

**BOLETIM DA INICIAÇÃO CIENTÍFICA – 2020 – MAIO – ANO III – Nº 19**

O Programa de Iniciação Científica – PIC da Fadileste, coordenado pelo Professor Mestre Hugo Garcez Duarte, com vistas à difusão periódica do pensamento científico de seus membros e convidados, instituiu, no ano de 2018, o seu Boletim jurídico, a ser publicado mensalmente.

A versão de nº 19, referente ao mês de maio de 2020, contou com os seguintes participantes e trabalhos publicados:

**1. Professores(as) do Programa**

Mestre Hugo Garcez Duarte  
Metrandó Maxwell dos Santos Pavione

**2. Orientandos(as)**

Acadêmica em Direito Edná Cristina Medeiros dos Santos  
Acadêmica em Direito Thiara de Aquino Silva  
Acadêmica em Direito Viviane Pereira de Moura

**3. Convidados(as)**

Acadêmica em Direito Cecília Lórá Magalhães de Oliveira  
Acadêmico em Direito Rubens Ferreira Pimentel  
Bacharela em Direito Braiany Núbia Barglini de Oliveira

**4. Trabalhos**

A justiça restaurativa  
Aspectos Psicológicos diante da Pandemia decorrente do Covid-19  
Concepções sobre a tripartição de poderes  
O custo dos direitos  
O posicionamento da mulher na sociedade brasileira  
Os direitos humanos e o refúgio

## PUBLICAÇÕES

### ARTIGO

#### **Aspectos Psicológicos diante da Pandemia decorrente do Covid-19**

**Maxwell dos Santos Pavione**

Mestrando em Criminologia

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

maxwellpavione@gmail.com

Antes de desenvolver o raciocínio do tema deste texto me permita trazer aqui um recorte de uma parábola citada no livro *O Homem a Procura de Sí Mesmo*, de Rollo May, um grande Psiquiatra do Séc. XX, o qual em um de seus capítulos conta a história de um homem preso em uma gaiola, citando um Rei muito poderoso, que certo dia teve questionamentos: como será que o ser humano se comporta ao ser colocado em uma gaiola? Será que se comportaria como os animais do zoológico?

Certo é, o homem não demorou para fazer este experimento, contratando assim um Psicólogo e os mesmo colocaram dentro de uma gaiola certa pessoa, de sexo masculino, de classe média baixa, que, no mesmo instante, enfurecido rebatia dizendo que não poderia ficar ali, pois tinha muita coisa para fazer, trabalhar etc.

O Rei todos os dias ia visitá-lo na gaiola e imediatamente era atacado verbalmente por aquele homem preso ali. Por sua vez, o Rei lhe dirigia palavras como: “não fique irado!! Você está sendo bem cuidado, nada tem lhe faltado, seja grato!”. Ato que o rei todos os dias fazia após recebendo sempre várias agressões verbais daquele homem preso.

Com o passar do tempo o Psicólogo que fazia o experimento junto com ao Rei percebeu que aquele homem perdia o interesse de interagir, dizendo palavras como “È”! “A vida é assim”!

Por outro lado, sempre que o Rei ia lhe visitar na gaiola, em outros momentos se comportava como se tudo estivesse bem, sendo notório o estado de conflitos psíquicos neste, pois seu comportamento já não era semelhante de uma pessoa “comum”. A cada dia ia se acostumando com a gaiola, e ao mesmo tempo ia perdendo interesse por tudo. (MAY, 2012)

O Psicólogo após semanas de observações deste homem engaiolado entendeu que quando perdemos a liberdade há também uma perda de nossas identidade e sentido existencial, e naturalmente agimos de forma instintiva lutando contra aquilo que ameace a nossa sobrevivência e o desenvolvimento Psíquico saudável. Ou seja, é um comportamento conhecido em nossos extintos de “luta e fuga”. (MOREIRA 2007)

O texto acima escrito pelo Psiquiatra Rollo May é de 1953, embora possamos perceber essa história muito viva em nossa realidade em 2020, já que em um momento onde a Pandemia nos tira a liberdade, despertando em nós ódio, agressões físicas e verbais, quando somos obrigados a ficar apenas dentro de nossas residências para nos protegermos, vez que o COVID-19 tem matado

milhares de pessoas todos os dias e uma vacina ou remédio ainda não existe, apenas experimentos. Assim, milhares de pessoas morrem fisicamente pelo Covid-19 e, outros mais, existência e psicologicamente, frente à perda da liberdade (FRANKL, 2016)

Diante desta Pandemia realizei uma pesquisa via Instagram entre os dias 15 a 18 de maio, onde mesmo em isolamento em nossos lares consegui, via internet, ir ao encontro de muitos que estão enfrentando o isolamento social em diversos locais no Brasil.

