletérios, pois:

Geram um acesso desigual ao SUS, porquanto aqueles que litigam têm a possibilidade de acesso a um elenco mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto os demais cidadãos dispõem somente do que está previsto nas políticas (lesão ao princípio da igualdade da assistência, artigo 196 da CF/88 e artigo 7º, IV, da Lei n. 8.080/1990).

Causam um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, sobrecarregando o ente que tiver menor disponibilidade orçamentária no conjunto (lesão ao princípio da descentralização político-administrativa, artigo 198, I, da CF/88 e artigo 7º, IX, da Lei n. 8.080/1990).

Essa preocupação – comum a todos os entes federativos – foi quantificada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde⁷⁰, em estudo que identificou a evolução do montante despendido na respectiva pasta ministerial, ano a ano, para cumprimento de decisões judiciais relativas à aquisição de medicamentos, de equipamentos e de insumos e a outras prestações materiais em saúde.

68. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

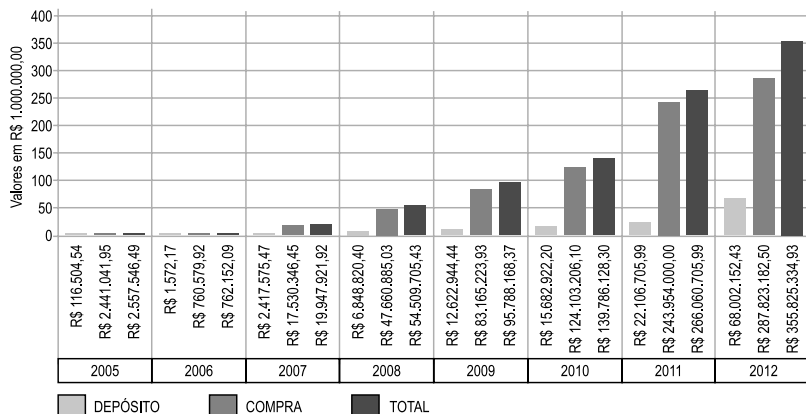
69. WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v.48, n.5, p.1191-1206, set./out. 2014.

70. BRASIL. Câmara dos Deputados. Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Financiamento da saúde**: Brasil e outros países com cobertura universal. A participação estatal no financiamento de sistemas de saúde e a situação do Sistema Único de Saúde – SUS. 2013 a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013.Financiamentoda_SadeBrasileOutrosPaísesV.Prel..pdf>. Acesso em: 1º dez. 2014..

De acordo com o Gráfico 1, em 2005, o gasto total foi de R\$..... R\$ 2.557.546,49, ao passo que, em 2012, aumentou para R\$ R\$ 355.825.334,93, ou seja, um aumento de mais de 142% em sete anos⁷¹.

GRÁFICO 1

EVOLUÇÃO DO MONTANTE DESPENDIDO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS. BRASIL, 2005 - 2012



Fonte: Brasil (2013 a).

Insta ressaltar que a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde esclareceu que, em referidos valores, não foram incluídas despesas indiretas com o procedimento, tais como publicação em *Diário Oficial*, pagamento de transportadora para entrega da medicação em domicílio, seguro para o transporte do medicamento e, quando for o caso, custos com a importação, entre outras.

Para ilustrar, o contrato de transporte aéreo (necessário para a entrega da medicação na residência do paciente) custou, em 2010, o valor de R\$ 962.333,88, enquanto, em 2012, aumentou para R\$ 1.965.435,39⁷². Além do mais, não estão contabilizados os custos do próprio Judiciário.

71. *Id., ibid.*

72. BRASIL. Câmara dos Deputados. Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Financiamento da saúde...**, *op. cit.*

Esses dados permitem inferir que, em virtude da escassez dos recursos – lição comezinha em economia⁷³ –, aliada à complexidade das escolhas no campo da saúde, qualificadas pelos juristas norte-americanos Calabresi e Bobbitt⁷⁴ como *tragic choices*, a judicialização dessa política pode, em médio prazo, conduzir o SUS (e, por consequência, outras políticas públicas) ao colapso.

Nota-se que, sob a leitura dos gestores públicos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um modelo de ampla descentralização de competências legislativas, fiscais e administrativas⁷⁵, transferindo aos Estados e aos Municípios a responsabilidade pela implementação de uma série de Políticas Públicas.

