



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Auditorium



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;

Carmen Sílvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;

Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Oswaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Cláudia Regina Affonso, Colégio Pedro II, CPII, Brasil;
Daniel Francisco Nagao Menezes, Universidade Presbiteriana Mackenzie, MACKENZIE, Brasil;
Débora Alessandra de Souza, Faculdade Maria Thereza, FAMATH, Brasil;
Graciane Rafisa Saliba, Faculdade de Pará de Minas, FAPAM, Brasil;
Jamil Bergamaschine Mata Diz, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil;
Jefferson Falcão Sales, Secretaria de Educação do Estado do Ceará, SEDUC, Brasil;
Marcos Antônio Andrade, Faculdade Maria Thereza, FAMATH, Brasil;
Rubens Beçak, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, FDRP-USP, Brasil;
Simone Rodrigues Batista Mendes, Instituto Insikiran, Universidade Federal de Roraima (UFRR), Brasil;
Zildence Matias Guedes Maia, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte, IFRN, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Marcos Filipe Moreira Silva (estagiário de Letras/AREV)

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ
Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.
Telefone: (21) 3261-6405
revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio
Telefone: (21) 3261-6405
apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.fjrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 8** **JURISDIÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO**
Nicolau de Albernaz Maldonado
- 40** **EM BUSCA DO ELEMENTO ESSENCIAL NA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO SEU CONCEITO**
Alexandre Cesar dos Santos
- 71** **REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO, A QUALIDADE DE VIDA E O ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO**
Amanda Pereira Risso Saad, Graciele da Silva, Ady Faria da Silva, Michel Canuto de Sena, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos
- 85** **POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA AGRICULTURA FAMILIAR**
José Ferreira Leão, Katia Eliane Santos Avelar, Maria Geralda de Miranda
- 106** **TERRA E TERRITÓRIO EM UMA ANÁLISE DECOLONIAL**
Cláudio Lopes Maia, Nile William Fernandes Hamdy

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 57ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada "*Estudos Jurídicos*", divulgando ao público artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

O artigo **Jurisdição Judicial Internacional no Direito Internacional Contemporâneo** pretende explorar o sentido de jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo, sobretudo em contraste com a acepção tradicional do conceito.

Em busca do elemento essencial na estrutura da norma jurídica para a caracterização do seu conceito aborda o tema estrutura da norma jurídica, com o fim de diferenciá-la das demais normas sociais, a partir da Teoria do Fato Jurídico, a qual defende que os elementos essenciais da estrutura da norma jurídica são o suporte fático e o preceito.

Reflexões sobre o direito das pessoas com transtorno do espectro do autismo, a qualidade de vida e o acesso ao mercado de trabalho tem como objetivo central verificar, por meio do estado da arte, as possibilidades e as ferramentas para a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho.

Em **Políticas públicas voltadas para agricultura familiar** buscou-se abordar aspectos teóricos dessas políticas públicas e destacar leis federais e programas, bem como leis municipais, que regulamentam essa atividade econômica.

No artigo **Terra e território em uma análise decolonial** é apresentada uma análise acerca do conceito de território como elemento descolonizador para a autonomia dos povos originários, relevando os aspectos do Bem Viver.

Agradecemos a todos que participaram do processo como autores ou como avaliadores e também a toda a equipe editorial da revista. Desejamos a todos uma ótima leitura. Para publicar na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-Auditorium, consulte as normas da revista.

Os Editores

JURISDIÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

Nicolau de Albernaz Maldonado¹

Resumo: O artigo pretende explorar o sentido de jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo, sobretudo em contraste com a acepção tradicional do conceito. Para tanto, primeiro se estabelecerá o significado de jurisdição e sua relação com função judicial exercida num ordenamento jurídico. Com esse arcabouço, é possível contextualizar as discussões que marcaram o desenho da jurisdição de forma judicial no direito internacional e a formatação institucional construída no início do século XX, materializada primeiramente na Corte Permanente de Justiça Internacional. A formatação não é estática e incólume ao desenvolvimento. Na atualidade, além da Corte Internacional de Justiça, há diversos outros órgãos concebidos para desempenho da função judicial no direito internacional. Além desses, há ainda a circunstância em que tribunais nacionais exercem jurisdição internacional. Da análise desses desenvolvimentos, elabora-se um estudo que visa mapear o contraste entre a jurisdição judicial internacional tradicional com a existente na atualidade, indicando-se possíveis novas evoluções teóricas e práticas.

Palavras-chave: Jurisdição Internacional. Função Judicial. Direito Internacional contemporâneo.

Abstract: The article aims to explore the meaning of international judicial jurisdiction in contemporary international law, especially in contrast with the concept's traditional meaning. To that effect, first the meaning of jurisdiction will be established and its relation with the judicial function exercised in a legal system. With that framework, it is possible to contextualize the discussions surrounding the international law design of jurisdiction in its judicial form and the institutional template built at the beginning of the XXth Century, materialized at first with the Permanent Court of International Justice. The template is not static and unaffected by development. Currently, beyond the International Court of Justice, there are various bodies conceived for the exercise of the judicial function in international law. From the analysis of such developments, the study aims to map the contrast between traditional international judicial jurisdiction with that currently existant, pointing possible new practical and theoretical trends.

¹ Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Pesquisa temas de direito público e direito internacional, com enfoque na relação entre o direito internacional e o direito brasileiro. Advogado.

Keywords: International Jurisdiction. Judicial Function. Contemporary International Law.

Recebido em: 28/11/2022
Aceito para publicação em: 07/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a jurisdição de forma judicial e órgãos especializados em seu desempenho são lugares comuns. Quase infalivelmente, o estudo, ensino e prática do direito esbarram em alguma ideia de jurisdição que equivale, *grosso modo* e quando há menos esforço, apenas a “*dizer o direito*”, com referência quase automática ao judiciário. Há mais além disso. A jurisdição é liga essencial de qualquer sistema jurídico e aprofundar seu sentido permite uma acepção mais precisa do direito. Em um mundo de fatos e conflitos diversos e inimagináveis, é papel da jurisdição garantir a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2014). No direito internacional, isso também é verdadeiro.

Por mais que o sistema jurídico internacional possua diversas particularidades em relação aos pressupostos que operam nos sistemas nacionais, o exercício de jurisdição existe tanto em um quanto no outro, em suas acepções legislativa, executiva e judicial. Em verdade, a construção de estruturas próprias dedicadas à prestação de jurisdição internacional representa um ponto de inflexão para o direito internacional, em que esse assume feições mais distintivas, institucionais, visíveis. Feições mais contemporâneas.

O presente estudo pretende apresentar os trejeitos da jurisdição judicial internacional que preponderam no direito internacional contemporâneo. É dizer, identificar suas características elementares nos dias de hoje. Para a tarefa, se propõe uma recapitulação do significado mais amplo, para o direito como um todo, de jurisdição e como esse se articula com a função judicial. Visto isso, se contextualizará o momento formativo da jurisdição judicial no direito internacional, abordando a formatação institucional construída no início do século XX que se materializou na Corte Permanente de Justiça Internacional. Após, se explorará as transformações incorporadas ao conceito ao longo do século passado, com atenção às diferentes

estruturas surgidas para desempenho da função judicial no direito internacional e nos novos horizontes teóricos abertos.

Feito o percurso sob a ótica teórica apresentada, o objetivo é que se distinga a jurisdição judicial internacional clássica da contemporânea. O estudo será satisfatório caso a distinção fique clara e viabilize novos rumos de pesquisa e construções práticas ou teóricas.

2 JURISDIÇÃO E FUNÇÃO JUDICIAL

Acima, se disse que é comum o aprendizado de que jurisdição significa “*dizer o direito*”. É um ponto de partida razoável, embora carente de aprofundamentos. Realmente, é por meio da jurisdição que se distingue o que é e o que não lícito em um ordenamento jurídico, reafirmando a autoridade do direito diante de situações que o desafiam. Nada além do provimento de uma solução a uma questão com base no direito, por uma autoridade identificada pelo direito como competente. Um sistema normativo, qualquer que seja, pressupõe unidade, coerência e completude (BOBBIO, 2014, pp. 47-48). A jurisdição é o instrumento institucional de fazer valer esses pressupostos jurídicos perante o desordenado mundo dos fatos.

O desordenado mundo dos fatos, vale dizer, pode ser ordenado por múltiplos vieses. Uma mesma situação fática pode ser enquadrada sob a ótica econômica, política ou jurídica, dentre várias. Não há nada escandaloso nessa múltipla vocação do fato, como não há nada de escandaloso que um mesmo objeto atenda a nomes diferentes em cada idioma ou que um mesmo fenômeno provoque estudos em distintos campos de conhecimento. Com esse parêntesis, se pretende apenas estabelecer que o fato de uma disputa ser passível de uma análise e solução política não exclui que ela seja também passível de análise e solução jurídica, isto é, sujeita à jurisdição (KELSEN, 2011, p. 22). Os sujeitos sob uma jurisdição, em regra, não podem afastá-la ou excluí-la, dada sua submissão vertical à autoridade jurisdicional.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal consagrou no art. 5º, XXXV o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Como posto, a jurisdição emana de uma autoridade, conforme designado pelo ordenamento jurídico. É preciso dizer que tal autoridade não é necessariamente uma autoridade soberana. Soberania é um atributo de Estados e é um conceito jurídico. Significa, sucintamente, autoridade suprema no interior da ordem estatal e autoridade independente sob o direito internacional, em igualdade aos demais Estados (VERDROSS, 2013, p. 30)². Assim, fica claro que o exercício da jurisdição não é inerente à soberania, mas à autoridade juridicamente instituída, figura mais ampla que a primeira.

Vistos os termos gerais da jurisdição, passa-se a sua articulação com as tradicionalmente identificadas funções legislativa, executiva e judicial existentes numa comunidade jurídica. As fronteiras de cada função são bem difundidas: a legislativa produz e reformula as normas, a judicial decide conflitos de acordo com o direito preestabelecido, e a executiva dá cumprimento material, recorrendo à coerção quando preciso, aos comandos normativos.

Independente da função exercida, quando um órgão é imbuído da competência normativa para exercê-la de acordo e como instrumento do ordenamento jurídico, esse órgão está praticando jurisdição. Daí que, existindo órgãos com especializações distintas, também são distintas as jurisdições praticadas por eles. A partir dessa colocação, desmonta-se uma ideia monolítica e impermeável de jurisdição, abrindo-se um leque de categorias possíveis, com suas especificidades. O objeto em estudo é a jurisdição exercida judicialmente.

A função judicial, para reforçar o já dito, é a especialização da comunidade jurídica para decidir conflitos de acordo com o direito preestabelecido. Em geral, o ordenamento jurídico institui órgãos com competência dedicada para exercício judicante. Para esse desempenho, modernamente, alguns atributos são tidos como indispensáveis para uma prestação judicial adequada, muitas vezes cristalizados no

² Ver também: MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O Estado, segundo o Direito Internacional**. In: Revista de Direito Cosmopolita, v. 1, p. 77-94, 2013.

direito positivo na forma de normas, garantias e princípios. Dentro do grupo nuclear desses atributos se situam a imparcialidade, o juízo natural, a anterioridade e a independência.

A imparcialidade do órgão julgador significa não uma abdicação das posições pretéritas que se possa ter, sobretudo jurídicas, mas sim uma distância em relação aos sujeitos sob tutela jurisdicional daquele órgão. É dizer, nessa esfera, a legitimidade da função judicial decorre da diferença entre o sujeito julgado e o sujeito julgador. Não é difícil entender o porquê: se a própria parte reclamante tivesse o poder de decidir por si a solução jurídica em detrimento da outra parte, essa decisão estaria contaminada a priori. A submissão a um terceiro não interessado, sem lado na disputa, que enverniza o sentido objetivo — de extração de sentido do ordenamento normativo preexistente — da função judicante.

O juízo natural, em muitos léxicos tratado como garantia, assegura aos jurisdicionados que esses não serão submetidos a órgão judicante de exceção. Não serão, portanto, criados órgãos *ad hoc* específicos para o julgamento de certos casos, situações, pessoas. A competência judicial deve ser anterior e claramente fixada. A designação extraordinária de um julgador, com destituição do julgador natural, por óbvio, contamina de suspeitas a vinculação do processo ao corpo jurídico. O juízo de exceção conduz à exclusão do julgamento conforme o direito.

A independência do órgão judicial nada mais é que um anteparo a ingerências externas que embaracem seu aparato e funcionamento. Se consolidou no pensamento jurídico que o constrangimento do julgador por influências ou interesses alheios o enfraquece, diminui, no limite o anula. Somente por ser independente pode o magistrado exercer seu ofício desimpedido, determinar a resposta jurídica não porque pressionado ou chantageado a encontrá-la, mas porque é a que entende correta.

São as feições da função judicial moderna. Uma solução jurisdicional provida por um órgão judicial deve percorrer um processo que atente a tais feições, além, é claro, de remontar à integridade do direito positivo. Na literatura, é comum ver

referência a essa espécie de jurisdição, pouco surpreendentemente, como “*jurisdição judicial*”, ladeada da “*jurisdição legislativa*” e da “*jurisdição executiva*”³. Em si, a expressão “*jurisdição judicial*” ainda encoberta certos pormenores que merecem destrinchamento.

Uma categorização interior à jurisdição judicial — também visível nas jurisdições de tipo legislativo e executivo — é aquela que diz respeito ao uso da força. A jurisdição é o meio de fazer valer o direito. Isso significa, de um lado, formar uma determinação, um comando do que é o direito e como deve o mesmo ser cumprido. De outro, impor seu cumprimento pelo uso da violência.

Como se sabe, o direito não é uma anulação do uso da força, mas sua disciplina. Aliás, o uso da força é intrínseco ao direito. Sem recurso à força, não há efetividade do direito, quer dizer, não há direito:

Um ordenamento jurídico em seu conjunto é válido (e em consequência são válidas todas as suas normas) só se as normas que ele produz são cumpridas amplamente (im grossen und pflanzen), isto é, se o ordenamento em seu conjunto é efetivo. Mas, para que as normas de um ordenamento sejam eficazes e o ordenamento em seu conjunto desfrute do benefício da efetividade, é preciso que exista um poder capaz de obter respeito pelas normas, inclusive contra os recalcitrantes (o chamado poder coercitivo). **A um ordenamento jurídico é necessário que, junto com o poder de produzir normas, exista o poder de aplicá-las.** (BOBBIO, 2008, p. 201, grifo nosso)

Por isso, não é difícil enxergar como o uso da força para efetivação do direito é também uma expressão jurisdicional, embora distinta da jurisdição meramente decisória. De um lado, a *jurisdição prescritiva* e, de outro, a *jurisdição coercitiva*. Para uma boa ilustração das categorias no contexto criminal:

Jurisdição não é um conceito unitário. Pelo contrário, tanto a duradoura prática dos estados quanto escritos doutrinários tornam

³ Seria possível, em uma abordagem introdutória, equivaler cada uma das três funções sociais traçadas a um tipo de jurisdição (ORAKHELASHVILI, Alexander. **Akehurst’s Modern Introduction to International Law**. 9ª ed. New York: Routledge, 2022, p. 229). Uma abordagem mais cuidadosa, contudo, demanda incursionar para além dessa equivalência.

evidente que a jurisdição deve ser considerada em seus dois aspectos distintos, a saber, jurisdição para prescrever e jurisdição para coagir. Jurisdição para prescrever ou jurisdição prescritiva – por vezes chamada de jurisdição “legislativa” – se refere, no contexto criminal, à autoridade de um estado, sob o direito internacional, para aferir a aplicabilidade de seu direito criminal à determinada conduta, seja por legislação primária ou derivada, decreto executivo ou, em certas circunstâncias, decisão judicial. Jurisdição para coagir ou jurisdição de coação – algumas vezes chamada jurisdição “executiva” – se refere à autoridade de um estado, sob o direito internacional, para de fato aplicar seu direito criminal, por meio da polícia e outra ação executiva, e por meio das cortes. **Simplesmente, jurisdição para prescrever se refere à autoridade de um estado para criminalizar determinada conduta, jurisdição para coagir à autoridade para, entre outros, prender e deter, processar, julgar e sentenciar, e para punir pessoas pelo cometimento de atos criminalizados.** (O’KEEFE, 2004, pp. 376-737, grifou-se)⁴

Em que pese a denominação cambiante, fica claro o contraste entre o estabelecimento do direito aplicável a determinada situação (jurisdição prescritiva) e sua imposição pela via da coerção (jurisdição coercitiva). Além do contexto criminal, o critério de distinção é factível em qualquer que seja o ramo jurídico.

Por exemplo, imagine-se uma controvérsia tributária sobre a incidência ou não de um benefício fiscal submetida à jurisdição. Uma etapa jurisdicional prescritiva aferiria o problema e determinaria a aplicação ou não do benefício e, caso apurasse a existência de tributos a receber, uma outra etapa jurisdicional, coercitiva, se encarregaria de empregar violência para arrecadação de valores faltantes. Ou então, cogite-se a hipótese em que é levada à jurisdição potencial infração de trânsito sujeita à multa. A jurisdição prescritiva decidiria se a infração ocorreu e qual a multa

⁴ Tradução do autor. No original: “[j]urisdiction is not a unitary concept. On the contrary, both the longstanding practice of states and doctrinal writings make it clear that jurisdiction must be considered in its two distinct aspects, viz. Jurisdiction to prescribe and jurisdiction to enforce. Jurisdiction to prescribe or prescriptive jurisdiction – sometimes called “legislative” jurisdiction – refers, in the criminal context, to a state’s authority under international law to assert the applicability of its criminal law to given conduct, whether by primary or subordinate legislation, executive decree or, in certain circumstances, judicial ruling. Jurisdiction to enforce or enforcement jurisdiction – sometimes called “executive” jurisdiction – refers to a state’s authority under international law actually to apply its criminal law, through police and other executive action, and through the courts. **More simply, jurisdiction to prescribe refers to a state’s authority to criminalize given conduct, jurisdiction to enforce the authority, inter alia, to arrest and detain, to prosecute, try and sentence, and to punish persons for the commission of acts so criminalized**” (grifo nosso).

aplicável. A jurisdição coercitiva tornaria realidade o pagamento da multa, se preciso. Numa terceira hipótese, do âmbito sucessório, considere-se a criação de norma que amplie as situações em que se autoriza partilha extrajudicial. O atrelamento de novos significados jurídicos a certas situações fáticas é exercício de jurisdição prescritiva. De sua vez, em caso de resistência, é a jurisdição coercitiva que se encarrega do processamento e efetiva transferência de titularidade de bens com base na nova norma. Como se pode supor, exercícios de imaginação semelhantes são possíveis para contextos de direito trabalhista, ambiental, eleitoral, etc..

O grande mérito no manuseio dessas categorias é clarificar que a jurisdição se desdobra entre o decidir e o coagir com base no direito. Além dessa organização conceitual ser adequada aos distintos ramos materiais do direito, também se amolda dentro das jurisdições legislativa, executiva e judicial. Qualquer das três pode ser vista em modalidade prescritiva ou coercitiva⁵. No caso da jurisdição judicial, é trivial imaginar o exercício prescritivo, ao qual é associada corriqueiramente (MOULAND, 2019, p. 178). É o que ocorre quando um órgão judicial é provocado para conhecer uma controvérsia e prescrever a ela a solução jurídica adequada. Diferentemente, quando um órgão judicial se incumbe de forçar a aplicação do direito, seja de decisão dele próprio ou de título jurídico emanado por outrem, está praticando jurisdição coercitiva⁶.

Dessa forma, o magistrado que, diante de conflito já resolvido na etapa prescritiva, ordena e executa o arresto de bens para satisfação de dívida, que comanda e controla a detenção de acusado criminal, que impõe e assegura a retirada de vídeo *online*, está em exercício da jurisdição judicial coercitiva.

Por fim, a literatura costuma elencar quatro critérios alternativos que viabilizam a jurisdição prescritiva, inclusive judicial, por parte de um Estado. São eles

⁵ Por exemplo, uma autoridade policial, braço executivo da comunidade jurídica, pode tanto avaliar a ocorrência de crime e indiciar o investigado (jurisdição prescritiva) quanto apreender veículo potencialmente roubado (jurisdição coercitiva).

⁶ “[J]urisdição coercitiva, como usado aqui, pode abranger quaisquer atos de estados para ‘induzir ou compelir conformidade’ com suas leis através de suas cortes”. Tradução do autor. No original: “[E]nforcement jurisdiction, as used here, may encompass any acts of states to ‘induce or compel compliance’ with their laws through their courts”. MOULAND, 2019, p. 175.

a territorialidade, a nacionalidade ativa, a nacionalidade passiva, ou a existência de interesse público nacional (às vezes denominado de “*princípio protetivo*”)⁷. Na presença de qualquer um desses critérios, o Estado poderá exercer jurisdição, mas não necessariamente a coerção. Via de regra, a jurisdição coercitiva está adstrita ao território do Estado, pelo simples motivo de que o uso jurídico da violência fora das fronteiras nacionais ofenderia o monopólio do uso legítimo da força detido por outro Estado.

Como se vê, a aparentemente pacata locução “*dizer o direito*” acoberta uma gama de complexidades. Jurisdição não é um conceito unitário. Aquela exercida por órgão judicial — que reúne características de imparcialidade, juízo natural, anterioridade e independência —, voltada à determinação da solução dada pelo direito positivo a um conflito, se desdobra ainda em jurisdição prescritiva e coercitiva. Em se tratando de jurisdição exercida por Estado, é relevante também citar os tradicionais critérios de conexão da territorialidade, nacionalidade e do princípio protetivo. Visto isso, o presente estudo agora se encaminhará a examinar a jurisdição internacional propriamente dita, realizada por autoridade cuja autoridade decorre do direito internacional e para por ele zelar.

3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONSTRUÍDA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

A jurisdição é o meio pelo qual uma autoridade afirma o ordenamento jurídico perante os fatos. No âmbito estatal, é relativamente sem polêmica a identificação da autoridade competente ao exercício da jurisdição. No sistema normativo internacional, a história é outra. Não há um único ente supremo — “soberano”⁸ — do qual emana o direito. A descentralização política é há muito o

⁷ O’KEEFE, 2004, pp. 738 e ss.. Assinale-se que não há motivo para considerar que esses critérios só se apliquem a um ramo do direito. Se há jurisdição criminal para determinar a licitude de um ato, também há jurisdição civil (ORAKHELASHVILI, 2022, p. 232).

⁸ Ver N.R. 2.

semblante característico da comunidade internacional, o que carrega intensas consequências ao direito que a regula. Inclusive à jurisdição judicial internacional.

Na passagem ao século XX, com as devidas ressalvas ao imperialismo e ao colonialismo, o Estado nacional soberano já havia se alastrado e consolidado em grande parte do mundo como o modelo preponderante de ente político. A ideia de vontade do estado e a concepção juspositivista tornaram-se eminentes. Também o direito internacional já contava com algum robustecimento material, como nas áreas de direito dos tratados, direito da guerra e da navegação fluvial (SHAWN, 2008, p. 29).

O que não havia era uma institucionalização própria do direito internacional. Quer dizer, acaso surgisse um conflito entre os entes estatais, ainda que houvesse normas aptas ao provimento de uma solução jurídica, inexistia uma instância objetiva — uma autoridade — capaz de pacificar a questão (KELSEN, 2009, pp. 358-359)⁹. Não eram absolutamente ausentes os meios de solução de controvérsias internacionais. Eventuais disputas poderiam ser submetidas a negociações diplomáticas, comissões de conciliação ou arbitragem, por exemplo.

A arbitragem, em especial, foi largamente utilizada durante o século XIX, e, em aspectos, lembra a jurisdição judicial. Os árbitros se pautam pelo direito internacional pré-constituído (ainda que modulado pela escolha das partes) e emitem decisões obrigatórias. Sua sedimentação certamente contribuiu à institucionalização do sistema jurídico internacional. Não à toa, a Convenção para a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais celebrada na I Conferência de Paz da Haia, em 1899, além de incorporar diversas provisões arbitrais, criou a Corte Permanente de Arbitragem (SHAWN, 2008, pp. 1048-1049).

Entretanto, não é possível dizer que a arbitragem internacional, mesmo a que ocorre sob os auspícios da Corte Permanente de Arbitragem, expresse jurisdição judicial internacional propriamente dita. Esta não se tratava de instituição judicial, com autoridade objetiva conferida pelo ordenamento jurídico. Tanto é assim que é

⁹ Ver também: KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 12-13.

praticamente impossível que o estudante de direito internacional, em algum momento, não tenha cruzado com os conhecidos deboches com seu nome. A Corte Permanente de Arbitragem não é nem permanente, nem corte¹⁰. De forma sintética:

O resultado mais significante da Conferência de 1899 foi o estabelecimento da Corte Permanente de Arbitragem, cujo nome incorporou com certa ironia o fracasso em se alcançar um acordo sobre uma corte internacional permanente: 'a Convenção de 1899 forneceu apenas o fantasma de uma corte, um espectro impalpável ou, para ser mais preciso, forneceu um secretariado e uma lista'. É verdade que a CPA não é nada mais do que uma organização administrativa com o objeto de prover permanente e rapidamente meios para funcionar como cartório de procedimentos arbitrais internacionais, quando partes em uma disputa tenham concordado em recorrer a eles. Esse sistema *ad hoc* puramente consensual foi o único resultado possível saído da Terceira Comissão da conferência, um grupo de trabalho designado a elaborar um tratado sobre a resolução pacífica de controvérsias internacionais. (HERNÁNDEZ, 2014, p. 14)¹¹

Vários são os motivos que fazem da arbitragem um meio insuficiente à institucionalização que se projetava. Primeiro, se trata de meio de solução de controvérsias facultativo. Não há como obrigar a participação dos litigantes. Segundo, as partes podem escolher o direito aplicável, o que inviabiliza uma remissão plena ao ordenamento jurídico. Terceiro, os árbitros são indicados pelas partes, o que também os distancia da figura de autoridade do sistema jurídico. Por fim, os tribunais arbitrais costumam ser constituídos de forma *ad hoc*, especial e limitadamente para uma disputa. Por isso se põe em dúvida a capacidade de

¹⁰ James Brown Scott, delegado estadunidense, teria dito na Conferência da Haia de 1907: "não é permanente porque não é composta por juízes permanentes; não é acessível porque tem que ser formada para cada caso individual; e finalmente não é uma corte, porque não é composta por juízes".

¹¹ Tradução do autor. No original: "The most significant outcome of the 1899 Conference was the establishment of the Permanent Court of Arbitration, the name of which embodied with some irony the failure to arrive at an agreement on a standing international court: 'the Convention of 1899 gave only the phantom of a court, an impalpable specter or, to speak more precisely, it gave a secretariat and a list'. It is true that the PCA is nothing more than an administrative organization with the object of providing permanent, readily available means to serve as the Registry for international arbitral proceedings, when parties to a dispute have agreed to have recourse to it. This purely consensual, *ad hoc* system was the only possible outcome from the Third Commission of the conference, a working group designated to draft a treaty on the pacific settlement of international disputes".

formação de jurisprudência pela via arbitral. Por isso a arbitragem não poderia ser tida como expressão da função judicial no direito internacional.