Contei com a participação de 150 pessoas que responderam a várias perguntas que fiz online sobre possíveis comportamentos apresentados nesta Pandemia.

Cerca de 65% responderam que perceberam o aparecimento de acne. 70% se sentiram deprimidos. 71% começaram a consumir mais açúcar. 93% não fumaram mais ou não fumaram. 76% não ingeriram álcool além do costume ou não ingeriram álcool. 65% tiveram compulsão alimentar. 21% chegaram a agredir alguém verbal ou fisicamente. 68% não sentiram falta da academia. 63% sentiram falta de exercitar a fé em uma igreja. 50% perceberam conflitos familiares além do comum. 20% começaram a tomar remédios por conta própria. 11% que já faziam uso medicamentoso tiveram dosagens aumentadas pelos médicos. 82% disseram que o conforto e a tecnologia em seus lares têm lhes ajudado muito no confinamento. E 78% disseram que sentiram um nível de nervosismo além do normal.

Percebemos, por meio dessa pesquisa a semelhança com a história escrita por Rollo May em 1953, em que a falta de liberdade nos traz angústia e estresse, modificando nossos hábitos alimentares e sociais. Visualizamos a necessidade de as pessoas neste momento praticarem a fé em uma igreja, vez o frequentar igreja nos aproxima de um sentido em nossas vidas e praticamos a caridade (FRANKL, 2016)

A ausência da igreja também pode estar relacionada a questões culturais, culpa, fuga, particularidades espirituais e também no fato de que a mesma exerce uma intervenção terapêutica, sendo os fieis conduzidos a reflexões e motivados a serem pessoas melhores através da leitura e explicação da Bíblia Sagrada.

Por outro lado, tivemos a surpresa de grande parte dos entrevistados não sentirem falta das academias por vivermos um período em nosso país de grande interesse, digo, até exagerado por parte de alguns, de zelo com o corpo, podendo estes terem já se acostumado com o conforto e a tecnologia de suas casas (gaiola).

Esta pesquisa foi realizada 3 meses após o isolamento obrigatório, sendo evidentes as modificações em nossos comportamentos. Mas ainda assim, nossa alma anseia com tristeza por liberdade, onde sentimos falta de abraços, das grandes e animadas reuniões e dos eventos. Sentimos, enfim, desejo de existir, falta de “voar” e de viver.

## Bibliografia

FRANKL VIKTOR. *Teoria e Terapia das Neuroses: Introdução à logoterapia e à análise existencial*. São Paulo: É Realizações, 2016.

MAY ROLLO. *O Homem à procura de sí mesmo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

MOREIRA B., Marcio. *Princípios Básicos de Análise do comportamento*. Porto Alegre: ARTMED, 2007.

### **A justiça restaurativa**

**Braiany Núbia Barglini de Oliveira**

Acadêmica em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
braianynubia@hotmail.com

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
profhugogduarte@gmail.com

A justiça restaurativa apresenta-se como uma forma alternativa à resolução de conflitos e vem sendo desenvolvida e aplicada por vários países no decorrer dos anos.