Por esse viés, a Política de Saúde alcançou um significativo êxito em institucionalizar a descentralização proposta na CRFB/88 (artigo 198), em virtude, sobretudo, da força e capilaridade do movimento sanitarista, da importância desse grupo nos debates da Assembleia Nacional Constituinte e da capacidade de indução do Ministério da Saúde⁷⁶.

Em conformidade com a Lei n. 8.080/1990, formou-se um planejado sistema de gestão da Política de Saúde (rede regionalizada e hierarquizada de serviços), necessário à estrutura federativa brasileira⁷⁷, possibilitando a divisão de atribuições conforme a capacidade de cada esfera de governo. Houve, portanto, uma preocupação em se organizar o SUS de forma a, em regra, atribuir as Políticas de Saúde que demandem mais recursos (financeiros e humanos) e melhor infraestrutura

73. NAPOLEONI, Claudio. **Curso de economia política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

74. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

75. SILVA, Virgílio Afonso. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (Org.). **Administração pública**: coletânea. Brasília: Editora Unesp; Enap, 2011.

76. ARRETCHE, Marta T. S. **Estado federativo e políticas sociais**: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

77. DOURADO, Daniel de A.; ELIAS, Paulo E. Regionalization and political dynamics of Brazilian health federalism. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 1, p. 204-211, fev. 2011.

para os entes com maior capacidade de provê-las, quais sejam, os Estados e o governo federal⁷⁸.

Entretanto, esses argumentos, centrados na ideia de limitação do orçamento público à vista do custo de implementação de direitos e a não interferência do Judiciário no campo da formulação e execução de Políticas Públicas, detêm baixa permeabilidade no Judiciário, tornando-se crescente a atuação política do magistrado na alocação de recursos da saúde para cumprimento de demandas judicializadas.

Assim, o problema ganha maior relevância em um contexto permeado por fatores que contribuem para elevar, ainda mais, os custos com sistemas de saúde, tais como: envelhecimento populacional, incorporação tecnológica, difusão da informação, novos padrões de consumo e interesses corporativos.

Seguramente, a garantia de reivindicar no Judiciário a prestação de saúde, não obtida perante o Executivo, insere-se no domínio das “cláusulas pétreas” (artigo 60, §4º, IV, da CF/88), não sendo passível de Emenda Constitucional que vise à supressão. Inclusive porque, à míngua de políticas de promoção e proteção da saúde (artigo 196 da CF/88), sob responsabilidade do poder público, as ações de recuperação encontram-se sobrecarregadas e mostram-se, no todo, ineficazes para garantir a saúde em sua inteireza, fazendo com que a deficiência de efetividade do comando constitucional possa ser combatida no Judiciário.

Neste horizonte de dilemas postos, o debate aqui apresentado revela que, no Brasil, um dos principais fatores que está inviabilizando o SUS é o subfinanciamento da Política de Saúde e não a judicialização. O desafio para mudar essa situação passa pela importância de compreender os processos formativos do cidadão brasileiro para definir seu relacionamento normativo com o rol de direitos sociais conquistados na CRFB/88 e sob a tutela do Estado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo compreender a efetividade do direito à saúde como direito fundamental na França e no Brasil, à luz das contribuições da Teoria do Estado Constitucional Democrático e

78. WANG, Daniel Wei L. et al. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo...**, *op. cit.*, p.: 20.

da Teoria dos Princípios de Alexy. A partir desses referenciais foram apresentados os conceitos de direitos fundamentais, direitos do homem e jurisdição constitucional no âmbito de compreensão do sentido e alcance do Direito da Saúde, numa perspectiva coletiva, e do Direito à Saúde, no âmbito individual.

A Teoria dos Princípios ajuda a compreender os dilemas trazidos pela abrangência do Direito à Saúde, entendido como um direito individual e sua colisão com os direitos coletivos, cuja migração para o SUS se traduz na colisão do princípio da universalidade com os gastos limitados. Esse dilema, quando trazido para o Judiciário, é enfrentado com base na lei da proporcionalidade cujo núcleo edificante é a ponderação.

Observou-se que, não obstante, Brasil e França serem países que preveem sistemas universais de saúde, pelas peculiaridades de organização administrativa, formas de financiamento e atuação do segmento privado, aproxima-se mais o sistema de saúde brasileiro do modelo norte-americano do que do próprio sistema francês. Assim, por exemplo, quando se analisa o percentual do PIB nos gastos totais em Saúde, tem-se que, em 2006, o Brasil gastou 7,7 % do PIB, sendo que 3,34% corresponderam ao gasto público. Na França, nesse mesmo ano, o gasto total foi de 10,50%, sendo que 2,32% corresponderam ao gasto privado; em 2012, o gasto total francês aumentou para 11,19% do PIB, e os gastos privados foram apenas de 2,48%⁷⁹.