No veio dessa insuficiência ganhou tração a ideia de uma corte internacional, uma instituição judicial de direito internacional¹². Seria esse o *locus* adequado e bem munido para solução jurídica de conflitos que resguardasse — e também desenvolvesse — a integridade do sistema normativo internacional. O anseio por um órgão internacional dessa natureza não foi atendido na Convenção da Haia de 1907, mas o projeto ganhou *momentum*. Assim, em 1920, o Conselho da Liga das Nações designou um Comitê de Juristas responsável por elaborar um projeto de estatuto para um tribunal internacional, autoridade detentora da jurisdição judicial internacional. Esse esforço culminou na Corte Permanente de Justiça Internacional¹³.

Quase desnecessário dizer que esse órgão judicial internacional servia à solução de disputas entre Estados nacionais. No paradigma então predominante, em certa medida também ainda hoje, não se cogitavam outros sujeitos de direito internacional. A jurisdição judicial internacional, portanto, se dirigia aos Estados e ninguém mais.

Em seus pormenores, o processo de elaboração do estatuto da corte internacional foi palco de diversas controvérsias, polêmicas e propostas compromissórias. A formulação final, contudo, se revelou surpreendentemente longeva, resistindo ao colapso da Liga das Nações e às agonias do século XX. O desenho jurisdicional então traçado ainda se conserva em grande medida. Para

¹² Sobre a função judicial no direito internacional: “[a] solução pacífica de controvérsias, hoje uma obrigação estabelecida na carta das Nações Unidas, é reconhecida como um dos mais antigos dogmas do direito das gentes. Nesse sentido, entre as atribuições de garantir a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade, de promover a estabilidade do sistema e assegurar o cumprimento das normas de direito, o compromisso com a previsibilidade sobressai como parte do núcleo da função jurisdicional exercida por um tribunal ou corte arbitral. A jurisdição trabalha com conceitos como o de coerência e o de completude. (...) A existência de normas exige (...) a institucionalização de modelos garantidores de sua correta e coerente aplicação. Os sistemas de solução de controvérsias instituídos internacionalmente surgiram, assim, como expressões incipientes da função judiciária apresentada pela teoria do estado.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Teoria do Estado e Unidade do Direito Internacional: Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 70-71. Ver também: KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 40-43.

¹³ Em sua participação no Comitê de Juristas para elaboração do Estatuto da CPJI, Clóvis Beviláqua explica que a corte teria duas missões: “a de resolver as controvérsias entre os Estados e a de tornar cada vez mais cristalino o sentimento de unidade do Direito Internacional” (MACEDO, 2017, p. 221).

situá-lo, interessa acima de tudo avaliar suas pedras fundamentais: determinação do direito aplicável, competência material, composição dos membros, compulsoriedade da jurisdição.

Para a determinação do direito aplicável, cunhou-se o célebre art. 38 do estatuto, que listava convenções internacionais gerais ou particulares, costumes internacionais como evidência de uma prática geral aceita como direito, princípios gerais do direito reconhecidos pelas "nações civilizadas" e, subsidiariamente, decisões judiciais e ensinamentos dos publicistas mais qualificados das várias nações. Previa-se, por fim, a possibilidade um julgamento por equidade, caso as partes assim conviessem¹⁴. Se pode ver claramente, o que é também de conhecimento geral, que a redação corresponde a uma lista tradicional das fontes de direito internacional. Além disso, inexistia limitação material aos assuntos passíveis de jugo pela corte.

Havia uma grande preocupação acerca da procedência dos juízes internacionais. Temores de lealdade nacional e sobre a formação técnica adequada. Ao fim, prevaleceu que os juízes seriam eleitos a partir de candidatos nomeados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem. Além disso, se criou a figura do juiz *ad hoc*, um julgador adicional indicado pelo Estado litigante caso inexistisse no corpo de magistrados nenhum nacional seu. Quanto à qualificação técnica, os nominados teriam de ser pessoas de "alta índole moral", possuidores dos requisitos para indicação aos mais altos cargos judiciais de seus países, ou serem "jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional".

Então o espinhoso tema da compulsoriedade de jurisdição. Diferentemente do direito interno estatal, no direito internacional, não há uma autoridade suprema que se impõe sobre os principais sujeitos políticos. Todos eles, os Estados, convivem

¹⁴ Sob risco de preciosismo, eis o texto literal do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional: "The Court shall apply: 1. International Conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto."

em igualdade soberana. Com isso, sempre predominou, tanto mais àquela época em que se desenhava a jurisdição judicial internacional, em que a vontade estatal é elemento indispensável à criação, vigência e aplicação de normas. Como conceber, então, uma jurisdição internacional obrigatória, independente do consentimento do Estado jurisdicionado?

Via de regra, a submissão à jurisdição da corte internacional exige mesmo o aceite do Estado. Seja por um compromisso judicial entre as partes envolvidas para submeter a lide à jurisdição internacional, seja por cláusula judicial de jurisdição volitivamente inserida em tratado. Nessa regra da jurisdição consentida, entretanto, se abriu uma senda. Se abriu a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Segundo esse engenhoso arranjo, um Estado poderia declarar *a priori* sua aceitabilidade à jurisdição obrigatória da corte. Tratava-se de uma resposta ao receio de que, sem uma jurisdição compulsória, a capacidade da corte internacional fosse minada por discussões sobre a extensão de sua competência (HERNÁNDEZ, 2014, pp. 26-27). Também se esperava que esse caminho propiciasse uma crescente adesão dos Estados até a consolidação futura de uma jurisdição mandatária plena.

Além disso, a Corte Permanente de Justiça Internacional foi dotada de uma jurisdição consultiva. Significa que, mediante provocação dos legitimados, a corte analisava uma questão de direito (e não uma controvérsia fática) e decidia a solução jurídica adequada de acordo com o ordenamento internacional. As opiniões consultivas emitidas dessa forma eram desprovidas de cogência.

Por fim, importante pontuar que a corte não dispunha de meios coercitivos para compelir os Estados ao cumprimento de suas sentenças. Novamente, não há autoridade única no direito internacional que possa centralizar o uso da força. São os Estados quem detém exércitos. Assim, não há de se falar em jurisdição coercitiva no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional. O cumprimento do sentenciado dependia de fatores outros que o funcionamento do tribunal.

É essa, sucintamente, a jurisdição judicial internacional criada no início do século XX. Durante sua existência, a Corte Permanente de Justiça Internacional

julgou vinte e nove casos contenciosos e emitiu vinte e sete opiniões consultivas. Só que, ao contrário do restante do arcabouço institucional da Liga das Nações, a corte sobreviveu à Segunda Guerra Mundial. À rigor, é verdade, o antigo tribunal foi extinto e substituído pela Corte Internacional de Justiça, “o principal órgão judiciário das Nações Unidas”, segundo o art. 92 da Carta das Nações Unidas. Contudo, também é verdade que o mesmo artigo, logo em seguida, confessa que a nova corte “[f]uncionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta”.

O experimento da jurisdição judicial internacional talvez tenha sido o mais bem sucedido dos que se puseram à prova no âmbito da Liga das Nações. Por isso mesmo, não há grandes diferenças entre os estatutos do antigo e novo tribunal internacional. A continuidade entre um e outro é evidente. É mais simples expor a jurisdição da Corte Internacional de Justiça a partir dos seus contrastes com sua predecessora.

Um desses contrastes é a lista de legitimados a requisitarem opiniões consultivas. Ao contrário da antiga corte, que só recebia pedidos de consulta da Assembleia ou Conselho da Liga das Nações, a Corte Internacional de Justiça está aberta a consultas de qualquer órgão autorizado segundo a Carta das Nações Unidas, o que significa que agências especializadas podem fazê-lo para problemas correlatos à sua área de atuação (SHAWN, 2008, p. 1108).

Fora isso, vale pontuar uma nova hipótese de acesso à jurisdição contenciosa, pavimentada jurisprudencialmente. O chamado *forum prorogatum*, ocorrido no caso do Canal de Corfu¹⁵, em que, dado à ausência de forma específica para expressão do consentimento, esse decorre da própria prática dos Estados participantes perante a corte. Quer dizer, ainda que não tenha havido um aceite formal da jurisdição para determinado caso, o comparecimento e conduta processual da parte implica aceitação da jurisdição¹⁶.

¹⁵ ICJ. Judgement of 25 March 1947. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania.

¹⁶ CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8ª ed. Oxford University Press, 2012, p. 728.

Outra diferença falsamente sutil diz respeito à redação do art. 38. A listagem de fontes, por assim dizer, permaneceu inalterada, mas a locução “a Corte aplicará” foi substituída por “[a] Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará”. O acréscimo é grande em significado. Para Alain Pellet:

[A]o definir a função da Corte em referência ao direito aplicado por ela, **o Art. 38 então aparece como a – geralmente não revelada – base para sustentar a visão fundamental de que a Corte Mundial é um órgão de direito internacional.** Portanto, “a Corte, sendo uma Corte de justiça, não pode ignorar direitos reconhecidos por ela, e basear sua decisão em considerações puramente convenientes”. Assim sendo ela “se atribui saber o que é o direito [internacional]” e, conseqüentemente, “no cumprimento de sua tarefa dela mesma determinar o que é o direito internacional, ela [não deve se limitar] a considerar os argumentos postos [pelas Partes], mas [precisa incluir] em suas pesquisas todos os precedentes, ensinamentos e fatos a que tinha acesso e que poderiam possivelmente” auxiliar a solucionar a controvérsia. (PELLET, 2012, pp. 752-753)¹⁷

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça deixa nítido que se trata de um órgão internacional, especializado na jurisdição judicial internacional. Deixa nítido que o dever da corte é decidir conflitos de acordo com o direito internacional preestabelecido, garantindo-lhe a unidade, coerência e completude inerentes aos sistemas normativos.

Feita essa consideração, conclui-se a exposição da jurisdição judicial internacional projetada e edificada no início do século XX. Trata-se de uma ótica permeada pelo espírito interestatal, centrada em torno da soberania dos Estados, por vezes quase ao ponto de ofuscamento. Inegavelmente, esse projeto demonstrou sua

¹⁷ Tradução do autor. No original: “[b]y defining the function of the Court with respect to the law to be applied by it, **Art. 38 thus appears as the – usually undisclosed – basis for sustaining the fundamental view that the World Court is an organ of international law.** Therefore, ‘the Court, being a Court of justice, cannot disregard rights recognized by it, and base its decision on considerations of pure expediency’. As such it ‘is deemed itself to know what [international] law is and, consequently, ‘in the fulfilment of its task of itself ascertaining what the international law is, it [must not confine] itself to a consideration of the arguments put forward [by the Parties], but [must include] in its researches all precedents, teachings and facts to which it had access and which might possibly’ help to settle the dispute’”. O trecho em si cita diretamente passagens de julgados da corte.

resiliência, até hoje cumprindo papel de destaque no ordenamento jurídico internacional. Porém, o que não é surpresa, o peso das décadas não foi leve. Trouxe consigo novos desenvolvimentos teóricos e práticos e reposicionou a jurisdição judicial no direito internacional contemporâneo, apontando horizontes além do paradigma tradicional.

2.1 Feições contemporâneas do Direito Internacional

O direito internacional no início do século XXI não é mais o mesmo. A Organização das Nações Unidas se consolidou e foi testada em inúmeras frentes, aperfeiçoando suas instituições e também seu sistema normativo. Iniciativas de integração ao redor do mundo deram origem a variados arranjos jurídicos próprios, como o da União Europeia ou o do Mercosul. O próprio escopo material do direito internacional foi vertiginosamente ampliado, galgando áreas como desenvolvimento, meio ambiente e cultura, dentre outros. No que interessa mais a este trabalho, foram criados diversos órgãos judiciais internacionais, como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para citar apenas alguns.

Além disso, os paradigmas teóricos da disciplina tampouco quedaram inertes. A crescente interconexão entre os Estados, territórios e populações, sublinhada cada vez mais a partir da década de 1990 sob a alcunha de globalização, aproximou da arena internacional atores como organizações não governamentais, empresas transnacionais e indivíduos. A alavancagem da interdependência transfronteiriça desmontou o paradigma da territorialidade (TOMUSCHAT, 1993, p. 212)¹⁸. Além de desafiar o alicerce soberanista do ordenamento internacional (TOMUSCHAT, 1993, p. 213), esse movimento abrandou a tradicional divisão entre direito internacional privado e direito internacional público. Também correlato, o questionamento à

¹⁸ "Traditionally, international law rested on the principle of territoriality. (...) Today, the dynamics of cross-border activities require a considerably high degree of sophistication of international law"

centralidade do Estado na ordem internacional e a admissão da personalidade jurídica do indivíduo são hoje temas em pauta no centro do debate acadêmico.

“Falhando em reconhecer a si mesma como sociedade, a sociedade internacional não sabia que tinha uma constituição” (ALLOT, 1990, p 418)¹⁹. A comunidade internacional já não é enxergada como foi outrora. Antes, no momento em que engatinhava o desenho da jurisdição judicial internacional, imperavam sozinhos os Estados nacionais europeus, associando-se de formas pontuais, precárias e marcadamente bilaterais. A introdução da Organização das Nações Unidas, o processo de descolonização, a globalização, fizeram da comunidade internacional, hoje, uma instituição jurídica própria.

Com o passar das décadas, os agentes políticos internacionais, Estados, por meio de atos e instrumentos jurídicos, estabeleceram uma constituição da comunidade internacional, ou seja, uma série de regras básicas e comuns de governança contra as quais não se pode transgredir. Nem mesmo por vontade soberana. Como sintetizado por Tomuschat:

[A] comunidade internacional pode realmente ser concebida como um ente jurídico, governado por uma constituição, um termo que, como apontado, serve para denotar as funções básicas de governança dentro daquela entidade. A comunidade internacional e sua constituição foram criadas pelos Estados. Por séculos até o tempo presente, fortificada em particular pela Carta da ONU, a ideia de um regime jurídico determinando certos valores comuns como os princípios orientadores que os Estados são obrigados a observar e respeitar ganhou terreno e se fortaleceu progressivamente. Hoje, o discurso jurídico internacional é profundamente marcado pelo conceito de comunidade internacional, e precisamente nos documentos estabelecidos pelos representantes dos Estados. A comunidade internacional não é uma invenção de acadêmicos. (TOMUSCHAT, 1990, p. 236)²⁰

¹⁹ Tradução do autor. No original: *“Failing to recognize itself as a society, international society has not known that it has a constitution”*.

²⁰ Tradução do Autor. No original: *“[T]he international community can indeed be conceived as a legal entity, governed by a constitution, a term which, as pointed out, serves to denote the basic functions of governance within that entity. The international community and its constitution were created by States. Over centuries up to the present time, buttressed in particular by the UN Charter, the idea of a legal framework determining certain common values as the guiding principles States are bound to observe and respect has gained ground and has been progressively strengthened. Today, international*

Para o autor, a comunidade internacional – um conceito jurídico autônomo – é uma guardiã do interesse comum da humanidade, mais do que a mera soma de seus membros, que lhe são constitucionalmente submissos. Um grande exemplo é a própria adesão à Carta das Nações Unidas, que é basicamente mandatória caso um ente queria ser visto como um Estado, pela estrutura e peso político que permeiam a organização. Mais que isso, tal adesão implica aceite a todo o aparato institucional da organização e seu corpo jurídico anexo – destaque-se a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança –, incluindo suas próprias dinâmicas de reforma normativa, que carregam um alto grau de imprevisão. É o reconhecimento de uma ordem mundial²¹.

Essa virada epistêmica também se verifica na consolidação de órgãos internacionais especializados para o desempenho das tradicionais funções executiva, legislativa e judicial da comunidade internacional. Órgãos próprios ao direito internacional. É nesse viés que o Conselho de Segurança das Nações Unidas é visto como um órgão custodiante da comunidade internacional contra qualquer violação da paz (TOMUSCHAT, 1990, p. 255). Hoje, sob ótica semelhante, a Comissão de Direito Internacional da ONU desempenha função legislativa em nome da comunidade internacional²².

legal discourse is profoundly marked by the concept of international community, and precisely in documents established by State representatives. The international community is not an invention by academic scholars'.

²¹ "Nosso intuito é apenas demonstrar que se juntar às Nações Unidas equivale a uma decisão com consequências imprevisíveis, capazes de afetar fundamentalmente os direitos soberanos de um Estado. Embora ingressos sejam baseados em consentimento, cada candidato se sujeita a um sistema inteiro que está em constante movimento, similar a uma constituição nacional cuja textura original será inevitavelmente modificada por camadas espessas de prática política e jurisprudência" (TOMUSCHAT, 1990, p. 251). Tradução do autor. No original: "Our aim is simply to show that to join the United Nations amounts to a decision with unforeseeable consequences, susceptible of fundamentally affecting a State's sovereign rights. Although admission is based on consent, every candidate submits to an entire system which is in constant movement, not unlike a national constitution whose original texture will be unavoidably modified by thick layers of political practice and jurisprudence".

²² A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida pela Assembleia-Geral da ONU por meio da Resolução 741(ii)/1947, com a finalidade de efetivar o art. 13 (1)(a) da Carta das Nações Unidas, isto é, com a missão de contribuir à codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Ao mesmo tempo em que se verifica a consolidação de uma institucionalidade propriamente internacional, o sistema normativo internacional se ramificou intensamente, cobrindo áreas antes desconhecidas e germinando uma gama de subsistemas. Subsistemas muitas vezes cegos uns aos outros, com regras e comandos potencialmente contraditórios, desafiando a integridade do ordenamento jurídico internacional. Trata-se do fenômeno conhecido como fragmentação do direito internacional:

Uma das características da modernidade internacional recente tem sido o que sociólogos chamaram de "diferenciação funcional", a contínua especialização de partes da sociedade e a correspondente autonomização dessas partes. Isso ocorre tanto nacional quanto internacionalmente. É um paradoxo conhecido da globalização que enquanto ela levou à crescente uniformização da vida social ao redor do mundo, ela também levou à sua crescente fragmentação – isto é, à emergência de esferas especializadas e relativamente autônomas de ação e estrutura social.

A fragmentação do mundo social internacional ganhou significado jurídico especialmente na medida em que foi acompanhada pela emergência de regras ou complexos de regras, instituições jurídicas e esferas de prática jurídica especializados e (relativamente) autônomos. (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, p. 11)²³

A fragmentação se expressa de maneira dual. Por um lado, a fragmentação material, evidente no surgimento de novos regimes especiais do direito internacional, como do meio ambiente, dos investimentos, do mar, dos direitos humanos, do comércio, etc.. Por outro, a fragmentação institucional, decorrente do surgimento de estruturas jurisdicionais aparentemente desconexas, em geral dedicadas a um desses regimes. Não é claro o grau de risco que a fragmentação oferece ao direito internacional, nem tampouco que ela lhe seja um mal a ser extirpado. Não convém

²³ Tradução do autor. No original: "One of the features of late international modernity has been what sociologists have called "functional differentiation", the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. This takes place nationally as well as internationally. It is a well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also lead to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure. The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice".

adentrar às minúcias do fenômeno, mas apenas estabelecê-lo como um diagnóstico de uma realidade do direito internacional que passou a existir.

Outra feição relevante do direito internacional contemporâneo é o ceticismo quanto à exclusividade do Estado soberano enquanto sujeito. É inquestionável que, tal como no início do século XX, o Estado soberano é, também hoje, a unidade política que alicerça o sistema internacional. No entanto, a participação de outros atores no direito internacional, antes desprezível, tornou-se hoje incontroversa.

Primeiro, dizer que organizações internacionais possuem personalidade jurídica é uma obviedade. Em Opinião Consultiva datada de 1949, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a Organização das Nações Unidas detinha capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais e de fazer prevalecer seus direitos por meio de reclamação internacional²⁴. Esse entendimento se estende a outras organizações internacionais. Além desses entes, ainda que em menor grau, a literatura começa a aceitar a personalidade jurídica internacional do indivíduo. Nas palavras de Cançado Trindade:

Resulta que é bem claro hoje que não há nada intrínseco ao Direito Internacional que impede ou torna impossível que atores não-Estatais gozem de personalidade jurídica internacional. Ninguém em sã consciência ousaria hoje negar que indivíduos efetivamente possuem direitos e obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional, com as quais eles se encontram, portanto, em contato direto. (TRINDADE, 2010, p .222)²⁵

Ótica semelhante incide às organizações não-governamentais e às empresas transnacionais. Não necessariamente esses entes são dotados de personalidade jurídica propriamente dita, mas sua influência na sociedade internacional é inegável, seja pressionando o processo legiferante, seja na criação de fatos jurídicos, seja nas

²⁴ ICJ. Advisory Opinion of 11 April 1949. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations.

²⁵ Tradução do Autor. No original: "It results quite clear today that there is nothing intrinsic to International Law that impedes or renders it impossible to non-State actors to enjoy international legal personality. No one in sane conscience would today dare to deny that the individuals effectively possess rights and obligations which emanate directly from International Law, with which they find themselves, therefore, in direct contact".

próprias dinâmicas institucionais internacionais. Daí se dizer que há um descompasso entre o viés “*estatocêntrico*” e a realidade contemporânea²⁶.

Finalmente, a última feição contemporânea que se pretende destacar diz respeito à aproximação entre o direito internacional público e o direito internacional privado. Por muito tempo imperou a ideia de que o direito internacional público tutelava a relação entre Estados soberanos e que o direito internacional privado tratava das situações entre particulares, nacionais que tivessem sido atingidos por um elemento exógeno. Nessa visão tradicional, o direito internacional privado se ocuparia de conflito de leis ou jurisdições e seria uma área do direito civil e processual interno de cada Estado. É o antigo lugar comum de que a diferença entre o direito internacional privado e o direito internacional público é que o primeiro é direito, mas não é internacional e o segundo é internacional, mas não é direito (ARROYO, 2012, p. 3).

Não é de agora que se desconfia dessa separação. Porém tornou-se mais difícil sustentá-la. Os Estados alçaram suas atividades em setores então vistos como privados, assumindo empresas e relações típicas da vida civil e trabalhista. De sua vez, as empresas transnacionais alastraram suas operações por diversas jurisdições nacionais, tangenciando não só os ordenamentos internos, mas também se sujeitando a regimes internacionais ou globais de cooperação e regulação. Ainda, outros eventos afeitos à globalização, como o incremento dos fluxos migratórios ou atividades complexas via *internet*, podem nulificar a utilidade de regras unilaterais dos países e, ao mesmo tempo, demandar instrumentos internos para efetivação.

Apenas a título exemplificativo, alguns problemas atuais que ensejam uma aproximação entre os campos do direito internacional público e privado envolvem contratação pública internacional, investimentos estrangeiros, imunidade de jurisdição estatal em assuntos de natureza privada, proteção do meio ambiente, regulamentação do comércio internacional, entre outros. O atual nível de

²⁶ Ver MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Pessoas do Direito Internacional e Atores das Relações Internacionais: crítica ao estatocentrismo**. In: Juliete Robichez. (Org.) Anais do Congresso Virtual de Direito Internacional e Relações Internacionais. 1ª ed. Salvador: INLEX, pp. 246-270, 2021.

enfrentamento dessas questões invariavelmente implica numa interrelação entre as ferramentas das disciplinas pública e privada (ARROYO, 2012, pp. 6-7).

Como se pode ver, o cenário normativo internacional se transfigurou radicalmente desde o início do século XX. Nos dias de hoje, a comunidade internacional ganhou significado jurídico próprio, como autoridade que contém seus membros em arranjo constitucional. Em paralelo, no que foi chamado de fenômeno da fragmentação do direito internacional, o ordenamento se ramificou em regimes materiais e institucionais desconexos. E o protagonismo estatal, embora siga reinante, já dá sinais de abertura a outros atores e até sujeitos com personalidade jurídica internacional. Por fim, se observa um movimento conciliatório entre o direito internacional público e o direito internacional privado. É sob esse panorama que se firma e se alimenta a jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo.

2.2 Jurisdição Judicial Internacional hoje

Como adiantado acima, o problema tradicional da jurisdição internacional era referente à ausência de uma autoridade central. Em um direito internacional atomizado, disperso, cultivado e dirigido a entes igualmente soberanos, não se cogitava uma institucionalização própria capaz de designar um órgão competente à jurisdição judicial. Foi com esforço que se criou a Corte Permanente de Justiça Internacional e, depois, a Corte Internacional de Justiça, paradigmas incontestes da jurisdição judicial internacional de sua era. Órgãos judiciais internacionais. Contudo, a jurisdição judicial internacional hoje foi profundamente tocada pelo mergulho no direito internacional contemporâneo.

O desenvolvimento do direito internacional acompanhou o surgimento de órgãos internacionais propriamente ditos, vinculados à estrutura normativa internacional, incumbidos constitucionalmente do exercício da função judicial. Assim, tal como a Corte Internacional de Justiça, todos os tribunais internacionais de abrangência ou pretensão universal podem ser contabilizados como órgãos

especializados da comunidade internacional. Exemplificativamente, o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Internacional de Direito do Mar. Também os tribunais regionais, como a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem facilmente ser classificados como órgãos judicantes internacionais. Embora variados em forma e competência, todos são autoridades incumbidas pelo direito internacional do exercício de jurisdição judicial.

Indo além dos tribunais propriamente ditos, cujas estruturas refletem aqueles atributos típicos a um órgão judicial, cabe também mencionar a existência de outros órgãos *quasi* judiciais de direito internacional. Esse grupo heterogêneo desempenha jurisdição muito similar à judicial no sentido de que busca solucionar um conflito com recurso ao direito preestabelecido. É o caso dos comitês dos instrumentos de direitos humanos do sistema ONU ("*treaty-bodies*") e do órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, por exemplo. Os primeiros não emitem decisões vinculantes²⁷ e o segundo possui procedimentos que remetem a rodadas diplomáticas e arbitragem (SANTOS; VOLPINI, p. 69).

Há registro de que, hoje, são mais de 100 as instâncias e procedimentos em nível internacional para resolução pacífica de controvérsias²⁸. Fora as propostas para criação de novos tribunais internacionais, das quais talvez a mais comentada seja a referente à criação de um órgão próprio especializado em disputas internacionais ambientais. Imagem que condiz com o diagnóstico de fragmentação do direito internacional.

Diante desse grupo numeroso, importante comentar que não sucumbiu o núcleo duro da jurisdição internacional. Vários tribunais replicam as ferramentas

²⁷ O ponto comporta divergências, mas fato é que "*não há no sistema da ONU decisões de natureza judicial. A própria linguagem usada nas normas dos tratados e protocolos facultativos não é própria de órgãos judiciais: os comitês fazem 'recomendações' e 'comentários' e dão 'sugestões' aos Estados no procedimento de análise dos relatórios dos Estados-parte dos tratados. As decisões das comunicações são chamadas de ditames (...) e não de sentenças ou decisões judiciais*" (ALVES, 2012, p. 151).