Pode-se encontrar diversas definições sobre o tema. Porém, uma definição internacionalmente reconhecida trata a Justiça Restaurativa como sendo: “Um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e a suas implicações no futuro” (MARSHALL, 1999, p. 08)

Howard Zehr, ao dissertar sobre o tema, faz uma analogia as diferentes lentes de uma câmera fotográfica (as diferentes formas de enxergar). Segundo este, uma lente Restaurativa olharia no seguinte sentido: “O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”. (ZEHR, 2008, p. 09)

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça, ao publicar a Resolução N<sup>o</sup> 225, de 31 de maio de 2016, definiu a justiça Restaurativa, regulamentando também, a sua implantação no Brasil:

*Art. 1<sup>o</sup> - A justiça restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflito e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...]. (BRASIL, 2016, p. s/n).*

É notável, à luz das citadas definições, que a Justiça Restaurativa se utiliza das mais diferentes áreas no empenho de conseguir a melhor resolução para o conflito e essas formas criativas de solução de conflito, podem auxiliar o Poder Judiciário, pois existem casos em que, talvez, a norma positivada não seja capaz de alcançar e suprir a verdadeira necessidade de sua solução.

Assim, as práticas restaurativas têm como foco encontrar o cerne do conflito e tratá-lo desde então. Sendo esta, também, uma forma de prevenir futuros casos.

A justiça Restaurativa vai além de punir o infrator, outrossim, visa responsabilizá-lo pelo ato e impor pena proporcional ao delito, para que este possa, de certa forma, reparar o dano causado à vítima e a sociedade.

Ao mesmo tempo este modelo de justiça busca entender os motivos que levaram o infrator a tal delito, para que assim possa se “curar”.

Com ênfase em sua origem, nota-se a dificuldade em estipular um marco inicial para este modelo de justiça, tendo em vista que diversos autores pelo mundo falaram sobre o tema. Porém, relatos históricos e obras publicadas indicam que esta teve início em meados dos anos de 1970, com variações entre Nova Zelândia, no Canadá e nos Estados Unidos da América.

Porém, Howard Zehr liga a justiça restaurativa à cultura indígena:

*Enquanto alguns tentam desqualificar essa alegação como um ‘mito de origem’, verifiquei que a Justiça Restaurativa tem eco em muitas tradições indígenas com as quais tive contato nas minhas aulas e viagens. Braithwaite escreveu que ele ainda está para encontrar uma tradição indígena que não tenha elementos de Justiça Restaurativa e retributiva, e isso confere também com a minha experiência”. (ZEHR, 2008, p. 256)*

Neste mesmo sentido disserta Ila Barbosa BITTENCOURT:

*De qualquer modo, o cenário internacional nos evidencia que não importa onde estão localizadas geograficamente as primeiras ocorrências do fenômeno restaurativo, se ele é neozelandês, canadense ou estadunidense. Em realidade, o instituto sempre esteve ligado a uma herança cultural de origem primitiva, calcada em costumes indígenas de algumas tribos. (BITTENCOURT, 2017, p. s/n).*

Com isso, tendo como referência os povos indígenas, pode-se imaginar que de uma forma ainda que primitiva, baseada no instinto, a Justiça Restaurativa já se fazia presente.

No Brasil, devido ao modelo retributivo de justiça, a justiça restaurativa vem sendo estudada e aplicada aos poucos.

Pela leitura de obra publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível vislumbrar alguns marcos históricos sobre os pioneiros em sua implantação:

*A implantação da Justiça Restaurativa no Estado do Rio Grande do Sul originou-se da ação espontânea da sua Magistratura de Primeiro Grau, com os primeiros estudos e compartilhamentos de conteúdos datados de 1999, e com a primeira prática realizada em 2002, num processo de roubo majorado, já em sede de execução de medida socioeducativa, junto ao Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Logo repercutida e apoiada pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), a Justiça Restaurativa teve por marco da sua*

*fundação no Estado do RS o dia 13 de agosto de 2004, data da criação do Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa junto à Escola Superior da Magistratura (ESM). [...] Da experiência piloto na Comarca de Porto Alegre (RS), sobreveio a criação da Central de Práticas Restaurativas (CPR) junto ao Juizado Regional da Infância e Juventude da Capital, cujas atividades, desde o início, vinham sendo integradas por servidores judiciais associados a servidores e trabalhadores oriundos desse leque de parceiros. Pioneira no Estado do RS e a princípio organizada informalmente, essa Central viria a ser instituída oficialmente junto à estrutura judiciária do TJRS por meio da Resolução nº 822, de 08 de fevereiro de 2010, do Conselho da Magistratura. (BRASIL, 2016, p. 94-95)*

Note-se que este modelo de justiça vem se desenvolvendo, no Brasil, por volta de vinte anos. No entanto, após recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para os países-membros, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 225 de 2016 supracitada, a qual se apresenta como grande porta para a implantação deste método em todo o território nacional.