Neste cenário paradoxal, que apresenta, de um lado, um arcabouço normativo que prevê a universalidade e a integralidade de acesso aos serviços de saúde, e, de outro, um baixo financiamento público desses serviços, associado à grave desigualdade social existente e à fragmentação na execução das políticas públicas de saúde, não resta alternativa ao cidadão brasileiro para dar efetividade a seu Direito à Saúde, senão requerer a atuação incisiva do Poder Judiciário à salvaguarda da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA. Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 16, n. 57, p. 88-94,

79. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Financiamento da saúde**: Brasil e outros países com cobertura universal. Brasília, *op. cit.*

- maio./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1592/1569>>. Acesso em: 26 out. 2016.168p.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e Tradução Luís Afonso Heck. 3.ed. rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n.217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: < file:///C:/Users/Vera/Downloads /47413-93381-1-PB.pdf >. Acesso em 23 dez./2016.
- ALEXY, Robert. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-35. Disponível em:< http://ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/XV_sem_int_dc-e3.pdf>. Acesso em: 23 dez./2016.
- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 2 jan. 2017.
- AMORIM , Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: < file:///C:/Users/Vera/Documents/A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20entre%20regras%20e%20princ%C3%ADpios%20SEGUNDO%20ALEXY.pdf >. Aceso em: 24 dez. 2016.
- ARRETCHE, Marta T. S. **Estado federativo e políticas sociais**: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____(Org.) **A Reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Lei Orgânica da Saúde). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990.

_____. Emenda constitucional n.º29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 set. 2000. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cfdistra.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Financiamento da saúde: Brasil e outros países com cobertura universal**. A participação estatal no financiamento de sistemas de saúde e a situação do Sistema Único de Saúde – SUS. 2013 a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. **Financiamento da saúde: Brasil e outros países com cobertura universal**. Brasília, 2013 b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>>. Acesso em: 12 nov./2016.

_____. Governo Federal. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 jan. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015

- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- COSTA, Frederico L. da; CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.37, n.5, p.969-92, set./out. 2003.
- CRÉMADEZ, Michel. A gestão estratégica dos hospitais na França: balanço e perspectivas. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.15, n.5, p.2285-2296, 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500004 >. Acesso em: 24 out.2016.
- DOURADO, Daniel de A.; ELIAS, Paulo E. Regionalization and political dynamics of Brazilian health federalism. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 1, p. 204-211, fev. 2011.
- DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1984.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.16. ed.São Paulo: Atlas, 2000.
- FRANCE. **Constitution de la République Française**. Texte intégral présenté par Ferdinand Mélin-Soucramanien. Paris: Éditions Dalloz, 2014.
- FORGES, Jean-Michel de. **Le droit de la santé**. 8^{ème} ed. Paris: Que sais-je? 2012. 127p.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**.USA: Harvard University Press, 2004.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- MAJONE, Giandomênico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 1, p.5-36. jan./mar. 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOQUET-ANGER., Marie-Laure. **Droit Hospitaluier**. 4^{ème} ed. Issy-les-Moulineaux: Lextenso editions, 2016. 524p.
- NAPOLEONI, Claudio. **Curso de economia política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal**. Relatório Mundial de Saúde. 2013. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf>. Acesso em: 1^º nov. 2014.

- PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, p.1938-1968, 3º quadrim. 2014. Disponível em: < www.univali.br/direitoeopolitica >.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Frank Lovett. Porto Alegre: Penso, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (Org.). **Administração pública**: coletânea. Brasília: Editora Unesp; Enap, 2011.
- SOARES, Adilson; SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 18-25, jan./mar. 2014.
- SOARES, Marcos Antônio Strique; LIMA, Priscila Rosa. Decisão Judiciária: estudo do pensamento de Robert Alexy. *Revista de Direito Público*, Londrina, V. 7, N. 2, P. 3-16, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10681/11271>>. Acesso em: 25 dez.2016.
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.5.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n.2, p. 389-406. jul./dez. 2008.
- WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v,48, n.5, p.1191-1206, set./out. 2014.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: EdUnB, 1999. v. 1

Produção gráfica:

Couto Coelho - Editora Paginae

Tels.: (71) 3494-4384 / 99915-5969

E-mail: coutovsk@yahoo.com.br