²⁸ Trata-se de dado de difícil precisão. Em trabalho de 2011, Cesare Romano afirma que haveria "*mais do que 142 órgãos e procedimentos*" internacionais dedicados ao controle da implementação e resolução de controvérsias conforme o direito internacional (ROMANO, 2011, p. 242). Tradução do autor. No original: "*well over 142 bodies and procedures*".

estabelecidas para a Corte Internacional de Justiça, como a nomeação de juízes *ad hoc* (Tribunal Internacional de Direito do Mar) e a competência consultiva (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Inevitavelmente, contudo, outras abordagens foram imaginadas.

Apenas para ilustrar algumas inovações, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual dispõe de órgão jurisdicional que oferece mediação, arbitragem e outros meios de solução de controvérsias para disputas internacionais entre entes privados. A Corte Caribenha de Justiça foi desenhada como um híbrido entre tribunal internacional e última instância judicial interna. O Tribunal Penal Internacional julga exclusivamente indivíduos. Não se pretende a exaustão das novidades, apenas a demonstração de que a jurisdição judicial internacional é agora muito mais diversa do que no momento de criação da CPJI e da CIJ. E vai além de instituições internacionalmente concebidas.

A consolidação da comunidade internacional forneceu o embasamento para a atuação dos Estados, eles próprios, como órgãos mandatários desse ente, exercendo jurisdição judicial internacional. Nessa circunstância, diante de uma controvérsia de natureza internacional, para adjudicação baseada no direito internacional, um tribunal ou juiz nacional se desprende de seu caráter puramente doméstico e é arrogado para agir como órgão do ordenamento jurídico internacional. Por ser fenômeno menos intuitivo do que aquele em que a institucionalidade internacional em si pratica a jurisdição judicial internacional, é necessário dedicar algumas linhas mais a explicá-lo.

A noção de que Estados funcionam como agentes internacionais não é inédita²⁹. Trata-se do que Georges Scelle cunhou de desdobramento funcional

²⁹ "A norma de direito internacional geral que confere aos Estados o poder jurídico de processar os piratas é uma restrição de outra norma de direito internacional, a saber, a norma que estabelece a liberdade do alto-mar. (...) O fato de que a especificação da pena é deixada para o direito nacional e o julgamento do pirata, para os tribunais nacionais, não despoja o delito e a sanção de seu caráter internacional. **O Estado que, em sua lei penal, atribui à pirataria determinada pena e pune um pirata por meio de seus tribunais executa o direito internacional e funciona como um órgão da comunidade internacional**, do mesmo modo que um Estado que recorre a represálias contra outro Estado que violou seu direito aplica o direito internacional" (KELSEN, 2011, p. 69, grifou-se).

(SCELLE, 1936, pp. 98-100). Ocorre devido à ausência de uma autoridade única e central no direito internacional e a carência de órgãos especializados, como bem explica Cassese:

A “falha original e persistente do ordenamento jurídico internacional” é a falta de órgãos legislativos, judiciais e executivos agindo em nome de toda a comunidade. Em sendo assim, e em vista da necessidade de qualquer ordenamento jurídico de se basear nas três funções retromencionadas, a inescapável consequência para Scelle é que as três funções sociais existem na comunidade internacional, porém estão organizadas de forma particularmente única. Como não há “governantes e agentes especificamente internacionais” (...), membros nacionais do executivo e oficiais de Estado cumprem um papel “duplo”: eles agem como órgãos estatais quando operam dentro do sistema jurídico nacional; eles agem como agentes internacionais quando operam dentro do sistema jurídico internacional. (...) **[S]empre que uma corte doméstica lida com uma questão de conflito de leis, ela age qua um órgão judicial internacional.** (CASSESE, 1990, p. 212, grifou-se)³⁰

Cassese opina, inclusive, que a teoria do desdobramento funcional é especialmente atual e efetiva em relação a órgãos judiciais nacionais (CASSESE, 1990, p. 231). Um tribunal nacional que aprecia e julga questões de direito internacional e de acordo com o direito internacional está exercendo jurisdição judicial internacional (BROWNLIE, 1962, p. 702)³¹. Essa estruturação jurisdicional, já

³⁰ Tradução do autor. No original: “*The ‘original and persistent flaw of the international legal order’ is the lack of legislative, judicial, and enforcement organs acting on behalf of the whole community, This being so, and in view of the necessity of any legal order to rest on the three aforementioned functions, the inescapable consequence for Scelle is that the three social functions do exist in the world community, but are organized in quite a unique fashion. As there are no “specifically international rulers and agents” (...), national members of the executive as well as state officials fulfill a ‘dua’ role: they act as state organs whenever they operate within the national system; they act as international agents when they operate within the international legal system. (...) [A]ny time a domestic court deals with a conflict of law question, it acts qua an international judicial body’.*”

³¹ Ver também: “*Não há dúvida de que cortes domésticas aplicam direito internacional em uma variedade de casos, e com crescente regularidade – por que elas não deveriam ser vistas como exercendo uma função judicial internacional? Em última análise, elas estão aplicando direito (internacional) a fatos, e, portanto, solucionando disputas sob o direito (internacional), e contribuindo ainda ao desenvolvimento daquele direito. Ambos os aspectos fundamentais da função judicial (internacional) parecem preenchidos nesse caso*” (TZANAKOPOULOS, 2011, p. 137). Tradução do autor. No original: “*There is no doubt that domestic courts apply international law in a variety of cases, and with increasing regularity – why should they then not be seen as exercising an international judicial function? In the final analysis they are applying (international) law to facts, thereby settling a dispute under (international) law, and further contributing to the development of*

antes cogitada e visualizada, ganha ainda mais proeminência sob as novas balizas do direito internacional contemporâneo.

A emergência de órgãos jurisdicionais propriamente internacionais não obsta esse desempenho da jurisdição judicial internacional por tribunais domésticos. Afinal, não há um desenvolvimento uniforme do sistema normativo internacional, o que influi inclusive no comentado fenômeno da fragmentação. É notável que o fortalecimento da comunidade internacional como autoridade jurídica legítima que os membros estatais atuam como seus agentes. Da autoridade decorre a jurisdição.

Logicamente, não é sempre que os tribunais domésticos estarão figurando como órgãos internacionais. Apenas quando a questão posta à jurisdição seja de natureza internacional, afeta o interesse da comunidade internacional. A título exemplificativo, cite-se o famoso julgamento de Adolf Eichmann pelo judiciário israelense em 1961. Na ocasião, o judiciário daquele país consignou que, pela natureza internacional dos crimes imputados ao acusado, bem como considerando que o dano foi causado à comunidade internacional como um todo, ao julgar o réu, o tribunal doméstico agia como guardião do direito internacional (CASSESE, 1990, p. 229).

Apelida-se de jurisdição universal o caso em que um Estado pratica jurisdição sem a presença de nenhum dos tradicionais elementos de conexão à jurisdição do Estado (territorialidade, a nacionalidade ativa, a nacionalidade passiva, ou interesse público nacional) (O'KEEFE, 2004, p. 745). O instituto se amolda à ideia de desdobramento funcional e está positivado em alguns instrumentos. A jurisdição universal está limitada à prescrição.

Além da sedimentação da autoridade da comunidade internacional, outra tendência contemporânea que também favorece o funcionamento de tribunais domésticos como órgãos internacionais é a ampliação conceitual de controvérsia internacional. Com a abertura a novos temas e normas, as lides internacionais de

that law. Both fundamental aspects of the (international) judicial function seem fulfilled in such a case'.

hoje são muito mais variadas e numerosas. Inclusive no que diz respeito aos sujeitos tutelados.

A crescente aceitação de outros seres como partícipes do direito internacional (ou, às vezes, sujeitos), implica em novas relações desses seres com a tutela jurisdicional internacional. Sob o paradigma passado, estritamente interestatal, a proteção diplomática era a única via concebível para que uma querela individual fosse levada à jurisdição internacional, operação pela qual o indivíduo envolvido não detinha a capacidade postulatória, assumida e dominada pelo Estado protetor. Naquele quadro, do ponto de vista jurídico, o único sujeito era o Estado.

No quadro atual, existem sistemas jurisdicionais internacionais que expressamente admitem a participação individual. São vários os órgãos internacionais que recebem petições individuais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os *Treaty-Bodies*. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos julga casos ajuizados por indivíduos ou organizações não-governamentais contra Estados membros do Conselho da Europa.

Também há espaço, menos evidente, para a adjudicação internacional de controvérsias envolvendo empresas. São vários os sistemas arbitrais elaborados para este fim, mas, além deles, destacam-se os casos em que a jurisdição internacional é praticada por tribunais domésticos. Nessa hipótese, as possibilidades são claramente mais amplas, posto que o *jus postulandi* interno é muito mais aberto que o comportado em estruturas internacionais.

Por último, uma nota sobre a jurisdição judicial internacional coercitiva. Na institucionalidade internacional, o Conselho de Segurança das Nações Unidas é o órgão com competência para autorizar ou não o uso da violência. Mesmo assim, a realiza mediante tropas nacionais cedidas pelos Estados à ONU ou conferindo mandados aos Estados diretamente. Não há exército ou polícia internacional. Como desenvolvimento contemporâneo, é mais interessante destacar o papel dos tribunais nacionais como braços capazes de forçar cumprimento de títulos judiciais internacionais dentro do território daquele Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a explorar o sentido de jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo, contrastando-o com as balizas clássicas do início do século XX. Uma comunidade internacional robustecida, o crescimento de novos atores-sujeitos, a aproximação entre as esferas normativas pública e privada, o fenômeno da fragmentação. Muito mudou desde que a jurisdição judicial internacional era basicamente circunscrita à Corte Permanente de Justiça Internacional

No direito internacional contemporâneo, a jurisdição judicial se expressa de formas muito mais amplas e diversificadas. Embora a Corte Internacional de Justiça siga ocupando lugar privilegiado e seja ainda referência obrigatória ao estudo da jurisdição internacional, cada outra estrutura especializada traz determinadas particularidades. Consequência disso é o questionamento de certas premissas clássicas que dizem respeito ao corpo normativo aplicável e aos sujeitos tutelados. Além da introdução de novos temas no direito material e dos contatos com problemas do direito internacional privado, indivíduos, companhias e outras organizações figuram agora como potenciais litigantes internacionais.

Tais desdobramentos podem não demolir ou substituir a institucionalidade anterior, mas certamente abrem vias para novos arranjos. Sobretudo, se destaca na contemporaneidade o fortalecimento teórico para atuação de tribunais nacionais como órgãos da comunidade internacional, e assim, mandatados por sua autoridade para desempenho de jurisdição judicial internacional. O arcabouço do desdobramento funcional encontra eco com a consolidação da comunidade internacional como ente jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. **Comitês em Matéria de Proteção aos Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA, Roberto Luiz (org.). Manual de Direito Processual Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 146.-154.

ALLOT, Philip. **Eunomia: New Order for a New World**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BROWNLIE, Ian. **The Individual before Tribunals Exercising International Jurisdiction**. In: International and Comparative Law Quarterly, v. 11, pp. 701-720, 1962.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law: towards a new *jus gentium***. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CASSESE, Antonio. **Remarks on Selle`s Theory of "Role Splitting" (dédoublement fonctionnel) in International Law**. In: European Journal of International Law, v. 1, pp. 210-231, 1990.

CRAWFORD, James. **Brownlie`s Principles of Public International Law**. 8ª ed. Oxford University Press, 2012.

HERNÁNDEZ, Gleider. **Towards Legalization**. In: The International Court of Justice and the Judicial Function. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O Estado, segundo o Direito Internacional**. In: Revista de Direito Cosmopolita, v. 1, p. 77-94, 2013.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Clóvis Beviláqua e a Justiça Internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa**. In: Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, v. 743, pp. 205-248, 2017.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Pessoas do Direito Internacional e Atores das Relações Internacionais: crítica ao estatocentrismo**. In: Juliette Robichez. (Org.) Anais do Congresso Virtual de Direito Internacional e Relações Internacionais. 1ª ed. Salvador: INLEX, pp. 246-270, 2021.

MOULAND, Satya T. **Rethinking Adjudicative Jurisdiction in International Law**. In: Washington International Law Journal. V. 29, n. 1., pp. 173-202, 2019.

O'KEEFE, Roger. **Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept**. In: Journal of International Criminal Justice, v. 2, n. 3, Oxford University Press, pp. 735-760, 2004.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 9ª ed. New York: Routledge, 2022.

PELLET, Alain. **Article 38**. In: A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, The Statute of the International Court of Justice a Commentary. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 731-870, 2012.

ROMANO, Cesare P. R. **A Taxonomy of International Rule of Law Institutions**. In: Journal of International Dispute Settlement, Vol 2, pp. 241-277, 2011.

SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. **Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA, Roberto Luiz (org.). Manual de Direito Processual Internacional. São Paulo: Saraiva, pp. 68-73, 2012.

SHAWN, Malcon. **International Law**. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SCELLE, Georges. **Théorie et Pratique de La Fonction Exécutive en Droit International**. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 55, pp. 87-202, 1936.

TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts**. In: Loy. L.A. International and Comparative Law Review. v. 34, n. 1., pp. 133-168, 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Teoria do Estado e Unidade do Direito Internacional: Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VERDROSS, Alfred. **O fundamento do direito internacional**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, pp. 1-33, 2013.

EM BUSCA DO ELEMENTO ESSENCIAL NA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO SEU CONCEITO***IN SEARCH OF THE ESSENTIAL ELEMENT IN THE STRUCTURE OF THE LEGAL STANDARD FOR THE CHARACTERIZATION OF ITS CONCEPT***Alexandre Cesar dos Santos¹

Resumo: O presente artigo aborda o tema estrutura da norma jurídica, com o fim de diferenciá-la das demais normas sociais, a partir da Teoria do Fato Jurídico, a qual defende que os elementos essenciais da estrutura da norma jurídica são o suporte fático e o preceito. Ainda essa Teoria sustenta que a incidência das normas jurídicas constitui a diferença específica que as distingue das demais normas de convivência social e dos outros processos de adaptação social. Por outro lado, a Teoria Pura do Direito defende que o elemento essencial da estrutura da norma jurídica é sanção. A metodologia da pesquisa utilizada no estudo é a bibliográfica que se debruça acerca do tema. Procura-se apresentar de forma didática e clara os elementos que compõem a estrutura da norma entre autores renomados e consagrados com suas propostas teóricas. Além disso, a pesquisa faz um estudo para diferenciar lei jurídica e lei natural, descreve as ordens normativas básicas, expõem críticas doutrinárias à sanção como elemento essencial da norma jurídica, estabelece as diferenças entre regras e princípios e aborda os conceitos de suporte fático, preceito e incidência. Nessa perspectiva, demonstra-se que não existe consenso na doutrina jurídica sobre um elemento essencial na estrutura da norma jurídica, o que vai diferenciá-la das normas convencionais, para se chegar ao conceito uniforme, dada a complexidade constitutiva em torno da estrutura da norma jurídica, uma vez que cada doutrinador tem sua própria convicção.

Palavras-chaves: Norma jurídica. Sanção. Fato Jurídico. Suporte fático. Preceito.

Abstract: This article deals with the theme structure of the legal norm, in order to differentiate it from other social norms, based on the Theory of Legal Fact, which argues that the essential elements of the structure of the legal norm are the factual support and the precept. Yet this theory holds that the incidence of legal norms constitutes the specific difference that distinguishes them from other norms of social coexistence and other processes of social adaptation. On the other hand, the Pure Theory of Law holds that the essential element of the structure of the legal norm is sanction. The research methodology used in the study is the bibliographic that focuses on the theme. It is intended to present in a didactic and clear way the elements that make up the structure of the norm among renowned and consecrated authors with their theoretical proposals. In addition, the research makes a study to differentiate legal and natural law, describes basic normative orders, exposes

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhuera-Uniderp – LFG. Pós-graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

doctrinal criticism of sanction as an essential element of legal rule, establishes differences between rules and principles, and addresses the concepts of factual support, precept and incidence. From this perspective, it is shown that there is no consensus in the doctrine about an essential element in the structure of the legal norm, which will differentiate it from the conventional norms, in order to arrive at the uniform concept, given the constitutive complexity around the legal norm structure. , since each indoctrinator has his own conviction.

Keywords: Legal rule. Sanction. Legal Fact. Factual support. Precept.

Recebido em: 18/01/2023

Aceito para publicação em: 14/02/2023

1 INTRODUÇÃO

O estudo da norma jurídica encontra-se diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vistas diferentes. Diante disso, não há consenso entre os juristas acerca de um elemento essencial na estrutura da norma jurídica, o que vai diferenciá-la das normas convencionais, para se chegar ao conceito de consenso, dada a complexidade constitutiva, uma vez que cada doutrinador tem sua própria doutrina e convicção.

À primeira vista parece que o ponto de partida operacional da Dogmática Jurídica é a norma jurídica, cuja função é sistematizar e descrever a ordem jurídica. Desse modo, as normas jurídicas, ao descrever fatos e consagrar valores, têm em seu estudo uma importância fundamental para entender o Direito e promover a paz social. Neste contexto, a norma jurídica é um instrumento imprescindível na definição de condutas humanas, já que esclarece ao sujeito como e quando agir.

Este artigo parte da Teoria do Fato Jurídico de Marcos Bernardes de Mello, dentro dos conceitos de suporte fático e preceito, estabelecidos pelo referido autor, o qual sustenta, a partir dos ensinamentos de Pontes de Miranda, ser a incidência das normas jurídicas a característica específica que as diferenciam das demais normas de convivência social e dos outros processos de adaptação social. Junto com essa base teórica fundamental, seguem as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual formula a Teoria da Norma da Jurídica como Comunicação Normativa, além dos ensinamentos de Maria Helena Diniz que assevera o conceito de norma jurídica como problema de essência. Essa sustentação teórica confronta a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a qual expressa norma jurídica como um mandamento, um imperativo, e que o "Direito seria um grande esqueleto de normas, comportando qualquer conteúdo fático e axiológico". Portanto, essa base teórica é fundada na premissa de que a norma jurídica é um comando do ponto de vista lógico-formal, que constitui uma proposição com previsão de uma hipótese que se destina a uma situação fática concreta.

A problemática deste trabalho é perquirir se há na estrutura da norma jurídica um elemento essencial, que a diferencie das demais normas sociais. Desse modo, a pesquisa parte da premissa que a norma jurídica é vista como dogma em sua abstração, através da descrição do suporte fático e a prescrição do preceito a ele correspondente na Teoria do Fato Jurídico. Nesta perspectiva, a menção a um suporte fático e a um preceito, elementos da estrutura da norma jurídica, são bastante para uma proposição jurídica completa.

Para alcançar esse resultado, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica, com reflexões de vários autores com suas propostas teóricas e sobre as críticas ao positivismo normativista de Hans Kelsen, o qual estabelece que as normas jurídicas são comandos e o elemento essencial na sua estrutura é a sanção.

Por fim, a relevância e a atualidade do tema concernem no interesse em torno da problemática da conceituação e dos elementos da estrutura da norma jurídica das várias teses doutrinárias.

2 A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO EM TORNO DA NORMA JURÍDICA

O positivismo filosófico, oriundo de Augusto Comte, floresceu no século XIX e teve a pretensão de transportar o método das ciências naturais, método experimental, para as ciências sociais, já que a mera dedução, o raciocínio abstrato, a especulação, não possuía status de ciência, porquanto o trabalho científico deveria ter por base a observação dos fatos capazes de serem comprovados, com a finalidade de que o conhecimento tivesse valor científico (NADER, 2001, p. 369).

Ainda no transcurso do século XIX, sob o nome de Escola da Exegese, sustentou-se que na lei positiva, especialmente no Código Civil, “já se encontrava a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social” (REALE, 2001, p. 280). Com isso, o dever do julgador era ater-se apenas ao texto da lei, sem procurar soluções estranhas a ele. Sob esse prisma, teve essa Escola pretensão de impor o apego ao texto, à interpretação gramatical e histórica,

que, em certa medida, era para retirar a atuação criativa do juiz “em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra” (BARROSO, 2008, p. 22).

Nesse contexto, o positivismo jurídico foi uma projeção do positivismo filosófico, que para Maria Helena Diniz (2001, p. 117) “é um fenômeno quantitativamente majoritário do início do século XX”. Por sua vez, Paulo Dourado de Gusmão (1969, p. 301) sustenta que o positivismo jurídico decorreu de uma dupla causa: “por um lado, é uma reação violenta contra o racionalismo dedutivo da teoria do direito natural, e, por outro, resultante do desejo de cultuar a certeza jurídica”. Neste contexto, o Direito foi reduzido ao conjunto de normas em vigor e empenhava-se em desenvolver conceitos dogmáticos na busca da cientificidade.

Paulo Nader (2001, p. 371) explica que o positivismo jurídico expurgava qualquer elemento valorativo na seara do Direito e principalmente as ideias do Direito Natural, por ser esse metafísico e anticientífico. Portanto, ele conclui que “para o positivismo jurídico só existe uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana”.

Por outro lado, Norberto Bobbio (1995, p. 15) aventa que a expressão “direito positivo” não é derivada do positivismo filosófico, mas é uma contraposta ao direito natural:

A expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos era também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*.

Luís Roberto Barroso argumenta (2008, p. 25) que o positivismo teve algumas variações e seu ápice no normativismo de Hans Kelsen, bem com aponta algumas características essenciais, mesmo correndo o risco das simplificações redutoras:

(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emanado do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

Dessa maneira, infere-se que o positivismo jurídico foi uma importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito cuja pretensão era criar uma ciência jurídica com características semelhantes às ciências naturais e exatas, em "busca da objetividade científica", que em certa medida apartou o Direito da Moral e dos valores da metafísica. Examinando essa questão, Barroso (2008, p. 24) argumenta que "ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízo de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade".

Como se infere, a proposta de Hans Kelsen (2000, p.1), com sua Teoria Pura do Direito, é de isentar a Ciência do Direito de qualquer interferência axiológica e sociológica que, em certa medida, conseguiu, não restam dúvidas, expressiva adesão dos juristas.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar com Direito. Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Desta concepção de um "direito puro", em que apenas as normas jurídicas postas pela autoridade competente, que tenham seguindo os procedimentos de produção, ganharam grande apoio do poder estatal, uma vez que fundamentam a exigência de subordinação do corpo social ao imperativo das normas. Neste Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 40-70, mar./jun.2023

contexto, Norberto Bobbio (1995, p. 135) escreve acerca do tema positivismo jurídico:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua 'avaliação', isto é, na distinção em juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico; a ciência consiste apenas em juízos de fato.

Neste cenário, Kelsen, ao propor a Teoria Pura do Direito, visava à neutralidade do conhecimento jurídico, uma necessidade de criar uma Ciência do Direito autônoma, ao descrevê-la com separação radical entre a forma e o conteúdo. O primeiro seria o ordenamento jurídico independente do poder político que o sustente; enquanto o conteúdo da norma era irrelevante, prescindível de elementos sociológicos, políticos e éticos, o que seria uma exigência da pureza metodológica. Portanto, Kelsen utiliza a coerção para distinguir o Direito de norma jurídica, de outras espécies normativas (moral, religião e ética), bem como o "ser" do "deve ser" para distinguir o Direito, enquanto ciência normativa das ciências naturais. Em apoio a essa fundamentação, Hans Kelsen elabora sua teoria como um modelo de normas escaladas em uma pirâmide como ordem dinâmica (GONÇALVES, 2001, p.43).

Em apertada síntese, as críticas à Teoria do Pura do Direito, que têm um viés do formalismo jurídico do positivismo normativista, são a negação à metafísica e ao Direito Natural. Desse modo, a busca pela pureza metodológica faz com que Kelsen não se prenda ao conteúdo da lei, uma vez que não se podem fazer juízos de valor, haja vista que importa é se a norma é formalmente válida, sem se preocupar com seu conteúdo de justiça (CAMARGO, 2001, p. 110-112).

A doutrina do positivismo jurídico não satisfaz as exigências sociais de justiça, posto que, para essa corrente, o direito é composto exclusivamente por normas, as quais são despidas de valores, tudo em nome da segurança jurídica, ao concreto, ao materializado.

Para Pontes de Miranda, as ciências são uma unidade, não podem entrar em contradição, a Ciência do Direito é ciência como as outras “vê fatos, não dita normas”. Assim, Pontes não aceita a distinção elaborada por Kelsen em ciências naturais e ciências normativas, já que “a ciência não é normativa, normativas são as regras jurídicas que formam o sistema”. Portanto, o autor conclui que “de modo nenhum se há de tolerar reduzir-se a ciência do Direito à chamada Teoria Pura do Direito, isso é, do direito possível” (1972c, p. 341).

3 LEI JURÍDICA E LEI NATURAL: ENTRE O *SER* E O *DEVER SER*

Segundo Miguel Reale (2001, p. 162), a palavra “lei” na sua acepção genérica “é toda relação necessária, de ordem causal ou funcional, estabelecida entre dois fatos ou mais fatos, segundo a natureza que lhes é própria”. Desse modo, com esse sentido amplo, podem ser empregadas tanto para as leis éticas quanto às leis sociais e às físico-matemáticas.

Conforme Maria Helena Diniz (2001, p. 121) Hans Kelsen, ao construir sua peculiar metodologia jurídica, para formular a Teoria Pura do Direito, assentou-se na base teórica do dualismo neokantiano do ser e dever-ser. Com suporte nessa distinção e contraposição, o ser está para o mundo do físico, submetido às leis da causalidade, enquanto o mundo do dever-ser das normas, regido pela imputabilidade.²

Objetivando não confundir a norma de direito com a da lei da física, em sentido científico, Paulo Dourado de Gusmão (1969, p. 74) explica que a primeira impõe uma conduta, uma obediência, um comportamento; enquanto a segunda, “consta e enuncia uma observação, sem poder o homem modifica ou evitá-la”. Nesta

² “A imputação está no centro do método normológico kelseniano, é através dela que o jurista vai estabelecendo relações entre as normas que integram um ordenamento jurídico-positivo, mediante um procedimento finito, que torna possível referir os comandos vigentes a um só centro unificador: a norma hipotética fundamental, pois o conhecimento jurídico-científico, segundo ele, não procede até o infinito, não pode perder-se no interminável”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

perspectiva, as leis da física têm por finalidade explicar o que existe: o “ser”, que é observado e constatado na natureza que existir independe da ação humana, ou seja, elas são submetidas às leis da causalidade: ação – gera efeito: a lei da gravidade é um fato constatado universalmente na natureza.

Outra diferença é que as leis sociais, morais e convenções sociais determinam um “deve ser”, deontológica, e admitem transgressão, enquanto a inobservância da lei física é, cientificamente, inadmissível, isto porque, ela regula fatos que independem de vontade. Por outro lado, a norma jurídica não sendo uma descrição da natureza, mas de uma conduta, procedimento diretiva para a ação, ela possui um ideal contra fato, isto é, independentemente do fato que acontecer no meio social, ela está em vigor. Para as normas jurídicas, não há relação de causalidade, mas de imputabilidade: por exemplo: a proibição de homicídio é uma convenção social, não está escrito na natureza (GONÇALVES, 2001, p. 73-74).

Karl Larenz (1997, p. 92) explica que “o ponto de partida de Kelsen na fundamentação da autonomia metodológica da ciência do Direito é a distinção entre juízos de ser e juízos de deve ser”. De fato, partindo dessa premissa, os fenômenos da natureza, os fatos, se ligam pela lei da causalidade, que pertencem ao mundo do Sein (Ser), enquanto a norma jurídica está no mundo do Sollen (dever ser) que é a imputação.