Hoje a Justiça Restaurativa ganhou um certo espaço, mas ainda não possui plena atuação em todo território Nacional.

Quanto à sua aplicação, deve ser expressamente aceita pelas partes, e estas devem colaborar em todo tempo para alcançar os objetivos pretendidos, assim como elencado no art. 2º, § 2º da Resolução 225/2016 que assim prevê: “Art. 2º, § 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo”. (BRASIL, 2016, p. s/n)

As práticas restaurativas podem ocorrer em conjunto ou separadamente ao processo judicial, como prevê o o § 2º do art. 1º da Resolução em vértice:

*Art. 1º, § 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade. (BRASIL, 2016, p. s/n)*

Por meio da Justiça Restaurativa pode-se obter a possibilidade de o indivíduo se colocar no lugar do outro, de modo que entenda seus sofrimentos, o quão importante é determinado objeto, ou mesmo o meio em que se vive, as condições de vida que se atravessa ou atravessou e a Justiça Restaurativa, com seus instrumentos, gera oportunidades de se transformar situações. Ou seja, por meio de um caso, alcançar-se o ambiente social em que as pessoas vivem e transformá-lo em um local apto para a vida em sociedade.

Por outro lado, é preciso ressaltar, para a Justiça Restaurativa se tornar eficaz, as partes deverão romper diversas barreiras como o medo, os traumas, entre outros.

Nas palavras de Ila Barbosa Bittencourt:

*Levadas em consideração, tais dificuldades demonstram, claramente, que a justiça restaurativa não lança mão de processo mais “fácil” de resolução do conflito, mas sim, de uma metodologia mais ampla e complexa que avança na gênese humana, nos sentimentos; traz fenômenos, caso a caso, muito mais complexos à tona e analisa-os com profundidade jurídica, psicológica e até psiquiátrica. (BITTENCOURT, 2017, p. s/n)*

Logo, a justiça restaurativa oferece ao Direito Penal a oportunidade de solucionar situações e não apenas processos.

#### Referências

BITTENCOURT, Ila Barbosa. *Justiça restaurativa*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>> Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 de jun. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça: Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf). Acesso em: 15 de jun. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Justiça em números 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>> Acesso em: 10 de mai. 2019.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de tradução de Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

MARSHALL, Tony F.. *Restorative justice an overview*. Disponível em <[https://translate.google.com/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall\\_1999-b.pdf&prev=search](https://translate.google.com/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf&prev=search)> Acesso em: 21 de set. 2019.

### **O posicionamento da mulher na sociedade brasileira**

**Cecília Lóra Magalhães de Oliveira**

Acadêmica em Direito

Faculdade de Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

biapereiralima23@gmail.com

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

Percebe-se que a história da mulher se descreve por estar subordinada ao poder masculino, tendo basicamente a função de procriação, de manutenção do lar e de educação dos filhos, numa época em que o valor era a força física.

Por exemplo, nas palavras de Fustel de Coulanges (1996, p.17-18):

*Na família Greco-romana a situação da mulher era de inferioridade com relação ao homem, sendo subordinada a ele e a religião era o ditame da época, sendo, portanto, a norma constitutiva da família, onde tudo girava em torno de um deus, sem regras e sem rituais. [...] Da família do século passado à contemporânea pode-se dizer que várias transformações houveram. No século passado, a mulher e os filhos eram submissos ao pai e esse regime era chamado de patriarcal, onde os filhos eram educados para seguirem os mesmos preceitos, não tendo direitos nem vontade própria, seguindo assim, ritos e costumes que eram direcionados para a permanência e manutenção do patrimônio. O pai eram que julgava o errado ou o certo, era quem decidia o futuro dos filhos e a mãe, não podia dar opinião como também, não tinha nenhuma autoridade. [...] A filha mulher ao se casar, tinha que seguir os passos da mãe. Caso isso não acontecesse, restava-lhe a vida religiosa ou o celibato. Ao sair do lar onde foi criada, não podia trabalhar, estudar, não tinha vontade própria e sim, ser subalterna ao marido da mesma forma como fora sua mãe ao seu pai.*

Com o passar do tempo, porém, foram sendo produzidos instrumentos que dispensaram a necessidade da força física, mas ainda assim a mulher se encontrou numa posição de inferioridade, sempre destinada a ser inferior ao homem em direitos.