Para Kelsen, a lei jurídica pode existir hoje e ser revogada pela vontade da autoridade, uma vez que é um querer comportamental, é um comando que nasce da vontade da autoridade. Isso significa dizer que sua finalidade é traçar as diretrizes de comportamentos humanos, fins de garantir a paz e a ordem social. Portanto, “as normas jurídicas são imperativas, simplesmente, porque são prescritivas porque impõem um dever, porque regulam a contada social” (DINIZ, 1996, p. 63).

Daí que a doutrina faz suas observações quanto às diferenças entre a lei física e a norma jurídica: para Paulo Dourado de Gusmão (1969, p. 74-75): “a lei física é descoberta, enquanto a norma jurídica é imposta. A primeira não admite violação, enquanto a segunda, admite-a”. Para Kelsen, norma jurídica é aquela preposição criada por uma autoridade competente que para criá-la, além de

obedecer a um procedimento legislativo previsto no ordenamento jurídico. Entretanto, para Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 40) “a ordem jurídica não está sujeita à causalidade natural, porque sendo uma ordem de validade se constitui independentemente das leis da física de causa e efeito”.

Portanto, as leis da física explicam os fenômenos da natureza e não admitem ser violadas no sentido científico, enquanto as normas de condutas podem ser violadas, o que gera ao seu transgressor a aplicação de uma sanção.

4 AS ORDENS NORMATIVAS BÁSICAS

João Maurício Adeodato (2009, p. 23) explica que o Direito não é o único instrumento normativo que é necessário para se buscar a harmonização e a paz social. Nessa linha de pensamento, o autor cataloga empiricamente a conduta humana, em uma sociedade dirigida para o convívio social entre seres humanos, a existência de quatro ordens normativas básicas: a moral, a religião, os usos e costumes e o direito. Por sua vez, Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 3), a partir das lições de Pontes de Miranda, acrescenta outros processos de adaptação, enquanto instrumentos de que se valem à sociedade para agir sobre o homem, “como a religião, a moral, a política, a educação, a economia, a ciência, a arte, a moda, a etiqueta, o direito”.

A partir desse pensamento, vê-se que as atividades humanas também se orientam pelas normas técnicas, as quais são instrumentos formais para adotar procedimentos para alcançar certos fins. Tais normas não constituem obrigatoriamente deveres, mas impõem condições para se chegar a determinados resultados desejados.

Entretanto, o Direito é a que tem maior efetividade na busca da paz social, já que não se limita a dar conselhos, descrever modelos de condutas sociais. A coação é um elemento, que pode estar presente na norma jurídica, que a serviço do Direito, o diferencia dos setores da moral, da ética, dos costumes e da religião.

Podem-se acrescentar ainda as regras de trato social que são padrões de condutas construídas pela sociedade, para tornar a convivência social um ambiente harmônico e de paz aos seus membros que favorecem os processos de integração social. São exemplos de regras de trato sociais: cortesia, etiqueta, protocolo, decore, companheirismo etc. (NADER, 2001, p. 43-45).³

Assim, as normas de trato sociais buscam um aprimoramento das relações humanas, além de trazerem uma ideia de convencionalismo, com o fim de resguardar interesses, o que as tornam mais um instrumento de controle social, uma vez que orientam as ações humanas e o seu aperfeiçoamento para propiciar efetivo e harmonioso convívio social.

5 NORMA, PRINCÍPIO E REGRA: CONCEITOS JURÍDICOS DISTINTOS

Norma jurídica, regra e lei são conceitos jurídicos, muitas vezes, empregados como sinônimos, por influência do normativismo Kelseniano. Com efeito, Paulo Nader (2001, p. 81) utiliza como expressões sinônimas: normas e regras jurídicas, mas, por outro lado, diferencia a norma jurídica de lei:

As expressões *normas* e *regras* jurídicas são sinônimas, apesar de alguns autores reservarem a denominação regra para o setor da técnica e, outros, para o mundo natural. Distinção há entre norma jurídica e lei. Esta é apenas uma das formas de expressão das normas que se manifestam também pelo Direito costumeiro e, em alguns países, pela jurisprudência.

No entanto, para a maioria da doutrina, norma, princípio e regra são conceitos jurídicos distintos pela sua estrutura, uma vez que a norma jurídica é gênero da qual são espécies regras e princípios. Colocada essa noção preliminar, faz-se necessário proceder algumas distinções qualitativas, entre as regra e os

³ Conforme Paulo Nader, as principais características das regras de trato social são: aspecto social, exterioridade, unilateralidade, heteronomia, incoercibilidade, sanção difusa, isonomia por classes e níveis de cultura. Vide em: NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-45.

princípios, enquanto espécies de normas jurídicas, uma vez que se trata de um dos pilares da moderna dogmática e de mudança de paradigma da Ciência do Direito, que foi desenvolvido por Ronald Dworkin. Sua teoria é uma crítica ao positivismo jurídico, a partir da demonstração de que o direito não é composto apenas por regras, sendo igualmente integrado pelos princípios jurídicos, os quais possuem caráter normativo.

Em linha de síntese, daí ser plausível concluir que a concepção doutrinária de Dworkin é contestar o positivismo jurídico se utilizando dos princípios jurídicos, espécie de norma, na solução dos casos difíceis (hard cases) devido à necessidade de interpretação dos termos abertos e da acentuada abstração dos direitos e deveres individuais. Na teoria de Dworkin, a “distinção lógica” entre regras e princípios é o caráter de direção que se estabelece em situações de conflitos que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas. Nesta perspectiva, as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, enquanto os princípios possuem uma “dimensão de peso”, sendo um referencial de análise que contribui na solução de colisão de direitos fundamentais, o que permite identificar qual o princípio irá preponderar sobre uma determinada situação concreta (GARCIA, 2008, p. 182-183).

Nessa linha de raciocínio, Robert Alexy defende que regras e princípios são duas espécies de normas: as regras impõem determinado padrão de conduta, enquanto que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, “ordenando que algo seja realizado na sua melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus.” (GARCIA, 2008, p. 186-187). Com se infere, os princípios não são comandos definitivos, uma vez que podem ser afastados por razões opostas, variando gradativamente de acordo com os valores em jogo no caso concreto para a tomada da decisão.

Por essa sintética abordagem das doutrinas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, para esse corrente, tem-se que princípio é uma espécie de norma que em sua aplicação, não assume contornos de precisão e determinação, “fazendo que atuem como mecanismos de otimização de certo comportamento em, impregnando-o como valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso” (GARCIA, 2008, p.

189). Portanto, percebe-se que os princípios são as diretrizes de um ordenamento jurídico, são mandados de otimização com um campo de incidência muito mais amplo do que os das regras.

De outra banda, regras “são proposições normativas aplicáveis sob a forma do tudo ou nada”. São espécies de normas que devem ser satisfeitas ou não. Disciplinam uma determinada situação fática ou jurídica de forma incontestável e definitiva. Desse modo, quando ocorre a referida situação fática, a norma tem incidência de modo direto e automático, para produzir seus efeitos. Se uma regra é válida e não comporta qualquer exceção, então deve fazer exatamente aquilo que ela exige: lógica do tudo ou nada. Por exemplo, o art. 40, II, da Constituição Federal que trata da aposentadoria compulsória do servidor público por idade é uma regra, in verbis; “II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar”. Como se infere, “uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor” (BARROSO, 2008, p. 31).

Por seu turno, para Miguel Reale (2001, p. 93), o Direito tem como objeto a experiência nas relações sociais, sendo essas disciplinadas por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta, as quais denominam de normas ou regras jurídicas, o que significa que a norma é um elemento constitutivo do Direito, “como que a célula do organismo jurídico”. Sendo assim, conclui o autor que sob influência de Hans Kelsen, “a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: Se F é, deve ser C”.

Com esse esquema, toda regra de direito contém a previsão genérica de fato, um comportamento, que corresponde ao enunciado e uma consequência jurídica, que para Kelsen corresponde sempre uma sanção. Cabe neste momento, ponderar essa estrutura lógica, uma vez que não são todas as espécies de normas jurídicas que são destinadas a reger comportamentos humanos. Portanto, há, por exemplo, normas destinadas à organização do Estado, as quais fixam apenas

atribuições, como, p.ex., o art. 18, § 1º., da Constituição Federal :“Brasília é a Capital Federal”. Assim, a norma não é uma condicionante hipotética, mas sim categórica, excluindo qualquer condição. Por conseguinte, para Miguel Reale, o que vai caracteriza realmente uma norma jurídica de qualquer espécie é sua estrutura proposicional e não seu conteúdo: “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” (REALE, 2001, p. 95).

No ponto, Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 21) faz uma observação peculiar quanto aos princípios que “não incluem uma sanção expressa para o caso de serem infringidos, mas, se forem, o sistema jurídico contém critérios para fazê-los prevalecentes”. Desse modo, ele refuta o aspecto da sanção como um elemento necessário na estrutura da norma jurídica, o qual é produto da concepção sancionista do direito.

Humberto Ávila (2003, p. 18), em trabalho sobre a teoria dos princípios, afirma que a distinção entre regras e princípios, enquanto em espécies normativas, virou lugar comum, reproduzido pelos autores como sendo:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Entretanto, Humberto Ávila (2008, p. 18) faz uma observação crítica, diferentemente de Ronald Dworkin, quando assegura que as regras podem ser ponderadas quando há conflito: “enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho crítica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras”.

6 CRÍTICAS À SANÇÃO JURÍDICA COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA NORMA JURÍDICA

Como já dito, em linhas gerais, a norma moral, a religiosa e a de trato social têm por fim precípua provocar um comportamento voluntário no indivíduo, enquanto que a lei natural é afirmar que um fato é previsto e sucederá a outro: é a lei do ser (do que é). A norma jurídica prescreve como deve se comportar o homem, embora ele possa de fato, conduzir sua vontade de outra maneira: é a lei do dever ser (do agir). Neste ponto, reside a problemática na teoria do Direito quanto à "sanção" ser ou não o elemento essencial da estrutura da norma jurídica para coagir o sujeito a cumpri-las ou reparar o mal produzido pela conduta humana indesejada.

Para Hans Kelsen, o Direito é um conjunto de normas de caráter coativo, sendo a sanção a característica específica de toda norma jurídica e que a distingue da norma moral e das demais de convencionalismo social. Desse modo, os juristas adeptos da teoria do coativismo abraçam a tese de que a norma jurídica deve ter sanção na sua estrutura lógica. Nesse ponto, Maria Helena Diniz (2001, p. 367) faz uma observação que sanção e coação não se confundem: "a sanção é uma consequência jurídica prevista pela norma jurídica; a coação é a sua aplicação efetiva, segundo os processos legais."

Ainda para Maria Helena Diniz (2001, p. 368) a norma apenas indica o que o indivíduo deve fazer, sem exercer nenhuma pressão sobre ele, logo a norma não coage ao descrever a conduta:

A violação de uma norma jurídica pressupõe, necessariamente, a sua existência, de maneira que a norma é anterior à coação. Portanto, não é a norma jurídica que depende da coação, mas é esta que depende daquele; logo, a coação jamais poderia ser um elemento essencial da norma.

Não há dúvidas que a norma jurídica exerce uma coação psíquica para que o sujeito se comporte de acordo com aquilo prescrito nela, o que seria uma eficácia preventiva. Observa-se, portanto, que a sanção não é um elemento essencial da

estrutura da norma jurídica, haja vista que as normas morais também motivam o medo pelas consequências que decorrem de sua violação. De fato, os castigos e as recompensas divinas, bem como a opinião pública, podem constituir, muitas vezes, coerções mais intensas que as sanções das normas jurídicas.

Paulo Nader defende que a "atributividade" é o elemento essencial da estrutura da norma jurídica, pelo fato de o Direito conceder ao sujeito ativo de uma relação jurídica, o poder de agir e exigir o cumprimento da obrigação do sujeito passivo. Para essa corrente, o normal é o acatamento espontâneo das normas jurídicas, sendo a coação somente acionada excepcionalmente, sendo um fator ocasional, porém não necessário. Desse modo, a tese do autor é que a "atributividade é uma característica exclusiva do Direito, não presente em qualquer outra espécie normativa" (2001, p.86).

A corrente não-sancionista, defendida por Pontes de Miranda, Karl Larenz, defende que "a norma jurídica é uma proposição completa, quando contém simplesmente, a descrição do suporte fático e a prescrição do preceito a ele corrente" (MELLO, 2003, p. 33). Assim sendo, a norma jurídica pode prever ou não uma sanção para se realizar. Se há preceito e suporte fático, a norma jurídica está completa com seus elementos na sua estrutura interna, não sendo preciso a sanção com elemento essencial na sua estrutura, como afirma Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 53):

Ao nosso ver, o conceito de sanção está relacionado, necessariamente, ao de punição, entendida esta com qualquer consequência positiva ou negativa imposta pelo ordenamento jurídico às pessoas como represália a atos contrários a seus comandos. A forma de punir, o conteúdo da punição, a intensidade do ônus que acarreta não nos parecem ter significado bastante para servir como elemento de sua caracterização.

Cabe destacar ainda, neste ponto, a posição de Herbert Hart (2007, p. 6), o qual defende que apenas as normas criminais, normas penais incriminadoras, possuem na sua estrutura a sanção jurídica, como elemento que a distingue das

demais normas, uma vez que ameaçam uma imposição de castigo: “o Direito é a norma primária que estipula a sanção”.

Outro enfoque, que também merece ser abordado, em torno da sanção da norma jurídica, é a de Norberto Bobbio (2003, p. 166). Para o jusfilósofo italiano, “a presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável”. Com efeito, as normas de organização dos Poderes do Estado, bem como muitas normas no direito privado, não contêm o preceito sancionador na sua estrutura lógica, além disso, defende inclusive que há o ordenamento jurídico sem sanção institucionalizada: ordenamento internacional.

Sendo assim, a sanção não é um elemento essencial caracterizador da norma jurídica, que vai diferenciá-la das demais normas de convencionalismo social, haja vista que essencial é o elemento que não pode faltar na constituição de um objeto, sob pena de sua inexistência.

7 O SUPORTE FÁTICO COMO ELEMENTO DA ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA JURÍDICA

Inúmeros são os fatos que ocorrem no mundo concreto e se localizam no espaço-tempo, mas apenas aquele que está previsto na norma jurídica é que “define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda sua eficácia” (MELLO, 2003, p. 20). Neste diapasão, as normas jurídicas passam do plano abstrato, estruturas de linguagem ou de enunciados, para a concretização das relações sociais, já que elas não são postas para reingressarem nos fatos de onde provieram.

Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 20) adota que o primeiro elemento da estrutura lógica da norma jurídica é o suporte fático.⁴ Para o eminente autor, é a

⁴ “A expressão suporte fático — com que Pontes de Miranda traduziu a alemã *Tatbestand* — foi utilizada inicialmente no direito penal, e traduzida para o direito privado por Tholl, segundo o depoimento de Cammarata. O conceito, conforme demonstra Pontes de Miranda no prefácio do seu *Tratado de direito privado*, é de aplicação universal na Ciência Jurídica, não sendo privativo de um determinado ramo do direito. Tanto isso é verdade que nos diversos campos jurídicos o vemos empregado muitas vezes disfarçado por outras denominações, como *pressuposto de incidência*, Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 40-70, mar./jun.2023

hipótese condicionante da existência do fato jurídico, uma vez que faz referência a algo (fato, evento ou conduta) que pode acontecer no mundo e, por serem considerados relevantes, ganham normatividade jurídica. Sendo assim, o autor conceitua suporte fático:

Suporte fático, assim, é um conceito de mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos.

No mesmo sentido, para Lourival Vilanova (1989, p. 82-83) as normas jurídicas têm incidência em múltiplos fatos, os quais o sistema jurídico os rotulou de juridicamente importantes. Assim, a incidência é uma técnica do Direito através da hipótese fática da norma, “enunciados perceptíveis da conduta humana”. É uma “objetivação conceptual”, e quando passa para o mundo dos fatos adquire a forma de objetivação social. Desse modo, a realização da norma é um processo de “individualização”.

A dialética entre a norma jurídica e o fato pode ser do ponto vista estático ou dinâmico. No primeiro ponto, um fato é jurídico se a norma vincular a ele efeitos, enquanto no segundo são dos fatos que provêm normas e delas advém os fatos jurídicos, criam-se normas para produzir normas. Portanto, Vilanova (1989, p. 90) ensina que o fato jurídico é uma “concreção que se dá num ponto do tempo e num ponto do espaço. Mas, o fato é jurídico porque alguma norma incidiu, ligando-lhe efeitos (pela relação de causalidade normativa)”.

Assim, para Vilanova (1989, p. 90) a norma jurídica sai do abstrato e passa para o concreto com a incidência do fato, o qual está retido em uma norma:

A norma jurídica, geral e abstrata (generalidade e abstrateza, que não é de todas as normas), não se realiza, i. e., não passa do nível

tipificação legal, tipo legal, hipótese de incidência”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 39.

conceptual para o domínio do real-social, sem o fato que lhe corresponde, como *suporte fático* de sua *hipótese fática*.

Marcos Bernardes de Mello (2003, p.20) deixa claro que um fato é jurídico, quando é resultado da força de sua incidência sobre o seu porte fático, o que possibilita o surgimento de relações jurídicas:

Como procuramos deixar claro, o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos. Disso se conclui que a norma jurídica é quem define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos – deveres, pretensões – obrigações, ações, exceções e outras categorias eficacias.

Em vista disso, para uma proposição ser completa, “há de conter, ao menos (a) descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico; (b) a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico respectivo” (MELLO, 2003, p. 20). Nesta perspectiva, torna-se evidente que é preciso imputar uma consequência jurídica ao fato jurídico corresponde, ou que prescreve certa eficácia jurídica, para dar sentido à proposição do ponto vista lógico-jurídico, o que será revelado pela norma jurídica, a qual descreve apenas um suporte fático, conforme registra Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 20):

Desse modo, a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos).

Verifica-se, portanto, a importância do conceito de suporte fático na Ciência Jurídica, embora tenha sido empregado por outros ramos do Direito com outras denominações, tais como no Direito Penal como tipificação legal, tipo legal, Direito Tributário hipótese de incidência, por exemplo.

8 O PRECEITO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

Para atender as necessidades de convivência social, é necessário dar um leque de efeitos imputáveis aos fatos jurídicos, o que seria o preceito da norma jurídica, isto é, a consequência jurídica que se atribui a um determinado fato, o qual se materializa na eficácia jurídica da norma. Sendo assim, Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 66) advoga que o preceito, estabelece os efeitos extraídos da norma que se atribui a um fato que será a eficácia jurídica: "O preceito (também denominado disposição) constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica".

As relações jurídicas provêm de fatos, os quais acontecem no tempo e no espaço social, no concreto. Sem a interposição do fato, não ocorre o processo da efetivação da relação jurídica, uma vez que a norma incidente é que qualifica o fato como jurídico. Diante disso, Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 12) escreve:

Na verdade, a norma jurídica enquanto considerada em si, como um comando da sociedade, não deixa de ser algo abstrato, mas que se refere a alguma coisa concreta (os fatos) que, se ocorrer, deverá produzir determinada consequência (= efeito jurídico). Quando dizemos que uma norma jurídica em si é algo abstrato, queremos destacar que a norma jurídica consubstancia a previsão de uma hipótese em que se estima a ocorrência de certa situação fática.

A Teoria do Fato Jurídico é criação de Pontes de Miranda que recebeu reflexos do darwinismo e das ciências matemáticas, para ver a possibilidade de aplicar as leis da física às relações sociais, admitir o contrário seria negar leis e princípios universais. De fato, inspirado em Einstein e calçado nas teorias da mecânica quântica, ele desatrelou-se do determinismo científico de Auguste Comte, o qual é baseado no paradigma de ciência de Newton. Desse modo, Pontes de Miranda partiu do determinismo probabilístico, para aplicar resultados da relatividade matemática aos fenômenos sociais (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2020).

Para Pontes de Miranda (1972a, p.7), os fenômenos sociais são variáveis no espaço e no tempo: "espaço é o conjunto de relações espaciais" que vai abarcar "n" aspectos tais como cultural, econômico, social, por exemplo. Percebe-se, portanto, que as ideias de Pontes de Miranda se contrapõem às ideias de Kelsen baseada da divisão dualista em o "ser" e o "dever ser". Com efeito, em apertada síntese, verifica-se claramente que as propostas centrais de Pontes de Miranda e Hans Kelsen acerca das Ciências Jurídicas e do Direito são opostas. De fato, o eminente autor da Teoria Pura do Direito reduz a ciência do Direito à norma jurídica e elimina do Direito qualquer questão de ordem moral, sociológica, filosófica e política, a fim de assegurar cientificidade na análise do Direito, isto é: sustenta que o Direito é amoral; por outro lado, Pontes de Miranda reconhece os aspectos e motivações como a moral, a ciência, a arte, a economia, a política como elementos utilizados na elaboração da ordem jurídica e das regras jurídicas.

Essa posição de Pontes de Miranda fica mais clara na estrutura lógica da norma penal incriminadora, as que definem delitos, a qual é composta de preceito primário e de um preceito secundário. Por exemplo, o art. 121 do Código Penal (matar alguém) é o preceito primário ou normativo, dirigida a todas as pessoas, em que descreve a conduta que a norma contempla e proíbe: "é proibido matar". A consequência jurídica é a sanção, preceito secundário da norma, dirigida ao juiz de direito que deve impor a sanção cominada pela norma. Com efeito, a norma penal completa tem sua estrutura hipotética formada por dois comandos normativos distintos: preceito normativo (preceito primário) e sanção (consequência jurídica).

Para José Cretella Júnior (1997, p. 205), a norma penal é formada por duas partes distintas: hipótese e preceito: "Nota-se, na norma penal, desse tipo, uma parte hipotética, iniciada pelo verbo no infinitivo, oração reduzida condicional, e o preceito que é a sanção cominada, a pena. Logo, a norma penal é formada de duas partes, a hipótese e o preceito".

Como se infere neste ponto, o preceito representa a disposição normativa sobre a eficácia jurídica, uma vez que é a parte da estrutura da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos.

9 A INCIDÊNCIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA NORMA JURÍDICA

Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 72), a partir das lições Pontes de Miranda, reafirma que a incidência das normas jurídicas constitui a diferença específica que vai distingui-las das demais normas de convivência social e de outros processos de adaptação social. Isso se deve exatamente porque a incidência torna as normas jurídicas obrigatórias, independentemente da adesão do indivíduo ou da comunidade a que a incidência da norma possa interessar. Desse modo, quando se trata de norma jurídica, existe a obrigatoriedade em aceitá-la, além de não se condicionar à concordância: "ocorridos os fatos que constituem o suporte fático, a norma jurídica incide, incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do querer das pessoas". Por outro lado, as demais normas de processos de adaptação social e adoção da conduta ditada pela norma são livres aos seus destinatários, uma vez que os indivíduos podem aderir espontaneamente ou não o conteúdo delas.

Ainda neste ponto, cabe frisar que o não cumprimento da norma jurídica pode ocorrer, mas nem por isso afasta a incidência, tampouco a sua incondicionalidade, a qual é uma característica da incidência. Nesta perspectiva, o cumprimento ou não da norma jurídica é ato de aplicação, de execução, sendo, portanto, posterior em relação à incidência e, certamente, dela depende. Por isso, nem sempre coincidem a incidência e a aplicação. Com efeito, o ideal é que fossem coincidentes, seria a perfeição da justiça, entretanto, a falibilidade humana faz com que, às vezes, a aplicação da norma jurídica não atenda à sua incidência.

É relevante enfatizar que a norma jurídica somente pode incidir após entrar em vigor. De fato, como explica Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 77-78): "Não é possível pretender-se incidente norma jurídica antes de vigente, mesmo que já exista, porque a incidência é posterius em relação à vigência". Realmente, durante a *vacatio legis*, intervalo entre a publicação da norma jurídica e o início da sua vigência, ainda se concretizem os fatos previstos em seu suporte factivo hipotético, a norma jurídica não incidirá, por esse motivo não pode ser aplicada.

Além da incondicionalidade, a inesgotabilidade da incidência é outra característica da norma jurídica. Isso significa que, sempre que o seu suporte fático se tornar concreto e suficiente, a norma jurídica incidirá. Sob esse prisma, “a incidência não se esgota por haver ocorrido uma vez. Ao contrário, toda vez que o suporte fático se compuser, a norma incidirá” (MELLO, 2003, p. 76). Assim, a possibilidade de incidir vai deixar de existir quando a norma jurídica perder sua vigência. Porém, é possível tecnicamente que a norma jurídica se esgote em apenas uma só incidência, quando ela se destina a regular um caso isolado e único.⁵

Observe-se que a função primordial da norma jurídica consiste em incidir sobre os da vida para “juridicizar”, isto é, transformar em fatos jurídicos a parte relevante do seu suporte fático, que o direito considerou para ingressar no mundo jurídico. Desse modo, toda incidência, em princípio e nesse sentido, é, inevitavelmente, juridicante. Com esse embasamento, Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 76) diz que: “Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização”.

Por essas razões, a Teoria do Fato Jurídico defende que a incidência, que tem como pressupostos a vigência da norma e a concreção do suporte fático suficiente, é o elemento essencial da norma jurídica, que constitui a diferença específica que a distingue das demais normas de convivência social, como as da moral, da religião, da etiqueta, e dos outros processos de adaptação sociais. Isso decorre justamente devido a incidência tornar as normas jurídicas obrigatórias, independentemente, da aceitação do indivíduo ou da comunidade.

⁵ Por exemplo, o art. 19 do Ato de Disposições Constitucionais Transitória da Constituição Federal de 1988, que declarou a estabilidade dos serviços públicos que, na data de sua promulgação, estivessem há mais de cinco anos no cargo, mesmo que admitidos sem concurso público. *In verbis*: Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

10 CONCEITO DE NORMA JURÍDICA: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

As questões que envolvem a problemática da estrutura lógica da norma jurídica são bastante complexas, o que tem provocado na doutrina grandes divergências. Para Maria Helena Diniz (1996, p. 6) isso fica evidente quando se busca um conceito da norma jurídica dentro da dogmática ou da filosofia do Direito:

O problema do conceito de norma jurídica parece, à primeira vista, pertence mais à Ciência Jurídica do que à Filosofia do Direito; contudo a definição da norma jurídica é tarefa que excede à competência de qualquer ciência jurídica particular. O conceito da norma jurídica é problema supracientífico, isto é, filosófico.

Diante disso, a literatura sobre norma jurídica é vasta, difícil de ser reduzida a uma unidade. A doutrina tradicional parte, em geral, do caráter imperativo dos enunciados normativos. Diante disso, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1999, p. 36) a norma é uma regra de natureza prática, ou seja, como uma orientação para a ação humana:

Norma é regra. A orientação que ela contém é seu conteúdo. Este conteúdo é expresso por uma proposição, a proposição jurídica. Esta orientação, além disso, não é apenas uma indicação de comportamento possível, mas tem caráter vinculante: ela atua sobre a vontade alheia, obrigando-a ou proibindo-a. A noção de norma confunde com a de imperativo e um imperativo específico, aquele que é produto de uma vontade mais forte, capaz de impor-se a vontades que se submetem, portanto uma relação interpessoal.