De acordo com Vitória Etges Becker Trindade, essas características “[...] se confundem com as próprias origens da nação e estão diretamente relacionadas à antiga família patriarcal, que tinha a mulher como cidadã de segunda classe”. (TRINDADE, 2016, p. 87)

Referido modelo de vida, o patriarcal, foi responsável por incutir na sociedade a ideia de que a mulher deveria ocupar um papel “secundário”, sendo o homem o protagonista da família e gestor do lar.

Segundo Mércia Cardoso de Souza e Luiz Fernando Baracho:

*Tal sistema se perpetuou ao longo de todo o Brasil colônia, influenciado também pelo controle do Estado Português, que não apenas o praticava como atuava de modo que qualquer tentativa de rebeldia ou mesmo pensamento contrário fosse combatido de modo contundente. (SOUZA; BARACHO, 2015, p. 89)*

De toda maneira, em meio ao século XIX essa constatação tem uma remontada já que um grupo de mulheres se rebelou contra a realidade posta a fim de conquistar novos anseios de vida e posicionamentos sociais.

Conforme Renata Barros o movimento referido deu “[...] início a uma revolução silenciosa, que foi tomando forma e ganhado força à medida que se buscavam garantias devido a violação dos direitos da mulher”. (BARROS, 2018, p. 91)

A bem da verdade, como aludiu Fuste de Coulanges (1996, p. 18):

*Com toda essa opressão começa a surgir nas mulheres o desejo de liberdade e começaram a se rebelar contra essa autoridade dos pais e maridos, começando a clamar por direitos, os quais lhes dessem igualdade frente aos homens para que pudessem também cumprir com suas obrigações.*

Indubitavelmente, a tomada de medidas resultou na conquista de muitos direitos normativamente dizendo.

Na seara internacional, primeiramente, em virtude, segundo Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo, “[...] dos movimentos feministas em esfera global, a Comunidade Internacional acabou adotando certas providências”. (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 58)

Termos quem que, ainda de acordo com Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo, fomentaram-se as seguintes convenções:

*a) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, ou Convenção da Mulher (Promulgada pelo Decreto nº 89.460, de 20/03/1984); [...] b) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (promulgado pelo Decreto no 4.316, de 30/07/2002); [...] c) Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20/12/1993); [...] d) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, chamada de "Convenção de Belém do Pará", de 1994 (Promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 01/08/1996). (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 58).*

No âmbito normativo nacional brasileiro, porém, a mulher possuiu um maior aparato normativo a partir da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, ainda hoje existe uma contradição do valor da mulher na sociedade por um lado, uma herança histórica que a limitou a ser mãe, esposa; por outro, a possibilidade de escolher seu futuro e se fazer sujeito de sua história, bem como da humanidade, em pé de igualdade com o sexo masculino.

Nesse sentido, é preciso compreender os motivos pelos quais embora exista, hodiernamente, um aparato normativo-jurídico favorável a mulher, ainda persiste uma realidade tendente à violação de direitos adquiridos.

## Referências

BARROS, Renata. Violência contra a mulher. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1996.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal. Vol. 2. Parte especial*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SOUZA, Mércia Cardoso de; BARACHO, Luiz Fernando. *A lei Maria da Penha: égide, evolução e jurisprudência no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14576/3276>> Acesso em: 15 de mai. 2020.

### **Concepções sobre a tripartição de poderes**

#### **Edná Cristina Medeiros dos Santos**

Acadêmica em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
ednacristinamedeiros@gmail.com

#### **Viviane Pereira de Moura**

Acadêmica em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
vivianepereirademoura7@gmail.com

#### **Hugo Garcez Duarte (Orientador)**

Mestre em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
profhugogduarte@gmail.com

A Grécia antiga é apontada como local e tempo em que se encontra o esboço da teoria da separação dos poderes, sendo o filósofo Aristóteles encarado como seu precursor, devido aos desenvolvimentos de a Política.