A perspectiva de norma jurídica para Tércio Ferraz Júnior (1999, p. 35-36) tem um conteúdo pragmático de comunicação, uma vez que é um fato linguístico, e ela não pode ser utilizada de maneira uniforme devido ao alto grau de abstração. Nesta concepção, a norma jurídica tem formulações hipotéticas, expressas por comandos imperativos, que revelam uma vontade. Isso é verificado empiricamente quando um juiz aplica leis, dita sentenças, o Poder Legislativo edita leis, o Executivo regulamentos, os particulares celebram contratos, etc. Por isso que para Tércio

Ferraz Júnior não é possível, diante de todos esses nomes, um único termo para denominar genericamente a expressão norma jurídica de modo uniforme.

Sob outro enfoque, para Maria Helena Diniz as normas jurídicas não são elaboradas para serem desrespeitadas, mas sua imposição ao homem é para assegurar, regulamentar, em tese, a convivência pacífica desde sua concepção. Porém, a norma não é um simples comando, um querer empírico de uma autoridade como um ato de vontade independente e espontâneo. Com efeito, Maria Helena Diniz (1996, p. 59) faz essa observação:

As normas jurídicas, como já observamos, são postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição; de um ato decisório, que pode emanar tanto do legislador ou do juiz, como resultar de opções consuetudinárias ou estipulações fundadas na autonomia voluntária dos particulares. Os particulares também podem estabelecer normas de conduta e regulamentar suas respectivas relações jurídicas, através de um negócio jurídico – contrato, por exemplo-, que é considerado sob esse prisma como uma *lex privata*. Isto não significa que as normas sejam vontade, e tampouco atos volitivos, mas que são manifestações de um ato de vontade; que são estabelecidas por um ato de vontade.

Percebe-se que autoridade apenas declara a norma jurídica, a qual adquire vida própria, destacando-se da vontade de quem a estabeleceu, e ao ingressar no sistema jurídico, passa a ser um produto da vida social. Através dessa análise, Maria Helena Diniz (1996, p. 143) defende como elemento essencial na estrutura da norma jurídica o “imperativo autorizante”:⁶

Todas as normas são mandamentos, são imperativos porque fixam as diretrizes da conduta humana, **mas só a jurídica é autorizante**, porque só ela autoriza o lesado pela sua violação a exigir seu

⁶ “O elemento ‘imperativo’ revela seu gênero próximo, incluindo-a no grupo das normas éticas que regem a conduta humana diferencia-as das leis físico-naturais, e o ‘autorizante’ indica sua diferença específica, distinguindo-as das demais normas, pois só a jurídica tem esse caráter. A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, à reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 372-373.

cumprimento ou a reparação do mal sofrido. A norma jurídica é, por conseguinte, bilateral. (Grifo nosso)

O centro de gravidade da Teoria Pura do Direito está na norma jurídica, que pertence ao mundo do dever-ser, no domínio da imputação. Idealizada por Hans Kelsen, partiu do pressuposto de uma teoria que colocava o Direito como uma ciência despida de elementos ideológicos e valorativos, pois essas categorias estão fora da Ciência do Direito. Nessa perspectiva, Kelsen (2000, p. 82) faz a distinção entre a função da ciência jurídica e da autoridade jurídica: "A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for." Além disso, Kelsen rejeitava a ideia de justiça absoluta e do Direito Natural, combatendo a metafísica. Diante disso, atribuiu à sanção uma função primordial, pois abraça a tese de que seja o elemento necessário da norma jurídica, bem como distinguiu proposição normativa de norma jurídica.⁷

No entendimento de Miguel Reale (2001, p. 102-103), a norma jurídica é o elemento nuclear do Direito, o que a faz ter uma estrutura tridimensional. Desse modo, do ponto de vista "lógico-formal", uma norma jurídica de conduta é uma proposição hipotética, mas não exaure o modelo normativo, isto é, a previsão de um fato (F), fórmula da hipótese, que resultará uma consequência (C), uma vez que na base fática há objetivos axiológicos. Assim, para Reale, quando se quer dar um conceito pleno e integral da norma jurídica, faz-se necessário conjugar e correlacionar à dinâmica desses três fatores: fato, valor e forma lógica.

Na compreensão de Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 20), "a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (=suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos

⁷ "A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de *dever-ser*, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos não são verdadeiras ou inverdadeiras, mas válidas ou inválidas". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 82.

jurídicos)". Assim, do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica usando uma proposição hipotética "define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia", como exemplifica o autor:

O Código Civil dispõe: "Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil." Nessa norma, temos: (a) como hipótese SF (suporte fático) o fato de alguém completar dezoito anos de idade e (b) como tese P (preceito) a aquisição da maioridade, ou seja, da habilitação para a prática de todos os atos da via civil. (MELLO, 2003, p. 29).

Tercio Ferraz (2001, p. 99) esclarece que as teorias que fornecem explicações sobre os elementos da norma jurídica não se fecham, por ser uma questão de ordem zetética:

A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha.

No mesmo sentido, para Lourival Vilanova (1989, p. 87-88), a tarefa de definir a norma jurídica é penosa pelas dificuldades que oferece a imensa complexidade constitutiva de todo objeto cultural. Portanto, a norma jurídica não é uma estrutura simples, pois nela há elementos que se entrecruzam: o psíquico, o social, o histórico, os valores, não sendo fácil distinguir e basear a definição de seus caracteres. Nesta perspectiva, as notas que figuram no conceito devem ser universais e necessárias, isto é, devem ser encontradas, forçosamente, em qualquer espécie de norma jurídica.

São por essas razões que a problemática conceitual em torno dos elementos que compõem a estrutura da norma jurídica não é de fácil compreensão, devido à sua complexidade, o que tem provocado divergências doutrinárias.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo partiu da premissa de que o estudo da norma jurídica é bastante complexo e possui múltiplos pontos a serem abordados. Entretanto, a pesquisa se restringiu apenas ao aspecto estrutural da norma jurídica, elementos da estrutura interna, que lhe são essenciais para distinguir de outras normas convencionais.

Certos conceitos elementares da Ciência do Direito envolvem controvérsias entre os juristas, haja vista existirem várias propostas teóricas, o que se verificou neste estudo da norma jurídica para se encontrar um elemento essencial na sua estrutura que irá diferenciá-la das demais normas na ordem social.

Para alcançar um conceito geral de norma jurídica é preciso, portanto, abandonar a concepção formalista do Direito de Hans Kelsen, qual reduz o Direito a norma e essa a um juízo hipotético, através do verbo dever ser, ou seja, uma consequência (C) ao fato (F). Isso porque o Direito é apenas um dos instrumentos de controles sociais, ao lado das normas convencionais que buscam o aprimoramento e pacificação nas relações sociais humanas.

Para a corrente sancionista, liderada por Hans Kelsen, o elemento essencial da norma jurídica é a sanção imposta independentemente da vontade de seus destinatários, que ficam obrigados a observá-las, para não sofrerem uma sanção pela violação da norma. Por outro lado, os autores da corrente não-sancionista, dentre eles, Marcos Bernardes de Mello, Karl Larenz e Pontes de Miranda, a estrutura lógica da norma jurídica constitui uma proposição que se utiliza de uma linguagem da lógica tradicional, em que basta o suporte fático e a prescrição do preceito a ele correspondente para a norma jurídica ser completa do ponto de vista lógico-formal, que pode ser assim expressa: "se SF então deve ser P", em que a hipótese é representada pelo suporte fático (SF) e a tese pelo preceito (P).

Além disso, conclui-se que o conceito da norma jurídica envolve um problema de natureza filosófica, uma vez que faz surgir muitos elementos acidentais na sua estrutura, os quais cobrem sua verdadeira natureza. Dessa maneira, dificulta a busca de um elemento essencial que possa valer como universal para diferenciá-la

das demais normas de convivência social. Porém, a doutrina deve buscar um método apropriado para conceito de norma jurídica, considerando a essência, ou mesmo seus caracteres essenciais, os quais no conjunto iriam constituir seu conceito, uma vez que o conceito fixa a essência ideal.

Portanto, essas considerações revelam a imensa dificuldade para se chegar a um conceito de norma jurídica de consenso na doutrina, bem como um modelo de sua estrutura, dada à complexidade constitutiva que envolve a estrutura da norma jurídica, haja vista que a linguagem do Direito possibilita a subjetividade do intérprete, o que leva esse estudo a discussões infundáveis, mas que estão sempre contribuindo para a experiência e avanços na Ciência do Direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALDROVANDI, Andréa; ENGELMANN, Wilson; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado — um percurso com várias matizes teóricas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>. Acesso em: 15 mai. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ed. Malheiros. 4. ed. rev. 3. tiragem: São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação: Alaôr Caffé Alves - Bauru, 2. ed. revista São Paulo: EDIPRO, 2003.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues: São Paulo: Ícone, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 2. ed. rev. ampl. Renovar: Rio de Janeiro, me.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Conceito de norma jurídica com problema de essência.** 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

JÚNIOR, José Cretella. **Primeiras lições de direito.** Rio de Janeiro: Forense: 1997.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Jair. **Herança Jurídica de Hans Kelsen.** Campo Grande: UCDB, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 8. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo. 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12. ed. Saraiva: São Paulo. 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES, Francisco Cavalcanti de Miranda. **Introdução à Ciência do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972 a.t. I.

_____. **Sistema de Ciência Positiva do Direito: investigação científica e política jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972 c.t. III.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO, A QUALIDADE DE VIDA E O ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO

REFLECTIONS ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH AUTISM SPECTRUM DISORDER, QUALITY OF LIFE AND ACCESS TO THE LABOR MARKET

Amanda Pereira Risso Saad¹

Graciele da Silva²

Ady Faria da Silva³

Michel Canuto de Sena⁴

Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos⁵

Resumo: O presente artigo traz as reflexões sobre o direito das pessoas com transtorno do espectro do autismo, a qualidade de vida e o acesso ao mercado de trabalho. O objetivo central é verificar, por meio do estado da arte, as possibilidades e as ferramentas para a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho. Para tanto, utilizou-se a metodologia de revisão de literatura, recorrendo às plataformas de buscas de artigos e demais textos, além de livros físicos e de e-book que abarcam a temática. Como resultado, espera-se que a presente pesquisa possa enriquecer a temática e além disso, para que as pessoas tenham acesso à informação sobre o transtorno do espectro do autismo.

Palavras-chave: Inclusão. Autismo. Mercado de Trabalho.

¹ Doutoranda pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste. Campo Grande, MS

² Graduada em Direito, especialista em Direito e mestre pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

³ Graduado em direito, especialista em Direito e mestre pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

⁴ Graduado em direito, especialista em direito. Mestre (UFMS). Doutor (UFMS). Doutorando em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutorando em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-oeste pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-doutorando em Letras pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professor de direito.

⁵ Graduado em Farmácia Bioquímica pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Titular Aposentado (Full Professor) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professor Visitante (Visiting Researcher) (2019-2021). Pesquisador Sênior Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste (PPGSD), da Faculdade de Medicina (FAMED), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Abstract: This article brings reflections on the rights of people with autism spectrum disorder, quality of life and access to the job market. The central objective is to verify, through the state of the art, the possibilities and tools for the inclusion of these people in the labor market. For this purpose, the literature review methodology was used, using search platforms for articles and other texts, in addition to physical books and e-books that cover the theme. As a result, it is expected that the present research can enrich the theme and, in addition, so that people have access to information about the autism spectrum disorder.

Keywords: Inclusion. Autism. Labor market.

Recebido em: 07/02/2023
Aceito para publicação em: 20/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, a dignidade da pessoa humana tem sido alvo de discussões, especialmente frente às garantias vitais de cada indivíduo. Nesse contexto, viver com dignidade é um valor fundamental ao ser humano, e as pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) dispõem de condição especial que deve ser respeitada por apresentar dificuldades sociocomunicativas, prejuízos nas habilidades de interação social e comportamental. No entanto, mesmo gozando de condições especiais, frequentemente, são alvos de discriminação a partir de preconceito, exclusão e desrespeito aos seus direitos.

A intolerância diante da diversidade pode ser exteriorizada por situações cotidianas discriminatórias que vitimizam e desqualificam os sujeitos que devem ser inseridos socialmente. A exclusão das pessoas com TEA, em geral, decorre de fatores que, além da própria limitação existente, violam o princípio da dignidade da pessoa humana, a necessitar, por isso, de ampla conscientização popular, a fim de minimizar diversos tipos de preconceitos (FARAH; CUNHA, 2020).

O TEA tem uma condição de comprometimento na interação social, com início na infância e tende a persistir ao longo do ciclo vital. Na maioria dos casos, as condições são aparentes durante os primeiros cinco anos de vida, podendo apresentar condições coexistentes ao mesmo tempo, tais como epilepsia, depressão, ansiedade, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2023).

O nível de funcionamento intelectual em indivíduos com TEA é extremamente variável, estendendo-se do nível 1 (um), que necessita de pouco suporte, ao nível 3 (três), que necessita de muito suporte. Em decorrência disso, fazem-se necessárias intervenções por meio de tratamento comportamental e treinamento de habilidades para os pais, com vista a reduzir dificuldades e melhorar a qualidade de vida, repercutindo de maneira positiva no seu bem-estar dessa população (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2023).

Nesse contexto, as intervenções para as pessoas com TEA precisam ser acompanhadas por ações que contemplem ambientes físicos, sociais e atitudinais mais acessíveis, inclusivos e de apoio. Em todo o mundo, as pessoas com transtorno do espectro autista são frequentemente sujeitas à estigmatização, discriminação e violações de direitos humanos e, globalmente, o acesso aos serviços e apoio para essas pessoas é inadequado (OPAS).

2 DIREITO DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO (TEA)

O TEA é considerado transtorno do neurodesenvolvimento, com início dos sintomas nos primeiros anos de vida, afetando principalmente as áreas da comunicação, comportamento e a interação social. Somadas a essas condições, existe também a extensiva busca por informações sobre o transtorno, por terapeutas qualificados, redes de apoio, serviços sociais, proporcionando sobrecarga aos familiares (WEISSHEIMER; MAZZA; SANTANA *et al.*, 2021).

As famílias podem experimentar uma enorme tensão em ter de apoiar persistentemente uma criança com TEA, e intervenções parentais de apoio são projetadas para fornecer e compartilhar experiências com outras pessoas que estão em situações semelhantes (YOUNG; HOLLINGDALE; ABSOUD *et al.*, 2020).

O Brasil vem avançando na implementação dos apoios necessários ao pleno e efetivo exercício da capacidade legal por todas as pessoas com deficiência. A Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista garante que as pessoas com autismo sejam consideradas pessoas com deficiência, com direito a todas as políticas de inclusão estabelecidas pela Lei 12.764/2012. Nesse sentido:

[...] Em que pese tal fato, é consenso entre os especialistas que para se fazer um diagnóstico eficaz, é necessário que o estudo de cada caso seja realizado de forma interdisciplinar, contando com profissionais de diversas áreas, como a da saúde e da educação

(médicos, psicólogos, nutricionistas, fonoaudiólogos, assistentes sociais, pedagogos, dentre outros), além de programas sociais de apoio e de inserção social. Foi nesse cenário, que surgiu a necessidade de leis que apoiassem a causa autista, garantindo o amplo acesso aos direitos fundamentais dos portadores do transtorno, bem como a garantia de respeito à dignidade humana. Assim, no dia 27 de dezembro de 2012, foi sancionada a Lei Federal 12.764, que instituiu a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com o Transtorno do Espectro Autista. Dessa forma, a partir desse ponto, será realizada uma análise da lei, explanando os aspectos importantes trazidos, para, em momento posterior, demonstrar a sua eficácia jurídica e discutir quando a sua efetividade (VALENTE, 2017, p. 5).

O Decreto 7.612/2011 instituiu o Plano Viver sem Limite com a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com *status* de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2011, p. 1).

O Plano Viver sem Limite estabeleceu como diretrizes: garantia de um sistema educacional inclusivo; garantia de que os equipamentos públicos de educação sejam acessíveis para as pessoas com deficiência, inclusive por meio de transporte adequado; ampliação da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho; ampliação do acesso das pessoas com deficiência às políticas de assistência social; promoção do acesso, do desenvolvimento e da inovação em tecnologia assistiva, dentre outros (BRASIL, 2011).

O ambiente escolar, quando não adaptado, pode provocar nas pessoas com TEA a sensação de isolamento e angústia, levando à recusa de frequentar a escola. Nesse aspecto, é importante que o Estado desenvolva políticas de inclusão, na escola e na sociedade, de forma que as necessidades dessas pessoas sejam atendidas, visando à inserção social, ao respeito aos direitos e a uma vida com dignidade.

Em 2012, a Lei 12.764 instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, passando a considerar, como constituinte

desse espectro, deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por prejuízos tanto na comunicação verbal, quanto não verbal, usadas para interação social; ausência de reciprocidade social; dificuldades marcantes para desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento; padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos (BRASIL, 2012).

A Lei n.º 13.977/2020, conhecida como Lei Romeo Mion, criou a Carteira de Identificação da Pessoa com TEA (CIPTA), visando garantir atenção integral, pronto atendimento e prioridade no atendimento e no acesso aos serviços públicos e privados, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social (BRASIL, 2020).

A carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista permite que a pessoa tenha acesso aos seus direitos, considerando que é impossível identificar visualmente o transtorno. Os déficits centrais podem variar de acordo com o nível de suporte e ao longo do ciclo vital. O TEA está associado a uma condição genética ou algum fator ambiental em que a gestante esteve exposta e pode coexistir com outra condição mental ou comportamental (YOUNG; HOLLINGDALE; ABSOUD *et al.*, 2020).

A Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que todas as pessoas com deficiência devem usufruir de todos os direitos e liberdades estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie. Enfatiza a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, incluindo aquelas que necessitam suporte mais intensivo, como pode ser o caso de inúmeras pessoas com TEA de baixo funcionamento (FRIEDEL, 2015).

O conhecimento de valores básicos cívicos por parte da pessoa com TEA requer esforços de uma rede de apoio, a qual envolve a participação da família, comunidade e governos. Tal envolvimento favorece para o amadurecimento e prepara a pessoa para a inserção nos processos de trabalho, possibilitando a

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 71-84, mar./jun.2023

compreensão, mesmo com limitações, de aspectos como responsabilidade pelas suas ações, respeito mútuos, imparcialidade, justiça e tolerância (UNICEF, 2011; SANTOS, XAVIER, NUNES, 2009; TEDESCO et al, 2006).

2.1 Qualidade de vida e o mercado de trabalho para pessoas com TEA

A convivência familiar e os laços afetivos entre seus membros são considerados elementos essenciais para o desenvolvimento humano, a iniciar na primeira infância, independente de ter ou não um transtorno. Os indivíduos com TEA têm uma combinação de sintomas que influenciam em áreas importantes do desenvolvimento humano, especialmente nas interações com seus pares e membros familiares. Isso se dá devido a construção deficitária do neurônio espelho.

O diagnóstico de uma condição crônica tende a proporcionar sensações com diversos sentimentos que podem ser acompanhados de frustração, insegurança, medo e desesperança, dentre outros. Considerando que o nascimento de uma criança é constituído por um novo ciclo, idealizado por toda a família, quando ocorrem rupturas nessa idealização, todos os membros familiares são afetados (PINTO, et al., 2016).

A saúde de todos os familiares envolvidos é importante para o desenvolvimento da pessoa TEA e, independente da idade, os familiares necessitam de apoio social em diferentes momentos, quando atendidos, repercute em qualidade de vida. Nesse contexto, a entrada da pessoa com TEA no mercado de trabalho mostra-se como um processo complexo, dificultoso, mas, sobretudo, necessário do ponto de vista de seu desenvolvimento psicossocial e igualdade de direitos frente à atual estrutura social (SAAD, 2016).

Leopoldino (2015) descreve que as pessoas com TEA relatam dificuldades de inserção no mercado de trabalho, especialmente para conseguir emprego, manter-se nele e obter colocação compatível com a formação e expectativas. Essas situações acarretam dependência do governo, instituições ou parentes, e os coloca em dificuldades financeiras, ainda que apresentem formação e capacidade para trabalhar

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 71-84, mar./jun.2023

(LEOPOLDINO, 2015).

No entanto, mesmo com os inúmeros benefícios da inserção do trabalho para a pessoa com TEA, observa-se que o jovem com deficiência sofre exclusão em diversos segmentos da sociedade. E no caso do espectro do autismo, há dificuldades significativas devido à complexidade deste transtorno que atinge áreas importantes para o desenvolvimento interpessoal, dentre as dificuldades, destacam-se déficits na comunicação, interação social e comportamentos desajustados (LEITE; MONTEIRO, 2008; SPROVIERI; ASSUMPÇÃO JÚNIOR, 2001). No mesmo sentido:

[...] Considerando-se as políticas adotadas e as necessidades das pessoas com autismo, podem ser vislumbrados quatro grandes eixos de políticas públicas relacionadas à inclusão no mercado de trabalho: 1- Preparação para a atuação profissional (envolve o acesso à educação efetiva); 2- Incentivo à contratação (compreende o incentivo financeiro a estágios e à contratação em organizações privadas, a abertura de vagas de estágio e emprego em organizações públicas, programas de formação de mentores, gestores e empregadores, programas de conscientização de empregadores e gestores/líderes e incentivo ao empreendedorismo, voluntariado e cooperativismo); 3- Fomento à produção científica (compreende a promoção da criação de grupos de pesquisas, o estímulo à realização de eventos, à pesquisa, publicação e extensão universitária); 4- Aquisição de informações precisas sobre a questão (permite informações para a tomada de decisão relativa às políticas públicas, além de oferecer informações sobre o autismo para a sociedade). Os quatro eixos temáticos envolvem a adoção de um conjunto de práticas que podem ser implantadas, capazes de estimular a atuação profissional de pessoas com TEA (LEOPOLDINO, 2015; LEOPOLDINO; COELHO, 2017). A inclusão de autistas no mercado de trabalho deve ser considerada como um processo de ações coordenadas, advindas de políticas públicas relativas ao tema. Esse processo deve envolver: preparação dos indivíduos; encaminhamento destes para o mercado de trabalho; adequações do ambiente laboral; acompanhamento de todo o processo desde a contratação até o desenvolvimento do indivíduo no ambiente de trabalho (LEOPOLDINO; COELHO, 2017). Segundo a Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015), é dever do Estado, sociedade e família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos, dentre eles, o trabalho. Ainda de acordo com a LBI, pessoas com deficiência têm direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, de igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Ainda segundo esta lei, as pessoas jurídicas (pública, privada ou de qualquer natureza) são

obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos. (DA SILVA TALARICO; DOS SANTOS PEREIRA; DE NORONHA GOYOS, 2019, p. 6).

Esses déficits podem impactar de maneira negativa a pessoa com deficiência pelo fato de que, em alguns casos, se torna incompreensível para as pessoas de seu convívio, o que reflete diretamente em uma diminuição da qualidade de vida (GÓES, 2012).

Há a necessidade de romper com estigmas e a exclusão social dessa população, além da percepção de que são vítimas passivas e objetos de caridade (VALLE; CONNOR, 2014; BRASIL, 2013; BASTOS, 2012). Nesse contexto de desigualdade social, além da diminuição da qualidade de vida, existem elementos que os tornam propensos e vulneráveis aos tipos velados de violência e abusos, menores oportunidades de qualificação e de vivenciar experiências inerentes à fase de vida em que se encontram (BRASIL, 2013; BASTOS, 2012; UNICEF, 2011; SOUZA; OLIVEIRA, 2011).

Em uma pesquisa realizada em Campo Grande, MS, sobre aspectos do desenvolvimento psicossocial de adolescentes com TEA, observou-se que 100% dos participantes não tinham tido experiências com o mercado de trabalho e, sequer, com projetos de qualificação profissional (SAAD, 2016).

A escassez de projetos ofertados nesta área vai ao encontro do cenário de pesquisa brasileiro, conforme pontua Leopoldino (2015), pois os dados revelaram baixo número de grupos de pesquisas em inclusão no trabalho direcionado às pessoas com deficiência, principalmente sobre o TEA. Segundo o autor, os principais motivos envolvem obstáculos metodológicos e restrições de financiamento.

Contudo, a capacitação de habilidades sociais pode ser realizada em populações clínicas, tais como a capacidade de comunicação necessária para iniciar, manter e finalizar uma conversa, a capacidade de resolução de problemas simples, pedidos de auxílio, aceitação ou recusa de pedidos (MURTA, 2005).

Aydos (2016) compartilha uma experiência de um jovem com autismo em um ambiente de trabalho e aponta para a necessidade, em alguns casos, de haver

um tutor ou monitor durante o processo de aprendizagem e permanência na empresa, facilitando para que se desenvolvam as habilidades necessárias à função.

Do ponto de vista de apoio familiar, observa-se que há dificuldades dos pais ou responsáveis em estimular a autonomia e em delegar responsabilidades para a pessoa com TEA em decorrência do próprio controle parental comum nas relações entre pais e filhos com deficiência. O estímulo dos pais à independência envolve renúncia em determinadas áreas do desenvolvimento do filho, tais como aquelas em que é possível decidir de maneira madura, mas deve haver um apoio nas áreas em que a tomada de decisões se revela imatura (SANTROCK, 2014).

A inserção da pessoa com TEA no mercado de trabalho requer, inevitavelmente, a participação de instituições públicas e privadas no sentido de proporcionar projetos de qualificação para esta população. Para tanto, deve-se priorizar a participação de profissionais de diferentes áreas do conhecimento, favorecendo para que haja uma postura interdisciplinar (SAAD, 2016, BRASIL, 2014). Além desse aspecto interdisciplinar, o Ministério da Saúde enfatiza outras questões que auxiliam para o desenvolvimento psicossocial:

No caso do adulto ou do idoso com TEA – um pouco diferente do que ocorre na intervenção inicial e na educação infantil, em que há muita ênfase no desenvolvimento de habilidades de base ou pré-requisitos –, o foco do atendimento deve se voltar à integração e ao acesso aos serviços, à comunidade, à inserção no mercado de trabalho e ao lazer (BRASIL, 2014, p. 64).

O uso de novas tecnologias pode ser aliado da qualificação profissional de pessoas com esse espectro, considerando que os recursos visuais despertam interesse, estimulam a ampliação das relações sociais e fortalecem o contato com os pares (BRASIL, 2013; PASSERINO; SANTAROSA, 2007).

Neste sentido, os projetos de preparação para o mercado de trabalho possibilitam a diminuição das repercussões negativas em que a privação de experiências profissionais e de convívio social resultam na dinâmica pessoal, além de

favorecer a formação de uma identidade e no posicionamento frente à sociedade (PAPALIA; OLDS; FELDMAN, 2010; MANFEZOLLI, 2004).

Outro aspecto que a inserção de pessoas com TEA nesse contexto proporciona é a reflexão sobre o modelo hegemônico de independência e produtividade, possibilitando a construção de novas sensibilidades sociais de inclusão, interdependência, o que de fato repercute em maiores ganhos na qualidade de vida para ambos os envolvidos (AYDOS, 2016).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática de inclusão de pessoas com TEA no mercado de trabalho na sociedade contemporânea necessita de pesquisas científicas para desvendar especificidades e, ainda, de desenvolvimento de qualificação de profissionais de saúde e educação para operacionalizar saberes.

Ademais de constituir direito, tal inserção promove ganhos singulares à pessoa com transtorno, especialmente em sua autonomia e qualidade de vida. Dessa forma, revela-se uma preocupação ética e política lutar pela garantia de direitos e implementação de práticas interdisciplinares para esta população.

Além disso, a família também deve ser eixo central das intervenções terapêuticas, tanto no sentido de ofertar informações a respeito do transtorno, quanto de oferecer assistência psicológica para os membros familiares lidarem com as repercussões do TEA.

Assim sendo, propostas de trabalhos transdisciplinares as quais dialogam e interagem entre si, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento, gestores públicos, familiares e a própria pessoa com deficiência, são fundamentais para ampliação de políticas públicas no campo do TEA, a fim de garantir direitos vitais e promover a qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

AYDOS, Valéria. Agência e subjetivação na gestão de pessoas com deficiência: a inclusão no mercado de trabalho de um jovem diagnosticado com autismo. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 22, n. 46, p. 329 – 358, jul./dez., 2016.

BASTOS, Olga Maria. Adolescente com deficiência. In: NOGUEIRA, Katia Telles (Coord.) LIBERAL, Edson Ferreira; VASCONCELOS, Marcio Moacyr (Org.). **Adolescência**: série pediatria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 377 – 384.

BRASIL. **Lei nº 13.977, de 27 de janeiro de 2020**. Altera a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana), e a Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, para instituir a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (CIPTA), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13977.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Diretrizes de atenção à reabilitação da pessoa com transtornos do espectro do autismo (TEA)**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Linha de cuidado para a atenção às pessoas com transtornos do espectro do autismo e suas famílias na rede de atenção psicossocial do SUS**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

TALARICO, Mariana Valente Teixeira da Silva; PEREIRA, Amanda Cristina dos Santos; GOYOS, Antonio Celso de Noronha. A inclusão no mercado de trabalho de adultos com Transtorno do Espectro do Autismo: uma revisão bibliográfica. **Revista Educação Especial**, v. 32, p. 1-19, 2019.

FARAH, Fabiana Barrocas Alves; CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Autismo: aspectos jurídicos da acessibilidade e respeito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1., p. 282-299, 2020.

FRIEDEL, Evelyne. Introductory Remarks on the Rights of People with Autism to Education and Employment: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities & the European and National Perspectives. (org.) FINA, Valentina Della; CERA, Rachele. *In: **Protecting the Rights of People with Autism in the Fields of Education and Employment***. Springer, 2015, p. 1-10.

LEITE, Gabriela Almeida; MONTEIRO, Maria Inês Bacellar. A construção da identidade de sujeitos deficientes no grupo terapêutico - fonoaudiológico. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 14, n. 2, p.189-200, maio/ago. 2008.

LEOPOLDINO, C. B. Inclusão de autistas no mercado de trabalho: uma nova questão de pesquisa. **Revista Eletrônica Gestão e Sociedade**, v. 9, n. 22, p. 853-868, jan./abril, 2015.

MURTA, Sheila Giardini. Aplicações do treinamento em habilidades sociais: análise da produção nacional. **Psicologia: reflexão e crítica**, v. 18, n. 2, p. 283 – 291, 2005.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Folha informativa**: transtorno do espectro autista, 2021. [Internet]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/transtorno-do-espectro-autista>.

PAPALIA, Diane .E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth. Duskin. **O mundo da criança**: da infância à adolescência. 11. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

COLLET, Neusa; NETO, Vinicius Lino de Souza; PINTO, Rayssa Naftaly Muniz; REICHERT, Altamira Pereira da Silva; SARAIVA, Alynne Mendonça; TORQUATO, Isolda Maria Barros. **Autismo infantil**: impacto do diagnóstico e repercussões nas relações familiares. *Revista Gaúcha Enfermagem*, v. 37, n. 3, p. 1-9, set. 2016.

SAAD, Amanda Pereira Risso. **Desenvolvimento psicossocial de adolescentes com Transtorno do Espectro do Autismo**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Saúde e Desenvolvimento na região Centro-Oeste. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. 2016.

XAVIER, Alessandra Silva; NUNES, Ana Ignez Belém Lima; SANTOS, Michelle Steiner dos. Adolescência: aspectos históricos e biopsicossociais. *In: **Psicologia do desenvolvimento**: teorias e temas contemporâneos*. Brasília: Liber Livro, 2009, p. 109 – 124.

SANTROCK, John. **Adolescência**. 14. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

SOUZA, Marilza Terezinha Soares de; OLIVEIRA, Adriana Leônidas de. Fatores de proteção familiares, situações de risco, comportamentos e expectativas de jovens de

baixa renda. In: DELL'AGLIO, Debora Dalbosco; KOLLER, Silvia Helena. (Orgs.). **Adolescência e juventude:** vulnerabilidade e contextos de proteção. São Paulo: Casa do psicólogo, 2011, p. 47 – 75.

SPROVIERI, Maria Helena S. JÚNIOR, Francisco Baptista Assumpção. Dinâmica familiar de crianças autistas. **Arquivos de Neuropsiquiatria**, v. 59, n. 2, p. 230 - 237, 2001.

TEDESCO, Mirna Reni Marchioni; VILLELA, Sandra Maria De Freitas Villela; MANZONI, Cláudia Regina Tacollini; IGLESIAS, Sandra Helena. Atenção à saúde do adolescente com deficiência. In: SÃO PAULO. Secretaria da Saúde. **Manual de atenção à saúde do adolescente.** Coordenação de Desenvolvimento de Programas e Políticas de Saúde - CODEPPS. São Paulo: SMS, 2006, p. 117 – 119.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Situação mundial da infância 2011. **Adolescência:** uma fase de oportunidades, p. 22 – 68, 2011.

VALENTE, Nara Luiza. A Lei 12.764/2012: uma análise da proteção jurídica ao autista. In: **II Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: Desafios Contemporâneos**, 2017.

Jan W. Valle; CONNOR, David J. Contemplando a (in) visibilidade das deficiências. In: Jan W. Valle; CONNOR, David J. **Ressignificando a deficiência:** da abordagem social às práticas inclusivas na escola. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 33 – 54.

WEISSHEIMER, Gisele.; MAZZA, Verônica de Azevedo; SANTANA, Julia Mazul; RUTHES, Victoria Beatriz Trevisan Nobrega Martins; FREITAS, Cibelly Aliny Siqueira Lima. Information demands from families of children with Autism Spectrum Disorder. **Rev Bras Enferm.** v. 74, n. 5:e20200642, Jun. 2021.

YOUNG, Susan; HOLLINGDALE, Jack; ABSOUD, Michael. Guidance for identification and treatment of individuals with attention deficit/hyperactivity disorder and autism spectrum disorder based upon expert consensus. **BMC Medicine**, v. 18, n. 146, p. 1-29, mai., 2020.

POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA AGRICULTURA FAMILIAR

PUBLIC POLICIES FOCUSED ON FAMILY FARMING

José Ferreira Leão¹
Kátia Eliane Santos Avelar²
Maria Geralda de Miranda³

Resumo: No Brasil, a agricultura familiar ocupa destaque como um segmento muito importante da economia nacional. O grande desafio é torná-la sustentável do ponto de vista econômico e ambiental. Este artigo tem como objetivo discutir as políticas públicas voltadas para a agricultura familiar, bem como suas especificidades. Inicialmente, serão abordados aspectos teóricos dessas políticas públicas e a seguir serão destacadas leis federais e programas, bem como leis municipais que regulamentam essa atividade econômica. Concluiu-se que há várias leis e programas fundamentais à implementação no Brasil. Conclui-se que, nos últimos anos, há falta de investimentos nos programas existentes, de modo que com a pandemia, a situação dos pequenos agricultores voltou a ser tema de preocupação, uma vez que tais políticas são fundamentais para a permanência de pequenos proprietários de terra no campo.

Palavras-chave: ODS 2. Agricultura Familiar. Sustentabilidade. Agroecologia.

Abstract: In Brazil, family farming is a prominent segment of the national economy. The great challenge is to make it economically and environmentally sustainable. This article aims to discuss public policies focused on family farming, as well as their specificities. Initially, theoretical aspects of these public policies will be addressed and federal laws and programs will be highlighted below, as well as municipal laws regulating this economic activity. It was concluded that there are several laws and programs fundamental to implementation in Brazil. It is concluded that in recent years, there is a lack of investments in existing programs, so that with the pandemic, the situation of small farmers has once again been a topic of concern, since such policies are fundamental for the permanence of small landowners in the countryside.

Keywords: ODS 2. Family farming. Sustainability. Agroecology.

¹ Graduado em Filosofia no Seminário Diocesano de Nossa Senhora do Rosário; Graduado em Filosofia no CETAI - Centro de Teologia Aplicada Integrada; Graduado em Teologia no Seminário Diocesano de Nossa Senhora do Rosário; Bacharel em Teologia no CES/JF - Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora; Pós Graduado Lato Sensu em Docência do Ensino Básico FTED - Faculdade de Tecnologia Equipe Darwin.

² Possui graduação em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Doutorado e Mestrado em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

³ Possui graduação em Comunicação Social (Jornalismo) pela FACHA e em Letras Clássicas e Vernáculas pela FEUC. Doutora em Estudos Culturais pela UFF. Pós-doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, em Narrativas Visuais pela Universidade Clássica de Lisboa e em Estudos Culturais Africanos pela UFRJ.

*POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA
AGRICULTURA FAMILIAR*

*José Ferreira Leão
Kátia Eliane Santos Avelar
Maria Geralda de Miranda*

Recebido em: 14/02/2023
Aceito para publicação em: 15/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que, do ponto de vista legal, o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, já previa a agricultura familiar, ao conceituar os termos “propriedade familiar”, onde se lê: propriedade de determinada área, explorada direta e pessoalmente pelo agricultor e sua família, mesmo que eventualmente com a ajuda de terceiros. (BRASIL, 1964). Mas foi a partir da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, que foram formuladas diretrizes para a agricultura familiar (BRASIL, 2006) e que passou a usar o termo agricultura familiar, no ordenamento jurídico brasileiro. (GABOARDI JR, 2013).

A agricultura familiar, na atualidade, é aquela desenvolvida por agricultor que não detenha, a qualquer título, área superior a quatro módulos fiscais e que se utilize de mão de obra familiar preponderantemente, o que não exclui a colaboração ou até mesmo a contratação de terceiros, cuja renda não seja superior a R\$ 70,00 por integrante da célula familiar. (GABOARDI JR, 2013).

O critério de renda utilizado como parâmetro foi determinado conforme o texto do parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 7.644, de 16 de dezembro de 2011 (BRASIL, 2011), que regulamenta o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais instituída pela Lei nº 12.512 de 14 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011) a qual definiu o critério de renda mencionado na já citada Lei nº 11.326/2011.

A Agenda 2030, por meio da meta 2.3 do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável de número 2, ODS 2, prevê até 2030 “aumentar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente de mulheres, agricultores familiares, povos e comunidades tradicionais”. (IPEA, 2021).

Tal agenda também reconhece a necessidade de participação e a criação de mecanismos viáveis para garantir direitos a todos e principalmente segurança alimentar. Ainda hoje é preocupante o quadro de desnutrição apresentado pelos estudos e levantamentos feitos pelos organismos das Nações Unidas responsáveis pela agricultura e o combate à fome. A ONU em 1946, fez o lançamento da primeira campanha mundial de luta contra a fome e em 10 de dezembro 1948, a Assembleia

Geral da ONU, em Paris, concretizou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, destacando no artigo 25º o direito à alimentação. (ZIEGLER, 2013). Passados tantos anos após a Declaração, o mundo e os governantes ainda não conseguiram erradicá-la.

Para Veiga (1996), o meio ambiente interage diretamente tanto com a agricultura quanto com a produção alimentar, e nos países mais desenvolvidos há um movimento social em ascensão que ataca em três frentes: combate à degradação dos agro ecossistemas, provocada pelo processo modernizador do século XX; exige novas regras disciplinares para o sistema agroalimentar; e promove práticas mais adequadas à preservação dos recursos naturais e ao fornecimento de alimentos mais saudáveis. Essa é a tripla missão das campanhas pela agricultura sustentável.

2 PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DO CAMPO E O ÊXODO RURAL

Em função da transição da economia de base agroexportadora para uma economia urbano-industrial, a partir da crise do café em 1929, o Estado brasileiro passou a exercer forte presença no desenvolvimento econômico, por meio de políticas macroeconômicas e desenvolvimentistas, que atendiam aos interesses da oligarquia cafeeira. (PRIORI; POMARI; VENÂNCIO; IPÓLITO, 2012)

O interesse pela industrialização e o anseio em aumentar a produção nacional resultaram no processo de modernização da agricultura brasileira nos anos de 1960, culminando na manutenção dos problemas no campo e na existência de conflitos localizados pela posse da terra.

A industrialização no Brasil, como se sabe, começou tarde em relação aos países centrais. A indústria, sob orientação do mercado interno, é tributária de fluxos externos com tecnologia incorporada e desincorporada, substancial esforço tecnológico voltado para adaptar ao contexto local e o fluxo de conhecimentos externos. (ANDRÉ & RUY, 2005).

Segundo Katz (2001), o Brasil é favorito na produção de setores de baixa tecnologia (alimentos, têxteis, refino, madeira, minerais não-metálicos e metalurgia

básica) e média-baixa (maquinaria, plástico e borracha), possuindo vantagens competitivas com os países ricos e industrializados, devido à menor proporção e expressividade em seus impactos.

Diante deste baixo desenvolvimento tecnológico, e em busca da construção de um referencial agrícola e agrário, desde a metade da década de 50, o Brasil adotou de forma governamental mais acentuada estratégia de industrialização para substituir importações, que era o referencial global, como tentativa de superação à defasagem de industrialização. (BIELSCHOWSKY, 2006, 2000).

A estratégica nacional-desenvolvimentista, indústria X exportações na década 1960, apresentou crise em razão de abastecimento interno e alta inflação. O Estado assumiu como agente produtivo a criação de infraestruturas estatais; agente financeiro, promovendo mudança de estrutura industrial; articulador de capitais privados nacionais e internacionais; formulador e executor de políticas macroeconômicas e setoriais, focado na constituição de uma economia industrial, excludente e promotora de críticas emergenciais em todo o país (DELGADO, 2010, 1988; COELHO, 2001; CASTRO, 1984).

Segundo Colistete (2001), com a organização da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em 1931, foi criada a estrutura representativa das indústrias brasileiras, que foram destaque na dimensão econômica e social na década de 40 e 50 no Brasil e que advertiu na primeira metade dos anos de 1950 sobre a teoria do subdesenvolvimento da Comissão Econômica para a América (CEPAL-1949).

Furtado (1976) afirma que foi durante a primeira Guerra Mundial que se iniciou o processo considerado a primeira fase de aceleração do desenvolvimento no Brasil. A sociedade brasileira, herdeira do processo colonial e sem acesso à terra, refém de reconhecimento, escravidão, exploração e desumanização, acabou gerando um Brasil de estruturas anacrônicas prisionais, favoráveis a uma elite privilegiada. (FURTADO, 1991, p. 63).

E com a industrialização chegando ao campo na década de 60, a crise agravou-se mais. Em termos sociais, o aumento do número e utilização de tratores, além de outros implementos e insumos agrícolas, eliminou muitos empregos no

campo e engrossou as migrações para as cidades. Houve nesse momento uma intensificação do êxodo rural, com uma população excluída se direcionando para cidades de maior porte no país. (PRIORI; POMARI; VENÂNCIO; IPÓLITO, 2012)

A transferência da população do campo para a cidade não foi um fenômeno provocado apenas pela modernização agrícola. A substituição do café por culturas oleaginosas diminuiu significativamente a utilização de mão de obra no meio rural, já que a soja e o trigo, por exemplo, não eram plantações permanentes, pois estavam inclusas no sistema de rotação de culturas, além de contarem com um elevado nível de mecanização, dispensando a utilização de grande quantidade de mão de obra. (PRIORI; POMARI; VENÂNCIO; IPÓLITO, 2012)

3 POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A ÁREA RURAL:

Grisa (2014) pontua que a Constituição de 1988 foi a responsável pela ampliação e espaço quanto à participação social e reconhecimento de direitos. Após o período militar, o processo de democratização forneceu maior espaço às parcelas sociais abandonadas a serem ouvidas.

Esta mesma autora apresenta uma breve abordagem do histórico sobre políticas públicas para a agricultura familiar nos últimos 20 anos no Brasil. Afirma que as políticas públicas voltadas para a agricultura familiar podem ser divididas em três gerações: a primeira caracteriza por seu referencial agrícola, entre estes créditos rurais e seguros sobre a produtividade e crédito agrário, para viabilizar a distribuição de terra; a segunda priorizava o âmbito social e assistencial, as políticas sociais visam atender os setores mais empobrecidos e, por fim, a terceira geração que contempla a construção de mercados, visando à segurança alimentar e sustentabilidade ambiental (GRISA, 2014).

A primeira geração, por meio do Decreto de nº 1.946 institui o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura (PRONAF). Política pública formulada com o objetivo de fortalecer a agricultura com crédito agrícola e apoio aos pequenos agricultores rurais, financiar projetos coletivos e individuais, contribuir na produção

de alimentos, permanência das pessoas no campo, promover a erradicação da fome e da pobreza, além da proteção ambiental e o fortalecimento do desenvolvimento sustentável. (GRISA, 2014).

Também baseada na Lei Complementar nº 93/1998 institui-se o Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF), permitindo aos agricultores rurais financiamento de imóveis. Pelo Decreto nº 5.996/2006 institui-se o Programa de Garantia de Preços da Agricultura Familiar (PGPAF). Este último, considerado um programa de apoio ao PRONAF, tinha como objetivo estimular a produtividade agrícola.

Pela Lei 12.188/2010 institui-se o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PRONATER) e Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER), para auxiliar no sistema de produção e aumentar a renda na agricultura familiar. Pela Resolução 3.2324/2014, institui-se o Seguro da Agricultura Familiar (SEAF) para promover a utilização de tecnologias viáveis, cuidado nos agroclimáticos, recursos naturais e manejo nas práticas agrícolas. (GRISA, 2014).

Na segunda geração, o PRONAF institui a Garantia da Safra para áreas degradadas pelas secas ou muitas chuvas. A Lei nº 12.427/2011 institui o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), proporcionando uma moradia (novas construções ou reformas) digna para o agricultor familiar. Também em 2015, criou-se o Programa Nacional de Sementes e Mudas para a Agricultura Familiar, objetivando propiciar acesso dos agricultores às mudas e sementes de qualidade produtiva de adaptação regional.

Pela Lei nº 11.326 de 14 de julho de 2006, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 9.064/2017, institui-se as Diretrizes de Política Nacional de Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais e esclarece as normas e características para ser um agricultor familiar. (GRISA, 2014).

Na terceira geração, a Lei nº 10.696/2003 institui o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), como benefício econômico à agricultura familiar, facilitando a compra direta da produção familiar por parte do governo, que através do Programa

Nacional de alimentação Escolar (PNAE), instituído pela lei nº 11.947/2009, como Campanha Nacional de Alimentação Escolar, adquire pela compra direta esta produção familiar que é destinada a famílias de baixa renda e escolas. O PNAE foi criado em 1954, instituído em 2009, cuja finalidade é propiciar alimentação escolar com qualidade aos alunos da rede pública pela compra direta da agricultura familiar. Segundo Grisa (2014), esta divisão de gerações se fez não por datas cronológicas, mas, por características de políticas públicas.

Tais políticas públicas da primeira geração foram formuladas (e muitas das quais efetivadas) com o objetivo de fortalecer a agricultura como parte fundamental na erradicação da fome, pobreza, proteção ambiental e o fortalecimento do desenvolvimento rural sustentável. Essa primeira geração contou com a mobilização dos movimentos sociais, sindicatos, gestores públicos e estudiosos da agricultura familiar.

Na segunda geração, os interessados são os representantes do agronegócio, já a terceira pode ser caracterizada pela junção de estudiosos e organizações ligadas à sociedade civil, vinculada às propostas da Agenda 2030 das Organizações das Nações Unidas, ONU, cuja meta 2.3, do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável de número 2, prevê até 2030 “aumentar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente de mulheres, agricultores familiares, povos e comunidades tradicionais” (IPEA, 2021).

4 LEGISLAÇÃO E PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS VOLTADOS PARA A AGRICULTURA FAMILIAR

Dispositivos constitucionais, leis e decretos relacionados à agricultura familiar são importantes para ajudar a pensar esse importante ramo da economia, que nem sempre consegue apoio, apesar das legislações existentes.

Quadro 1: Leis Federais

| Nº DA LEI | ATA PROMULGADA EM | NOME DA LEI | O QUE DISPÕE A LEI |
|------------------------|--------------------------|--|--|
| LEI Nº 5.889 | 08/ jun. 1973 | Lei do trabalho rural | Lei que sugere modificações do entendimento de que a indenização do contrato por prazo determinado safrista incluso no artigo 14 teve recepção pela Constituição Federal (art. 7º, inciso I e III) a partir do reconhecimento do direito de estabilidade provisória com os empregados contratados com prazo determinado ditado pelo Tribunal Superior do Trabalho em setembro 2012 (Súmula 244 e 378). |
| LEI Nº 8.171 | 08/ jan. 1991 | Lei da Política agrícola | Reivindica acesso ao crédito rural e ao seguro rural via Estado. |
| LEI Nº 8.212 | 24/ jul. 1991 | Lei Orgânica da Seguridade Social | Dispõe de organização da seguridade social e institui plano de custeio. |
| LEI Nº 8.213 | 24/ jul. 1991 | Lei de Benefícios da Previdência Social | Sobre planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. |
| LEI Nº 9.393 | 19/ dez. 1996 | Lei do ITR e pagamento das dívidas por Títulos da Dívida Agrária | Trata sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e pagamento de dívida por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. |
| LEI COMPLEMENTAR Nº 93 | 4/ fev. 1998 | Lei do Banco da Terra | Dispõe da instituição do Fundo de Terra e Reforma Agrária e dá outras providências. |

| | | | |
|---------------|---------------|--|---|
| LEI Nº 9.782 | 26/ jan. 1999 | Sobre Sistema de Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. | Dispõe sobre aprofundar quanto a cooperação financeira entre os entes e dispor sobre as competências de cada um deles na esfera federal e municipal. Também institui direitos de cidadania, principalmente o direito à saúde. |
| LEI Nº 10.420 | 10/ abr. 2002 | Lei de PPP, este modelo de parceria público privada no Brasil. | Cria o Fundo Garantia-safra e Benefício Garantia-safra para vítimas do fenômeno de estiagem. |
| LEI Nº 10.696 | 2/ jul. 2003 | Lei de acesso ao Programa de aquisição de alimentos (PAA). | Dispõe o alongamento e reputação de dívidas oriundas de operações de crédito rural e dá outras providências. |
| LEI Nº 10.711 | 5/ ago. 2003 | Lei de proteção de sementes vegetais. | Dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e mudas nativas e exóticas. |
| LEI Nº 10.831 | 23/ dez. 2003 | Lei de proteção da agricultura orgânica. | Lei que dispõe sobre a agricultura orgânica. |
| LEI Nº 11.326 | 24/ jul. 2006 | Lei da agricultura familiar ao (PRONAF). | Dispõe de diretrizes para a formulação de Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. |
| LEI Nº 11.346 | 15/ set. 2006 | Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. | Dispõe do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan) para a proteção do direito humano à alimentação adequada. |
| LEI Nº 11.947 | 16/ jun. 2009 | Lei da alimentação Escolar. | Dispõe o quesito do atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro direto na Escola aos educandos da educação básica; altera as Leis 10.880/2004, 11.273/2006, 11.507/2007; revoga dispositivo da Medida Provisória nº 2.178-36/2001, e a Lei nº 8.913, de 1994. |

| | | | |
|------------|------------------|--|---|
| LEI 12.188 | Nº 11/ jan. 2010 | Lei de Assistência Técnica e Extensão Rural | Dispõe de Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER) e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (PRONATER), altera a Lei nº 8.666/1993. |
| LEI 12.512 | Nº 14/ out. 2011 | Lei de política pública do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA). | Dispõe da instituição de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais e altera as Leis 10.696/2003, 10.836/2004 e 11.326/2006. |
| LEI 12.651 | Nº 25/ mai. 2012 | Lei de proteção à vegetação nativa (Código Florestal 2012). | Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis números: 6.938/1981; 9393/1996 e 11.428/2006; revoga as Leis: 4.771/1965 e 7.754/1989, e a medida Provisória nº 2.166/2001. |
| LEI 12.513 | 2011 | Lei de criação do (Pronatec). | Lei de inclusão dos pequenos agricultores ao Ensino Técnico e Emprego. |
| LEI 12.816 | 2013 | Lei para a qualificação de agricultores familiares por meio do (Pronatec-Campo). | Lei que alterou a Lei 12.513/2011 e dispõe ao Pronatec Campo a ofertar no âmbito do programa Nacional de Educação do Campo (Pronacampo), com o apoio do (MDA) e (MEC). |

Fonte: Elaborado pelos autores.

Quadro 2: Decretos

| Nº DO DECRETO | PROMULGADO EM | NOME | O QUE DISPÕE O DECRETO |
|----------------------|----------------------|--|---|
| DECRETO Nº 1.067 | 28/ jun. 1860 | Decreto embrião de criação da Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. | Dispõe da decisão pela Assembléia Legislativa, por se tratar de Decreto, sem especificar as atribuições da Secretaria do Estado. |
| DECRETO Nº 3.508 | 14/ jun. 2000 | Decreto que dispõe sobre o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (CMDRS) | Dispõe sobre o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (CMDRS). |
| DECRETO Nº 5.741 | 30/ mar. 2006 | Decreto de criação da SUASA. | Decreto nº 5.741/2006 criado pela Lei nº 9712/1998, dispõe da criação e organização do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA). |
| DECRETO Nº 5.996 | 20/ dez. 2006 | Decreto de criação de comitês e programa de garantia de preços para a agricultura familiar (PGPAF). | Dispõe de tratamento baseado na Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, e o art. 13 da Lei nº 11.322, de 13 de julho de 2006, para as operações contratadas sob a égide do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf). |
| DECRETO Nº 7.644 | 16/ dez. 2011 | Decreto que regulamenta o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais. | Dispõe no artigo nº 19 da lei nº 10.696/2003, atualizada pela lei nº 12.512/2011, o Programa de Aquisição de alimentos de agricultores Familiares, de forma direta ou por meio de associações / cooperativas, favorecidos pela dispensa de licitação para estoques governamentais ou necessitados pela insegurança alimentar e nutricional. |

| | | | |
|------------------|--------------|---|--|
| DECRETO Nº 7.775 | 4/ jul. 2012 | Decreto que regulamenta e institui o (PAA). | Decreto que regulamenta no artigo nº 19 da lei nº 10.696 de 02 de julho de 2003, institui o Programa de Aquisição de Alimentos de Agricultores Familiares, também no capítulo III da Lei nº 12.512/2011. |
| DECRETO Nº 1.946 | 1996 | Decreto de criação do (PRONAF) | Dispõe a criação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – (PRONAF). |
| DECRETO Nº 8.735 | 3/ mai. 2016 | Decreto de criação do (CONDRAF) | Dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (CONDRAF), |

Fonte: Elaborado pelos autores.

Os principais programas de incentivo à agricultura familiar são: Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF); Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa de Aquisição de Alimentos (PAA); Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF); Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER). Fonte: (EMBRAPA, 2021)

Já os créditos do Programa de Incentivo a Agricultura Familiar são: PRONAF agroindústria — para o processamento e a fatura comercialização; PRONAF Cota-Parte — para os integrantes da cooperativas; Pronaf Floresta — custear a produção; PRONAF Cota-Parte — para os integrantes da cooperativas; PRONAF Floresta — custear a produção; PRONAF Jovem — Destinado aos jovens trabalhadores com agropecuária; PRONAF Mais Alimentos — destinado a melhoria da infraestrutura da produção; Pronaf Mulher — para as mulher trabalhadoras com agropecuária. (EMBRAPA, 2021).

Quadro 3: Leis municipais sobre a agricultura familiar de Engenheiro Caldas.

| Nº DA LEI | ATA PROMULGA DA EM | NOME DA LEI | O QUE DISPÕE A LEI |
|------------------|---------------------------|-----------------------------|--|
| LEI Nº 936 | 05/09/2011 | Lei de Doação de Alimentos. | Lei que dispõe sobre a criação do Programa Municipal de Incentivo à Doação de Alimentos no Município de Engenheiro Caldas – MG. |
| LEI Nº 1.016 | 10/01/2017 | Lei do Trabalho Rural | Lei que institui o Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB - no Município de Engenheiro Caldas – MG. |
| LEI Nº 1.028 | 12/05/2017 | Lei do Trabalho Rural | Lei que institui o Fundo Municipal do Meio Ambiente no Município de Engenheiro Caldas – MG. |
| LEI Nº 1.034 | 12/07/2017 | Lei do Trabalho Rural | Lei que altera a Lei Municipal Nº 595/2013 que dispõe sobre a instituição do Conselho de Desenvolvimento Rural Sustentável – CMDRS no Município de Engenheiro Caldas – MG. |
| LEI Nº 1.035 | 12/07/2017 | Lei do Trabalho Rural | Lei que altera o Plano Municipal de Desenvolvimento Rural do Município de Engenheiro Caldas – MG. |
| LEI Nº 1.072 | 12/08/2019 | Lei do Trabalho Rural | Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Agricultura, criação do fundo municipal de desenvolvimento rural sustentável do Município de Engenheiro Caldas – MG. |

Fonte: elaborado pelos autores.

Como se vê, há várias leis e programas fundamentais à implementação da agricultura familiar no Brasil. Mas nos últimos anos, percebe-se a falta de investimentos nos programas existentes, de modo que com a pandemia, a situação dos pequenos agricultores voltou a ser tema de preocupação.

Segundo Aguiar (2017), a análise de forma combinada dos ODS 01, 02 e 10 (ambos se referem aos problemas da desigualdade, pobreza e fome) e a sua efetivação por parte dos Estados, por meio de políticas públicas, certamente conseguiria erradicar a fome e diminuir as desigualdades sociais. A pobreza é multifatorial e de produção ampliada pela desigualdade de renda e patrimônio pelas

escalas de regiões, países, estados, municípios, organizações familiares e pessoas. A alternativa viável para a redução de desigualdades passa pela transferência de renda, justiça, acesso permanente à oportunidade, direitos humanos individuais e coletivos. A agricultura familiar é a saída para o quesito do problema da fome, que se baseia na distribuição de renda e de patrimônio. (AGUIAR, 2017)

Josué de Castro (2008), na obra *Geografia da Fome*, destacou projetos para combater a fome no Brasil, principalmente no documento “Programa de 10 Pontos para vencer a fome”. Entre esses pontos, vale destacar os seguintes: 1. O combate ao latifúndio; 3. Aproveitar racionalmente de todas as terras férteis circunvizinhas dos centros urbanos para a agricultura para a própria sustentação; 4. Para os pequenos produtores, intensificar o cultivo de produção de policultura; 5. As lavouras são mecanizadas de forma a atender os destinos produtivos na economia agrícola; Acesso aos financiamentos bancários suficiente para a agricultura familiar e garantia de produção pela fixação de baixos preços; 7. Às terras de sustentação, diminuir até a absoluta isenção de impostos; 8. Para a agricultura de produtos alimentares, amparo e fomento ao cooperativismo.

A agricultura familiar teve predominância durante o quinto ciclo sistêmico do capitalismo nos países considerados desenvolvidos. Porém, no Leste asiático só se consolidou com radicais reformas agrárias do pós-guerra. No Japão consistiu em quase-confisco de um terço da área agrícola e sua transferência quase gratuita a quatro milhões de famílias, em 1948. (VEIGA, 1996).

Contrariamente ao que ocorreu na Europa do Leste, todos os governos com raras exceções, no vasto capitalismo periférico chamado “primeiro mundo”, adotaram, desde o início do século 20, políticas agrícolas e fundiárias que favoreceram a progressiva afirmação da agricultura familiar e inibiram o desenvolvimento da agricultura empresarial. (VEIGA, 1996).

O Brasil é exemplo dos mais frustrantes uma vez que é enorme a tolerância com a oligarquia fundiária e claro favorecimento ao agronegócio, sendo que a agricultura familiar possui grande importância na produção de alimentos, hortaliças convencionais e não convencionais e frutas com padrão de qualidade, livres de

agrotóxicos e não compromete o meio ambiente agrícola e enriquece os princípios da segurança alimentar, (MOREIRA, 2013).

Conforme Grisa (2012), nos 20 anos do regime militar, representantes da agricultura não pleitearam nenhum espaço na arena pública na construção de políticas voltadas para a categoria social. O contexto político e institucional excluía a participação destes atores e limitava uma atuação mais crítica e propositiva da Confederação Nacional dos Trabalhadores, CONTAG, principal referência da agricultura familiar na época. A Contag surgiu neste contexto de conflitos agrários, contudo foi necessário organização de movimentos camponeses. Esta Confederação teve reconhecimento em 31 de janeiro de 1964, considerada a primeira entidade sindical nacional em todo o Brasil. (CONTAG, 1979).

O processo de modernização da agricultura (o que inclusive lhe deu o nome de agronegócio) transformou o Brasil em um dos países de produção e exportação de commodities. A denominação plantation, segundo Fernandes (2004), na época do Brasil colônia, parece voltar, pois o que se tem hoje são grandes propriedades rurais, que utilizam da tecnologia, cuja produção é destinada ao mercado exterior.

A plantation carrega em si o fardo de um modelo de latifúndio brasileiro, onde prevalece a concentração de terras e rendas, apresenta precárias condições de trabalho humano e fortalece um segmento social. Carrega as reformas propostas pela revolução verde ou modernização da agricultura, (MESQUITA, 1993; MENDONÇA, 1998).

Considerações díspares da agricultura familiar e do agronegócio. (GUIMARÃES E MESQUITA - 2010). Para estes autores, as atividades agrícolas estão diretamente relacionadas à forma como se organizam os produtores. No meio rural brasileiro, agroecologia e agronegócio são duas formas antagônicas e complementares no manejo da terra. Antagônicas pela forma e relação na destinação do produto e trabalho. Complementares, pois a produção não concorre entre si.

Figura 1: Agricultura familiar e agronegócio



Fonte: **Sem Cerrado, sem água, sem vida**. Campanha Nacional em Defesa do Cerrado. Disponível em: <https://www.campanhacerrado.org.br/noticias/145-diferencas-entre-agricultura-familiar-e-agronegocio>
Acesso: 16 fev. 2023.

A agroecologia pressupõe o uso sustentável dos recursos naturais, sementes nativas (crioulas), geração de renda com inclusão social. O Agronegócio usa agrotóxico, transgênicos, a biodiversidade fica comprometida e a produção é para exportação transnacional (GUIMARÃES E MESQUITA - 2010).

A agricultura familiar produz 70% dos alimentos do país, mas apesar de ter essa cifra, a agricultura familiar enfrenta desafios na comercialização e organização de sua produção.

Conforme a Agenda 2030, ODS 2, meta 2.3, é até 2030, é necessário dobrar

a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente das mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores, inclusive por meio de acesso seguro e igual à terra, outros recursos produtivos e insumos, conhecimento, serviços financeiros, mercados e oportunidades de agregação de valor e de emprego não-agrícola.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, há várias leis e programas fundamentais à implementação da agricultura familiar no Brasil. Mas nos últimos anos, percebe-se a falta de investimentos nos programas existentes, de modo que com a pandemia, a situação dos pequenos agricultores voltou a ser tema de preocupação.

A Agenda 2030, em seu ODS 15, prevê: proteção no uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gestão de forma sustentável das florestas, combate à desertificação e degradação da terra. As legislações internacionais e a Agenda 2030 concorrem com os esforços quanto ao reconhecimento dos direitos de participação e a criação de mecanismos viáveis (planos, programas, estratégias e políticas públicas), considerando a complexidade dos problemas ambientais.

A Conferência das Nações Unidas de 1992, sobre ambiente e desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, adotou a declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento, que em seu princípio 10 estabelece claramente, a melhor maneira de tratar as questões ambientais é com a participação dos cidadãos preocupados e que cada pessoa tem o direito de participar no processo de tomada de decisão. Disso resultou uma abertura para criação de novos Direitos Humanos como os direitos de participação ambiental e a implementação de mecanismos internacionais para sua efetiva aplicação.

Na maioria das constituições políticas dos países da América Latina e do Caribe há direitos e deveres sobre o meio ambiente assegurados e consagrados e todos os países da região que têm um Ministério, secretariado ou equipamento ao tangente à questão ambiental e competência para elaborar leis gerais ou quadros

sobre o meio ambiente, leis gerais sob respaldo e princípios da Declaração do Rio 1992, (CEPAL, 2018).

Somente com a participação mais efetiva das pessoas e dos agricultores familiares, as leis e políticas públicas serão efetivadas. As políticas públicas existentes são importantes, na medida em que são colocadas em prática.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos publicados em periódicos

BIELSCHOWSKY, Ricardo. (Org.) **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. v. 1. Rio de Janeiro (RJ)/São Paulo (SP): Editora Record, 2000. p. 13-68.

CASTRO, Josué. **Geografia da Fome**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Ana Célia. Ciência e tecnologia para a agricultura: uma análise dos planos de desenvolvimento. **Cadernos de difusão de tecnologia**, v. 1, n. 3, p. 299-482, 1984.

COELHO, Carlos Nayro. 70 anos de política agrícola no Brasil (1931-2001). **Revista de política agrícola**, ano x, n. 3, p. 3-58, 2001.

COLISTETE, Renato Perim. O desenvolvimentismo cepalino: problemas teóricos e influências no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.15, n.41, jan./abr., 2001.

DELGADO, Guilherme. O papel do rural no desenvolvimento nacional: da modernização conservadora dos anos 1970 ao Governo Lula. In: DELGADO, Nelson Giordano. **Brasil rural em debate**: coletânea de artigos. Brasília: CONDRAF/NEAD, 2010, p.28-78.

GRISA, Catia. Políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: produção e institucionalização das ideias. **Tese** (Doutorado de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Programa de Pós-graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade (CPDA/UFRRJ). Rio de Janeiro (RJ), 2012.

_____. Revisitando o Pronaf: velhos questionamentos, novas interpretações. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, v.52, n. 2, 2014.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 14ª ed., 1976: 238.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 85-105, mar./jun.2023

KATZ, Jorge; STUMPO, Giovanni. Regímenes sectoriales, productividad y competitividad internacional. **Revista de la Cepal**, n. 75, p. 137- 159, dez., 2001.

MENDONÇA, Marcelo Rodrigues. **A questão regional e o campesinato. A agricultura em Catalão – Go**. 1998. 233 f. Dissertação (Mestrado em História das Sociedades Agrárias). Instituto de Ciência Humanas e Letras, Universidade Federal de Goiás, Goiânia.

VEIGA, José Eli da. **Agricultura e sustentabilidade**. Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v.13, n.3, p.383-404, 1996.

ZIEGLER, Jean. **Genocídio silencioso: um sexto da humanidade não tem o que comer**. Diário Liberdade. 2011. Disponível em: <https://www.diarioliberalidade.org/mundo/laboral-economia/19878-genocidio-silencioso-um-sexto-da-humanidade-nao-tem-o-que-comer.html>. Acesso: 27 set., 2021.

Legislação

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.067 de 28 de junho de 1860**. Dispõe da decisão pela Assembléia Legislativa, por se tratar de Decreto, sem especificar as atribuições da Secretaria do Estado.

BRASIL. **Decreto Lei no. 37.608, de 14 de julho de 1955**, que “Institui no Ministério da Educação e Cultura um curso de altos estudos sociais e políticos, denominado Instituto Superior de Estudos Brasileiros, dispõe sobre seu funcionamento e dá outras providências” (LEX, 1955; p. 232,233).

BRASIL. **Decreto Lei no. 41.500, de 15 de maio de 1957**, que “Altera a redação do art. 10 do Decreto no. 37.608 de 14 de julho de 1955, que institui no Ministério da Educação e Cultura o Instituto Superior de Estudos Brasileiros” (LEX, 1955; p. 368).

BRASIL. **Decreto Lei no. 45.8, de 11 de 15 de abril de 1959**, que “Dá nova organização ao Instituto Superior de Estudos Brasileiros, instituídos no Ministério da Educação e Cultura pelo DL 37.608, modificado pelo DL 41.500 (...), dispõe sobre o seu funcionamento e dá outras providências” (LEX, 1959; p. 101, 102).

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.946 de 1996**, que “Dispõe a criação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – (PRONAF)”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.508 de 14 de junho de 2000**, que “dispõe sobre o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (CMDRS)”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.741 de 30 de março de 2006**. Decreto nº 5.741/2006, criado pela Lei nº 9712/1998, que “dispõe da criação e organização do Sistema

Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA)”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.996 de 20 de dezembro de 2006**, que “Dispõe de tratamento baseado na Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, e o art. 13 da Lei nº 11.322, de 13 de julho de 2006, para as operações contratadas sob a égide do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf)”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 7.644 de 16 de dezembro de 2011**, que “dispõe no artigo nº 19 da lei nº 10.696/2003, atualizada pela lei nº 12.512/2011, o Programa de Aquisição de alimentos de agricultores Familiares, de forma direta ou por meio de associações / cooperativas, favorecidos pela dispensa de licitação para estoques governamentais ou necessitados pela insegurança alimentar e nutricional”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 7.775 de 4 de julho de 2012**, que “regulamenta no artigo nº 19 da lei nº 10.696 de 02 de julho de 2003, institui o Programa de Aquisição de Alimentos de Agricultores Familiares, também no capítulo III da Lei nº 12.512/2011”.

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.735 de 3 de maio de 2016**, que “dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (CONDRAF)”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei Municipal nº 936 de 5 de setembro de 2011**, que “dispõe sobre a criação do Programa Municipal de Incentivo à Doação de Alimentos no Município de Engenheiro Caldas - MG”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei nº 1.016 de 10 de janeiro de 2017**, que “institui o Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB – no Município de Engenheiro Caldas - MG”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei nº 1.028 de 12 de maio de 2017**, que “institui o Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB – no Município de Engenheiro Caldas - MG”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei nº 1034 de 12 de julho de 2017**, que “altera a Lei Municipal Nº 595/2013 que dispõe sobre a instituição do Conselho de Desenvolvimento Rural Sustentável – CMDRS – no Município de Engenheiro Caldas - MG”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei nº 1035 de 12 de julho de 2017**, que “altera o Plano Municipal de Desenvolvimento Rural do Município de Engenheiro Caldas - MG”.

ENGENHEIRO CALDAS. **Lei nº 1072 de 12 de agosto de 2019**. “Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Agricultura, criação do fundo municipal de desenvolvimento rural sustentável do Município de Engenheiro Caldas - MG”.

TERRA E TERRITÓRIO EM UMA ANÁLISE DECOLONIAL

LAND AND TERRITORY IN A DECOLONIAL ANALYSIS

Cláudio Lopes Maia¹
Nile William Fernandes Hamdy²

Resumo: Esse estudo possui como objetivo desenvolver uma análise acerca do conceito de território como elemento descolonizador para a autonomia dos povos originários, salientando os aspectos do Bem Viver. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Entendeu-se que entre os povos indígenas a "colonialidade" tem existido em um estado intersubjetivo e existencial, viabilizando a perda do caráter humano de alguns e ultrapassando a condição humana de outros e a recusa dos sentidos completos da existência da raça humana. A bibliografia indica que o território se refere ao palco no qual se efetuam as ações desenvolvidas por meio de meios culturais do sujeito que o ocupa; é ainda um fragmento do espaço local vinculada ao global. Nessa perspectiva, o plano comum entre as comunidades indígenas é viabilizar o Bem Viver como uma condição fundamentada em interações de harmonia entre os homens e a natureza. Este plano assinala a ótica da corrente de pensamentos indigenista/pachamamista que busca refazer conjunturas equilibradas dos povos originários fundamentadas em um modelo econômico e social do comunismo primitivo, da economia equitativa e mutualista.

Palavras-chave: Território. Povos indígenas. Bem viver.

Abstract: This study aims to develop an analysis of the concept of territory as a decolonizing element for the autonomy of native peoples, highlighting aspects of Good Living. This is a bibliographic and documentary research. It was understood that among indigenous peoples, "coloniality" has existed an intersubjective and existential state, enabling the loss of the human character of some, surpassing the human condition of others and the refusal of the complete meanings of the existence of the human race. The bibliography indicates that the territory refers to the stage on which the actions developed through the cultural means of the subject occupying it are carried out; it is still a fragment of the local space linked to the global. From this perspective, the common plan among indigenous communities is to make Good Living possible as a condition based on harmonious interactions between men and nature. This plan points out the perspective of the indigenist/pachamamist current of

¹ Possui graduação em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1992), mestrado em História pela Universidade Federal de Goiás (2000) e doutorado em História pela Universidade Federal de Goiás (2008) e pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014). Atualmente é Associado I da Universidade Federal de Goiás, onde atua no Curso de História vinculado ao Departamento de História e Ciências Sociais, Campus Catalão e no Mestrado em Direito Agrário, Faculdade de Direito.

² Advogado. Professor de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins, Campus Palmas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás, onde também obteve o título de Mestre em Direito Agrário e atualmente cursa o Doutorado em Direito Agrário. Pesquisa com ênfase em função social do imóvel agrário, política agrícola, reforma agrária e regularização fundiária.

thought that seeks to remake balanced conjunctures of native peoples based on an economic and social model of primitive communism, of an equitable and mutualist economy.

Keywords: Territory. Indigenous people. Live well.

Recebido em: 25/02/2023
Aceito para publicação em: 20/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Em meados de 1500 houve o começo de um etno/genocídio histórico, no qual teve perpetuidade por meio da exclusão e segregação racial, evidenciando uma catástrofe histórica sobretudo aos povos das comunidades indígenas americanas. O colonialismo interno não é apenas uma prática de Estado, e sim uma “gramática social muito grande que atravessa a sociabilidade, o espaço público e o espaço privado, a cultura, as mentalidades e as subjetividades” (SANTOS, 2010, p.14).

Para a Organização das Nações Unidas (ONU), sobretudo da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO), existe uma urgência de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas necessidades políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção de vida, especialmente dos direitos a suas terras, territórios e recursos (ONU, 2007, p. 2).

Para Milton Santos (1996), a configuração territorial é dada pelo conjunto formado pelos sistemas naturais existentes em um dado país ou numa dada área e pelos acréscimos que os homens super impuseram a esses sistemas naturais. A configuração territorial não é o espaço, já que sua realidade vem de sua materialidade, enquanto o espaço reúne a materialidade e a vida que a anima (SANTOS, 1996, p.51).

A abordagem do “Bem Viver” surge no fim de 1990, promovido por três agentes fundamentais: movimentos sociais presentes na América Latina (principalmente o movimento indígena em contraposição ao neoliberalismo do fim do século XX); consonância entre estes movimentos e os ideais de alguns movimentos mundiais (sobretudo anti/alter mundiais e ambientais); e desapontamento coletivo pelo desenvolvimento (SOUZA, 2021). Nesse cenário, a temática do Bem Viver revela questionamentos à teoria clássica do modelo de desenvolvimento do Ocidente e evidencia possibilidades fundamentadas nos costumes indígenas, pautando o discernimento na logicidade de convívio nos sistemas de relações sociais.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

De forma mais ampla, observa-se o Bem Viver da mesma forma de um campo semântico, no qual são inseridas vivências de emancipação como a da ecossocioeconomia, onde a gênese do conceito é ligada ao economista de origem alemã Karl William Kapp (1950), quando aborda acerca dos impactos ambientais ligados às organizações. Tais acontecimentos revelam uma mudança no entendimento reducionista mundial, decorrente da ação dominante do homem para compreensão ordenada do processo socioambiental (ALCÂNTARA; SAMPAIO, 2017).

Segundo Acosta (2016), o Bem Viver se estabelece na interação entre o homem consigo mesmo; entre o homem e o meio social; e entre o homem e o mundo na sua integralidade, ainda que erroneamente deixados de lado. Através do equilíbrio destas três condições é que se é possível criar elos e mutualidade com o ambiente no qual vivemos. Nessa ótica, os povos indígenas sustentam uma intensa relação com o meio, quebrando a ideia do capitalismo e do seu consequente individualismo.

Diante do exposto, esse estudo possui como objetivo desenvolver uma análise acerca do conceito de território como elemento descolonizador para a autonomia dos povos originários, relevando os aspectos do Bem Viver.

Como procedimento, tem-se a pesquisa bibliográfica e documental que abrangem a leitura, análise e interpretação de livros e documentos, em que todo material recolhido passa por uma triagem e um plano de estudo. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois preza por usar o raciocínio lógico para obter uma conclusão a respeito da determinada premissa. O procedimento é histórico, que segundo Marconi e Lakatos (1991, p. 69): consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Na coleta de dados temos dados secundários, pois nesse projeto analisamos textos disponíveis em livros de história do direito e artigos científicos.

2 A TERRA COMO ESPAÇO DOS POVOS ORIGINÁRIOS AMERICANOS

No ano de 1492 foi dado início ao processo de “colonização” de *Abiyala* (atualmente América), na América andina em 1532. De acordo com Milanez et al. (2019), neste período houve o começo de um etno/genocídio histórico, no qual teve perpetuidade por meio da exclusão e segregação racial, evidenciando uma catástrofe histórica, sobretudo aos povos das comunidades indígenas provenientes do continente que permanece até a atualidade. Salienta-se que, embora apresente-se como o final do colonialismo, segue sendo uma relação de dominação colonial, uma colonização das outras culturas.

O problema de projetar uma opção ao colonialismo está relacionada à questão de que o colonialismo interno não é apenas uma prática de Estado, e sim uma “gramática social muito grande que atravessa a sociabilidade, o espaço público e o espaço privado, a cultura, as mentalidades e as subjetividades” (SANTOS, 2010, p.14). Nesse sentido, sobretudo na América Latina, as comunidades indígenas buscaram viabilizar seus movimentos apoiando-se na ancestralidade, uma vez que sempre foram livres do eurocentrismo.

Os argumentos orientados ao desenvolvimento e ao bem-estar humano aumentaram conforme a pluralidade cultural ganhou espaço, especialmente quando asseguradas nas Constituições de nações da América Latina, a exemplo do Equador e Bolívia. Ressalta-se a colaboração da Organização das Nações Unidas (ONU), sobretudo da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO), em publicações destacando a urgência do tema.

A expectativa de desenvolvimento, modernização, avanço, origina a ideia de que se pode construir um “patamar de vida” onde os recursos naturais são fatores basilares para alcançar essa finalidade. Esta concepção galgada no reducionismo, antropocentrismo e no individualismo, converteu a crise estrutural em recessão econômica. A precisão imediata por uma solução que alcance este modelo

econômico atual, desde a visão de mundo dos povos indígenas nativos, representa um padrão de vida mantido pela proporcionalidade, harmonia e apreço à vida.

O período colonial das nações proveio do modelo preeminente (e mundial) de poder "instaurado desde a conquista, que articula raça e trabalho, espaço e pessoas, de acordo com as necessidades do capital e para o benefício dos brancos europeus" (ESCOBAR, 2003, p. 62). Portanto, a perpetuação destas estruturas e das relações de poder fazem com que sejam naturalizadas as dissimetrias e desigualdades sociais.

Conforme Lander (2005), a "colonialidade³" diz respeito a um dos elementos integrantes e inerentes do modelo global do poder capitalista. Apoia-se na determinação de uma classificação racial e étnica da sociedade. A relação de domínio com o meio ambiente se sobressai nos padrões de vida. Assim, retirar este caráter de colonização do imaginário, configura conceber uma forma diferente de existir, que possibilite determinado bem-estar e outra forma de relacionar-se com a natureza, considerando a magnitude da biodiversidade.

Nesta ótica, existe outra extensão de resistência e criação de outros meios de ordenação política colonial de dominação e apagamento desta comunidade, que requeiram em abdicar de sua cultura, individualidade, os modos de vida tradicionais, e suas riquezas culturais, renegando a chance de agregarem-se ao modelo de vida "contemporâneo" (Lander 2005).

De acordo com Escobar (2010), é fundamental identificar a existência de uma "dupla circunstância", onde de um lado se tem a crise do modelo neoliberal dos últimos trinta anos, e de outro, ao mesmo tempo, a do projeto da modernidade que ocorre a partir do momento da conquista. Segundo ele,

[...] o socialismo do século XXI, plurinacionalidade, interculturalidade, democracia direta e substantiva, revolução cidadã, desenvolvimento endógeno centrada no Bem Viver do povo, projetos territoriais e

³ Colonialidade: Indica o padrão de relações que emerge no contexto da colonização europeia nas Américas e se constitui como modelo de poder moderno e permanente atravessando todos os aspectos da vida. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

autonomia cultural e (de)coloniais no sentido pós-liberal e sociedades são alguns dos conceitos que procuram para nomear as transformações em curso (Escobar 2010, 2).

Brandão (2018) crê que entre os povos indígenas, a “colonialidade” tem existido em um estado intersubjetivo e existencial, viabilizando a perda do caráter humano de alguns e ultrapassando a condição humana de outros e a recusa dos sentidos completos da existência da raça humana.

A matriz colonial-cultural de estruturação social foi desenvolvida e reconhecida com o propósito de conceder civilização, contemporaneidade e evolução. No entanto, embora a tenacidade da matriz colonial de poder e seus modelos de dominação, as comunidades indígenas conseguem aplicar e usufruir desta condição sem perder, impreterivelmente, sua identidade (LANDER, 2005)

Embora haja a condição de dominação e exploração por muitos séculos, decorrentes do processo de colonização europeia, diversos povos continuam perpetuando o modo de vida tradicional em contraponto àquele modo adquirido pelas comunidades do ocidente. À vista disso, a descolonização configura um plano de abnegação epistemológica do contexto social, político e cultural. Segundo Quijano (1992, p. 442):

A descolonização epistemológica dá passo a uma nova comunicação intercultural, a um intercâmbio de experiências e de significações, como a base para outra racionalidade que possa pretender, com legitimidade, a alguma universalidade. Pois nada menos racional, finalmente, que a pretensão de que a específica cosmovisão de uma etnia em particular seja imposta como a racionalidade universal, ainda que tal se chame Europa Ocidental. Porque isso, na verdade, é pretender para um provincianismo o título de universalidade.

Por conta disso, é imprescindível uma reformulação das concepções de dominação sobre o Estado, a economia, a educação e, sobretudo, em relação ao Direito; requer-se vencer a colonialidade constitucional para fundamentar os alicerces de uma comunidade política galgada na inclusão e democracia, a fim de que
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

possibilite fortalecer-se de visão de mundo, conhecimentos, estudos científicos e múltiplas atividades culturais.

As lutas dos povos indígenas, sobretudo ligadas aos direitos territoriais, seguem em destaque na atualidade. Nesse sentido, é importante a consolidação de políticas públicas que assegurem os povos indígenas originários, a exemplo do Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorrida no ano de 1989. Este instrumento que trata sobre as condições de vida dos indígenas apenas passou a ter validade no ordenamento jurídico interno do Brasil em 2002, tendo efeito legal em 2003. Neles, a população indígena conquistou o direito de optar pela integração subsistência cultural, da tradicionalidade e condições políticas. É composta por 7 partes e 44 artigos, que fomentam a população indígena a ocupar o comando de suas instituições e modos de viver, além da sua capacidade econômica e fortalecimento da sua tradição (OIT 1989). Dessa maneira, ao longo do artigo 8 são asseguradas suas tradições, identidades e condições especiais de indígenas e tribais.

A Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) ratificou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas no ano de 2007, que salienta que os povos indígenas precisam ser respeitados igualmente, assim como tenham o direito de exercer suas diferenças e sejam respeitados por isso. Da mesma forma, destaca que todos os povos colaboram com a pluralidade e riqueza cultural, sendo uma herança comum da humanidade. O artigo 3 dispõe: "os povos indígenas têm direito a livre determinação. Em virtude deste direito, determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento social e cultural" (ONU 2007).

Embora estes direitos, salienta "uma urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas que derivam das estruturas políticas, econômicas e sociais e da cultura, tradições espirituais, a história e concepção de vida" (ONU 2007).

De modo específico no Brasil, ainda há instrumentos normativos que contrariam a autonomia organizacional do direito de ser das populações indígenas, Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

como o propósito expresso no artigo 1. da Lei 6001 do Estatuto do Índio: “[...] integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL 1973). Todavia, a Constituição da República de 1988 assegura o direito de perpetuar a língua e os costumes através do artigo 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-los, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Com efeito, a interpretação dessa norma constitucional causou uma profunda mudança na perspectiva jurídico-ontológica que o Direito Brasileiro confere às populações indígenas, dada a extensão do artigo 231 da Constituição, conforme Souza Filho (2013, p.18)

[...] a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latinoamericanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado. Ao reconhecer a organização social dos povos indígenas fora do paradigma da modernidade, a Constituição não criou uma categoria genérica, quer dizer, não se trata de uma organização social de todos os índios no Brasil, mas cada povo que mantenha sua organização social é, como tal, reconhecido.

Os pressupostos jurídicos para reconhecimento de outras formas de juridicidade dos povos indígenas estão dados e postos. A unicidade exclusiva do modelo individualista das instituições jurídicas, decorrentes da ideologia liberal-moderna imposta, não tem mais guarida nos novos ordenamentos constitucionais. Com efeito, essa concepção teórica atinge a compreensão do espaço, para além da lógica posse/propriedade do Direito Moderno, tão necessária ao modelo capitalista, porém imiscível, muitas vezes, ao próprio direito de ser de cada povo.

3 ESPAÇO E TERRITÓRIO: CONCEITOS MAIS AMPLOS QUE O DE TERRA

Para dar início, é fundamental mencionar a obra *Por Uma Geografia Nova* (1978), de autoria de Milton Santos. O autor acredita que o conhecimento é renovado dia após dia, e para que isso aconteça é necessário conceber um sistema que possibilite reconhecer a completude dos processos, assim como compreender como estes se estabelecem na realidade, de maneira a inserir congruência e logicidade na sua unidade.

No entendimento de Milton Santos, definir espaço e território de maneira categórica é uma função complexa, visto que cada classe apresenta muitos conceitos, obtém componentes diversos de modo que torna qualquer definição livre de inalterabilidade, perpetuação; sendo esta adaptável e contemporiza modificações. Isso quer dizer que os conceitos possuem sentidos diversos, definidos ao longo da história, consoante ao que aconteceu com espaço e território.

Na obra "Por uma geografia nova" (1978), a definição de espaço é centralizada e entendida como um complexo de formas características de relações sociais longínquas e atuais e por uma estrutura constituída por relações que estão ocorrendo e revelam-se por intermédio de processos e funções. "O espaço é um verdadeiro campo de forças cuja formação é desigual. Eis a razão pela qual a evolução espacial não se apresenta de igual forma em todos os lugares" (SANTOS, p.122).

(...) O espaço por suas características e por seu funcionamento, pelo que ele oferece a alguns e recusa a outros, pela seleção de localização feita entre as atividades e entre os homens, é o resultado de uma práxis coletiva que reproduz as relações sociais, (...) o espaço evolui pelo movimento da sociedade total. (SANTOS, 1978, p. 171).

No segundo momento do estudo, a definição de espaço é retratada de maneira mais notória, demonstrado como fator social e não apenas como uma

decorrência inerente da sociedade. O autor designa-o como uma instância social. De acordo com Milton Santos,

(...) o espaço organizado pelo homem é como as demais estruturas sociais, uma estrutura subordinada-subordinante. É como as outras instâncias, o espaço, embora submetido à lei da totalidade, dispõe de uma certa autonomia. (SANTOS, 1978, p. 145).

Segundo Santos (1978), é fundamental compreender o espaço em sua integralidade, no qual as relações são feitas por meio de métodos e modelos dispostos ao longo da história, seja por procedimentos antecedentes ou contemporâneos. O espaço é decorrente dos elementos sociais e de uma construção largamente profusa na geografia oriunda das décadas de 1970 e 1980, sobretudo nos Estados Unidos da América, França e no Brasil, dado que era visto como uma classe imprescindível quando prevalecia o uso de pensamentos da materialidade histórico-dialética.

À vista disso, o espaço, muito além da instância de sociedade que propõe apresentar-se, possui uma estrutura que equivale à composição realizada pelo homem. É ainda uma instância vinculada à lei da totalidade, na qual detém determinada independência, revelando-se através de leis específicas. Dessa forma, o espaço é da mesma maneira decorrente da existência de múltiplos elementos. Socialmente, o espaço diz respeito ao homem, local de vivência e trabalho; instância do homem, livre de concepções imutáveis. Quanto ao espaço geográfico, é sistematizado pelo homem em sociedade, sendo que cada sociedade, tradicionalmente, gera seu espaço como parte de sua gênese.

É notável nessa obra a distinção entre território e espaço. De acordo com Santos (1978), "a utilização do território pelo povo cria o espaço"; constante em seus limites e dispendo transformações no decorrer da história, o território precede o espaço. Enquanto o espaço geográfico é vasto e intrincado, visto como um sistema inerente a outros, no qual a instância da sociedade é tida como algo objetivo e histórico. Portanto, a definição de território é pressuposta em sua composição metodológica e consiste em um dado estável, demarcado, uma área.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

É fundamental destacar que se o território fosse compreendido somente como uma área demarcada e formada pelas ações do Estado, de acordo com o que é projetado pela geografia, os seus usos estariam sendo ignorados, uma vez que é repleto de uma série de outros fatores e ações.

Dessa forma, o território é compreendido a partir de sua delimitação, estruturado e reestruturado através das relações de poder que abrangem uma infinidade de agentes que territorializam seus atos no decorrer dos anos. Entretanto, é possível que essa delimitação não aconteça de forma adequada, ocorrendo de modo instável, assim como ocorrer uma variação das relações sociais através de uma competição de poder ainda mais hermética.

Ao avaliar o espaço, o autor designa forma, função, estrutura, processo e totalidade como categorias, auxiliando no melhor entendimento de território. Já o espaço, portanto, é concebido sistematicamente e possui uma estrutura delineada por formas e funções no qual são passíveis de mudanças ao longo do tempo mediante cada cenário social.

Segundo Santos (1978), a forma é face perceptível, externa de um grupo de objetos; função é a ação exercida pelo objeto produzido; enquanto a estrutura orgânica é estabelecida por meio da história: nesta, formas e funções são geradas e constituídas. Elas se diversificam no decurso e recebem as especificidades de cada componente social. É uma percepção histórica de geografia e espaço.

Sobre o processo, este representa a atividade feita de maneira constante, objetivando uma conclusão que demanda tempo e transformação. Os processos acontecem no campo de uma estrutura social e econômica, decorrendo de controvérsias intrínsecas. Desse modo, ao compreender tais processos em um todo, é possível avaliar os eventos espaciais em sua totalidade.

O tempo e totalidade são categorias miltonianas importantes para a compreensão do espaço. A totalidade dispõe natureza coletiva e tecnológica; mostra-se pela forma de produção, através da Formação Econômica e Social (FES) e

ainda da história; é indissociável da concepção de estrutura. Logo, a totalidade espacial é estrutural.

O espaço deve ser considerado como uma totalidade, a exemplo da própria sociedade que lhe dá vida (...) o espaço deve ser considerado como um conjunto de funções e formas que se apresentam por processos do passado e do presente (...) o espaço se define como um conjunto de formas representativas de relações sociais do passado e do presente e por uma estrutura representada por relações sociais que se manifestam através de processos e funções (SANTOS, 1978, p. 122).

Sinteticamente, a definição de espaço é focada em sua perspectiva seguramente econômica e política. O espaço é ordenado de maneira social, com formas e funções estabelecidas ao longo da história, visto que se apoia no local de existência do homem, no qual demanda frequente reestruturação. O espaço e o homem centralizam o sujeito-homem na composição do mundo e do espaço. Enquanto o território é entendido como um local de um Estado, com a devida delimitação e regulação. Dispõe de componentes estáveis, consequentes da atividade do homem e seu labor, assim como das interações sociais e das formas variadas de ocupação e produção, em que representa o delineamento da organização de uma nação. Todavia, o Direito Moderno não traz para si uma compreensão jurídica do conceito de território, prevalecendo os elementos posse/propriedade dos ambientes espaciais. Tal categoria, de esfera individualista, atende às necessidades do poder do capital sobre a terra, e permite sua mercantilização.

Além disso, Milton Santos ainda elaborou outro importante estudo, denominado de Espaço e Sociedade, lançado em 1979. Nesta obra, o autor debate acerca do espaço e a FES, onde o espaço revela-se como uma organização que abrange a totalidade social. De acordo com Santos (1979), a totalidade diz respeito às circunstâncias do desenvolvimento capitalista, demonstrada pelos resultados produtivos e comerciais, evidenciado nos mais diversos debates e aspectos sociais, como também oriundo das desigualdades alimentadas pelo modelo capitalista.

Segundo Santos (1979), haja vista que o espaço é sistematizado de maneira social, espaço e natureza são análogos, contanto que julgue a natureza instância renovadora, uma outra natureza, de acordo com Marx a qualificou. Portanto, o espaço representa as mudanças sociais realizadas pelo homem.

O espaço constitui-se como objeto trabalhado, estabelecendo-se em um dos elementos sociais que melhor instituem do homem, sendo parte do dia a dia de todos, como o local de trabalho, residência, lugares de encontros, bem como os trajetos que reúnem esses locais, no qual também são entendidos como componentes das ações humanas e das ações sociais. O espaço, novamente, é produto e condição social. Consoante ao entendimento de Santos (1979), existe uma organização social, uma estruturação do espaço, conforme as demandas de cada coletivo.

Da mesma forma, o território igualmente se reforça como definição implícita e surge como local no qual o capitalismo internacional se desenvolve no instante em que o Estado depaupera, distanciando seu potencial de gerar ações sociais. Em mesmo sentido, acontece um apoderamento da mais-valia, depreciação dos recursos regulados pelo governo e sobrevalorização dos meios voltados às empresas de grande porte, especialmente nos países menos desenvolvidos. O território é cenário da ampliação do capital, ambiente adequado pelos agentes do capital por meio da divisão do trabalho.

A definição de espaço pode ser entendida como o complexo de locais abrangidos como fragmentos do espaço de produção e de consumo. Assim como no estudo anterior do autor, forma, função e estrutura são imprescindíveis para entendimento da totalidade e do espaço; são associadas na composição do espaço juntamente a outros aspectos, a exemplo da divisão do trabalho, urbanística e sistemas de fluxos, visto que esses elementos, integralmente, influenciam no modo como o espaço é ordenado.

Na obra *Espaço e Sociedade* (1979), a forma surge como requisito histórico. Santos assegura que as formas seguem sendo decorrências das divisões sociais do *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

trabalho realizadas ao longo da história e as formas mais recentes aparecem como requisito operacional da divisão do trabalho contemporâneo. As formas, isentas dos conceitos históricos da nação, região, lugar, retratam a agregação de tempo e seu entendimento decorre das divisões de trabalho. Logo,

Seria impossível pensar em evolução do espaço se o tempo não tivesse existência no tempo histórico, (...) a sociedade evolui no tempo e no espaço. O espaço é o resultado dessa associação que se desfaz e se renova continuamente, entre uma sociedade em movimento permanente e uma paisagem em evolução permanente. (...) Somente a partir da unidade do espaço e do tempo, das formas e do seu conteúdo, é que se podem interpretar as diversas modalidades de organização espacial (SANTOS, 1979, pp. 42-43).

Desse modo, conforme Milton Santos, o espaço é o desfecho da ampliação das forças de produção e das demandas de circulação e distribuição. Não autossuficientes, regiões e lugares, possuindo capacidade em sua totalidade, influem na evolução da nação; enquanto o processo de urbanização é consequência destes métodos definidos tradicionalmente como localização geográfica das forças de produção e das instâncias sociais.

Por volta de 1980 não existiu transformações importantes em suas noções geográficas de espaço e território, como é possível verificar na obra "Espaço e Método" (1985). Nesse livro, o espaço é fruto da disposição social, ao mesmo tempo que estrutura funcional, conforme também retratado em Santos (1982). É compreendido como resultado da sociedade global, quesito que a configura um fator social e originador da forma como a sociedade se organiza.

Quanto ao espaço, os elementos que o compõem são os homens, as firmas, as infraestruturas e o meio ecológico. Os homens são parte do espaço, tanto na condição de provedores de trabalho, como na de postulantes a tal. As firmas possuem como atribuição a criação de produtos, atividades e ideias. Ao passo que as instituições concebem legislações, diretrizes e legitimidades. Em tempo, o meio ecológico configura o grupo de complexos territoriais que formam a estrutura física

da ação do homem. Por fim, as infraestruturas são a força de trabalho do homem de maneira concreta, por meio das casas, estradas, plantações, entre outros.

Uma vez que função é tida como ação, a interatividade pressupõe correlação entre os elementos. Por meio da análise das interações, readquire-se a totalidade, ou seja, o espaço em sua integralidade e, da mesma forma, a sociedade em geral. A ação não estabelece um dado isolado, entretanto é consequência do processo em si. Dessa forma, é simples notar o prosseguimento da natureza relacional de sua construção como também do cunho histórico.

De acordo com Santos (1985), estes elementos estão sujeitos a alterações quantitativas e qualitativas. Assim, os elementos espaciais precisam ser entendidos como variantes. Dependendo de cada etapa, o elemento alterna sua função, sua disposição no complexo espacial e a qualidade de cada uma precisa ser admitido conforme sua interação com os outros elementos. Em outras palavras, as variáveis do espaço alternam conforme movimentação histórica.

Na obra "Espaço e método" (1985), o território não é abordado de maneira explícita. O conceito normalmente transpõe uma subjetividade da análise de fatos específicos que englobam a concepção do espaço e não do território. Este, sob perspectiva de espaço, está inserido no espaço e vice-versa, numa movimentação dialética.

Nesse sentido, o território não se dispõe de maneira fixa e ordenada do espaço, no entanto, existe indicativos que possibilitam considerar que o território se refere ao palco no qual se efetuam as ações desenvolvidas por meio de meios culturais do sujeito que o ocupa; é ainda um fragmento do espaço local vinculada ao global.

Outro prosseguimento é seu entendimento do território como uma composição territorial estabelecida no decorrer da história, área/parte do espaço, Estado-nação e grupo de lugares com uma composição de materialidade.

4 O CONCEITO DE TERRITÓRIO COMO ELEMENTO DESCOLONIZADOR PARA A AUTONOMIA DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Para os povos indígenas, a colonização trouxe ideias excludentes e de desequilíbrio social, econômico e, como resultados, impactos ao meio ambiente, relacionado a supressão florestal, e impactos contínuos à biodiversidade (PBMC 2012). Neste sentido, a população indígena foi historicamente constrangida a se deslocar, seja para o interior ou para zonas urbanas.

De acordo com Mamani, (2010, 32) "Viver melhor significa o progresso ilimitado, o consumo inconsciente; incita a acumulação material e induz a competência". Isto é, o modo de vida atual é demasiadamente extrativista, fundamentado em uma ótica devastadora.

Bem Viver, conceitualmente, ganhou importância no Equador no momento que se teve início as discussões na "*Asamblea Constituyente del Ecuador*" no fim do ano de 2007, por diligência dos equatorianos Fernando Vega e Alberto Acosta (HIDALGO CAPITÁN, 2012). Em 2011, o "*Programa Interdisciplinario de Población y Desarrollo Local Sustentable (PYDLOS)*" da Universidade de Cuenca, elaborou o "*Plan de Desarrollo Académico e Institucional*" visando os anos de 2011 a 2015, definindo como urgente a idealização de novas perspectivas, modelos e recursos que viabilizassem aprimorar os métodos de planificação participativa e identificação dos fluxos de território até o alcance do Bem Viver (HIDALGO CAPITÁN, 2012).

Na contemporaneidade, o Bem Viver começou a ser referido em diversos estudos com o mesmo sentido de se estabelecer uma vida saudável, apoiado em modelos de desenvolvimento das gestões do Equador e da Bolívia, relativo à qualidade de vida. Neste aspecto, especialistas relacionam o Bem Viver a um caráter polissêmico, sujeito de diversos entendimentos, como ter mais qualidade de vida, bem-estar e melhoramento pessoal. Compreende-se, no entanto, que a maneira mais adequada de sua assimilação encontra-se no empenho para entender suas

tradições, respeitando suas particularidades e os sentidos dado por povos nativos na concepção do seu conceito.

Os povos nativos fazem parte da primeira corrente uma vez que detém comportamentos orientados pela sustentabilidade, afastados da ótica de dominação do consumo mantida no Ocidente. Acosta (2010) destaca que o Bem Viver, como modelo de vida que visa à redução do consumo, representa uma opção à perspectiva do utilitarismo e antropocentrismo de desenvolvimento. Segundo o autor, a temática nos condiciona a uma visão orientada ao biocentrismo no qual "[...] a boa vida dos seres humanos só é possível se a sobrevivência e integridade da teia da vida da natureza pode ser garantido" (ACOSTA, 2010, p. 52).

O enfoque do Bem Viver contrapõe o individualismo, o que contrasta com o entendimento de comunidade. Requer perceber a vida segundo uma mundividência - ideia ou visão de mundo - que articula o homem à Natureza, sendo esta vista como sujeito de direitos, livremente de seu uso prático e iminente para os homens. Significa admitir que o planeta detém um potencial limitado, o que demanda controle do uso dos recursos naturais de modo que impacte continuamente a biodiversidade e a manutenção da vida humana (ACOSTA, 2010). Os impactos resultantes do desenvolvimento e seus efeitos destrutivos à natureza e ao homem são tratados como naturais e impreteríveis.

Por outro lado, o Bem Viver se alinha ao conceito pensado por Foucault, quando este fala sobre os terrenos de lutas, das resistências de produção em face às diligências do biopoder de articular e anular os meios de cooperação (NEGRI, 2003). Em outra face, a biopolítica analisada como a forma onde desde o século XVIII se buscou unir e analisar o exercício do estado, os fenômenos existentes de um grupo de seres vivos ordenados sob a condição da população, ou seja, saúde, higiene, raça, mortalidade, e etc; de outra perspectiva, o biopoder como a administração da vida integralmente, estratégias de poder acerca do biológico, foco fundamental nos debates políticos, essencial para a evolução do modelo capitalista, ao regular a população e adaptá-los aos sistemas econômicos. Nesta ótica, Foucault (2008) *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

defende que é importante uma teoria analítica acerca do que representamos e as formas alternativas de nos resguardarmos em face aos padrões predominantes de poder.

O plano comum entre as comunidades indígenas é viabilizar o Bem Viver como uma condição fundamentada em interações de harmonia entre os homens e a natureza. Este plano assinala a ótica da corrente de pensamentos indigenista/pachamamista que busca refazer conjunturas equilibradas dos povos originários fundamentadas em um modelo econômico e social do comunismo primitivo, da economia equitativa e mutualista.

O Bem Viver pode implicar em uma alteração de concepção que dialoga em uma perspectiva pluralista com outras realidades sociais, de reinterpretação dos espaços territoriais e dos sujeitos coletivos que ali residem, sendo pressuposto axiológico para a superação da lógica individualista liberal-moderna da disposição espacial na ótica da posse/propriedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendeu-se, ao longo da análise acerca do conceito de território, que o espaço possui o território planejado, disposto; o território refere-se às paisagens naturais e às edificações/obras realizadas pelo homem: caminhos, plantios, fábricas, residências, urbanizações. O território é concebido ao longo do tempo, gradativamente, em contraposição à natureza natural. A forma deste é, dessa maneira, determinada por objetos que possuem uma origem técnica e social, em conjunto com um teor técnico e social. Objetos ordenados em sistemas que possuem dependência contínua na utilização do território. Sendo ele usado, reordenado, configurado, padronizado, racionalizado. A complexidade do conceito de território e os diálogos que este exerce com o direito de ser de vários sujeitos coletivos implicam em ir além da compreensão espacial a partir da ótica da posse/propriedade.

Buscou-se esclarecer que a matriz colonial-cultural de estruturação social foi desenvolvida e reconhecida com o propósito de conceder civilização, contemporaneidade e evolução. No entanto, embora a tenacidade da matriz colonial de poder e seus modelos de dominação persista, as comunidades indígenas conseguem aplicar e usufruir desta condição sem perder, impreterivelmente, sua identidade.

Existem diversos desafios, como privilegiar uma perspectiva que reconheça o território visto como espaço formado socialmente, de acordo com suas formas de usos e hábitos, conhecimentos, culturas e língua nativa. Preservação da produção alimentar (parte fundamental da autonomia dos povos indígenas), resgate da diversidade de sementes e plantas medicinais. Em face a riqueza hídrica, elaborar planos de recuperação das nascentes dos rios, bem como recuperar a identidade cultural dos povos; acolhimento aos rituais e práticas de espiritualidade e, a realização da harmonia na comunidade, fomentando por uma política que estimule o convívio dos povos.

Oportunidades devem ser ampliadas a fim de efetivar uma qualidade de vida conforme o modo com que cada indivíduo e tradição pontue o que representa um Bem Viver, na tentativa de torná-lo alcançável e efetivo, consubstanciando o desenvolvimento econômico desmesurado, refazendo sua origem com base em uma visão de mundo priorize a manutenção da vida.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **“El Buen Vivir en el camino del post- desarrollo: una lectura desde la Constitución de Montecristi”**. Friedrich Ebert Stiftung. Policy Paper, 2010.

_____. **‘O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos’**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária. Elefante, 2016.

ALCÂNTARA, Liliane Cristine Schlemer; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce. **Bem Viver como paradigma de desenvolvimento: utopia ou alternativa possível?**. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 40, abr., p. 231-251, 2017.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **Colonialidade do Poder e Direito: uma análise da construção do novo marco legal de acesso à biodiversidade (Lei nº 13.123/2015)**. Tese (doutorado), 2018, p. 305. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

_____. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **"Estatuto do Índio"**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
ESCOBAR, Arturo. **"Latin America at a crossroads. Alternative modernizations, post-liberalism, or post-development?"** *Cultural Studies*, v.24, n.1, p. 1-65, 2010.

LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino americanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set., 2005.

CRUZ, Felipe Sotto Maior; JESUS, Genilson dos Santos de; KRENAK, Ailton; MILANEZ, Felipe; RAMOS, Elisa Urbano; SÁ, Lúcia. **Existência e Diferença: O Racismo Contra os Povos Indígenas**. *Revista Direito e Práxis [online]*, v. 10, n. 03, p. 2161-2181, 2019.

ONU (Organização das Nações Unidas). **"World Population Prospects, the 2010 Revision"**. United Nation, Department of Economic and Social Affairs, 2011.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro, 2007.

QUIJANO, Aníbal. "Colonialidad y modernidad/racionalidad". **En Los conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas**. En Bonilla, H. (Comp.) Quito: Tercer Mundo-Libri Mundi editores, 1992.

QUIJANO, Aníbal. "Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina". **Anuario mariateguiano** (Lima), v. 9, n. 9, p. 113-21, 1997.

QUIJANO, Aníbal. "Coloniality of power, eurocentrism, and Latin American, en Nèpantla". **Views from South**, n. 13. Durham, N. C. Duke University, 2000.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v.27 n.57, p. 106-127, mar./jun.2023

SANTOS, Boaventura de Souza. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**". Ediciones Trilce. Montevideo, 2010.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço – Técnica e tempo. Razão e emoção**. São Paulo: Hucitec, 1996.

_____. **Espaço e método**. São Paulo: Nobel, 1985.

_____. **Espaço e Sociedade**. Petrópolis: Vozes, 1979.

_____. **Metamorfoses do espaço habitado**. São Paulo: Hucitec, 1988.

_____. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Nobel, 2000.

_____. **Pensando o espaço do homem**. São Paulo: Hucitec, 1982.

_____. **Por uma Geografia Nova**. São Paulo: Hucitec, Edusp, 1978.

_____. **Sociedade e espaço: a formação social como teoria e como método**, **Boletim Paulista de geografia**, 1977.

_____. **Território globalização e fragmentação**. São Paulo: Hucitec, 1994.

QUIQUETO, Ana Maria Barbosa; LENA, Milena Botelho Azevedo; MORAES, Nelson Russo de; SANTI, Vilso Junior Chierentin; SOUZA, Fernando da Cruz.

Etnodesenvolvimento e bem viver: concepções e implicações para políticas públicas. Research, Society and Development, v. 10, n. 2, 2021.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.