A propósito (Aristóteles, s.d.), nos capítulos XIV, XV e XVI do Livro IV, com referência à estruturação de uma Constituição, fomentou esta a ideia de que o legislador deveria ter atenção particular à assembleia legislativa no sentido de se tratar de um órgão diferente em cada modelo constitucional; a necessidade de se saber, no que toca ao executivo, quais seriam os cargos públicos indispensáveis e supremos em cada localidade e a melhor forma de nomeação a ser adotada para a ocupação de cada um deles e; a importância de se considerar, quanto aos tribunais, suas esferas de ação e métodos de procedimento.

No que diz respeito ao advento do Estado moderno, foi Montesquieu, em O espírito das leis, que percebeu as tradicionais funções do Estado como afetas a três poderes distintos e independentes. Com a divisão tripartite do poder, Montesquieu visou elaborar mecanismos aptos a obstruir seu exercício arbitrário/autoritário. (STRECK, 2006)

Com a divisão tripartite do poder, Montesquieu visou elaborar mecanismos aptos a obstruir seu exercício arbitrário/autoritário. Importa refletir, entretanto, em que medida isso vem ocorrendo no Brasil, pois a teoria da separação dos poderes deve ser objeto de discussão devido, acentuadamente, ao papel exercido pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Isso porque diante de um descrédito do processo político majoritário, referido Poder, sobretudo, na figura do Supremo

Tribunal Federal – STF, tem sido convocado a se manifestar sobre temas até então discutidos na seara política.

A evidência tem atraído fortes críticas, precipuamente, quanto aos desígnios seguidos pelo Pretório Excelso quando de diversas decisões. Argumenta-se, destacadamente, que o Guardião da Constituição estaria exorbitando suas funções e se agigantando perante o poder político, o qual seria exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, praticando o mesmo, logo, ativismo judicial, bem como fomentando a judicialização da política.

Com efeito, o cerne do problema aloca-se na análise da legitimidade da atuação do Poder Judiciário em temas atribuídos, *prima facie*, ao poder político, tendo em vista a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, com ênfase naquelas consagradoras dos direitos fundamentais.

Nesse horizonte, importa considerar em que medida os termos independência e harmonia, previstos no art. 2º da Constituição Federal, devam ser interpretados no sentido de que não deva haver hierarquia entre os poderes, devendo, cada qual, exercer a sua função de modo que a máquina pública funcione em nome do povo e para o povo, com igualdade no que tange à consecução de direitos e a atribuição de obrigações, pois conforme prevê o parágrafo único do art. 1º do Diploma Legal Máximo, todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

De tal modo, se os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem seus papéis, poderia o indivíduo reivindicar ao Poder Judiciário que lhe conceda o que fora prometido pela Constituição e por ora não entregue? Negar a proposta seria admitir que o Poder Judiciário é mero aplicador dos mandamentos legislativos ordinários, ainda que em detrimento das normas constitucionais? Uma decisão judicial sobre matéria politicamente controversa é, necessariamente, ativista? Afinal, qual o papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas? Como analisar essas questões sob as ópticas pós-positivista e do constitucionalismo contemporâneo?

Tornou-se indispensável uma análise que perpassasse a ressignificação do princípio da separação dos poderes na contemporaneidade, vez a crise de representatividade vivenciada, mais gravosa ainda quando se reflete sobre a seletividade dos beneficiários do atual sistema.

É inegável que o processo político majoritário se tornou ineficaz quando se pensa na representação dos anseios sociais. Daí dizer estar-se diante de uma crise de representatividade. Não existe diálogo efetivo com a sociedade, e isso tem levado o indivíduo a se fazer representar no Poder Judiciário de forma lapidada àquela genuína da teoria da separação dos poderes.

Sendo assim, é preciso avaliar se avançar-se-ia a um novo patamar democrático se feita uma reforma política em que se aproxime o povo das deliberações, pois no mundo extremamente plural (e multicultural) vivenciado nos dias de hoje, a dialética se mostra imprescindível para que haja a coexistência de interesses tão antagônicos.

Por essa razão, em caráter geral, as variadas conquistas provindas dos Estados Liberal e Social e a aproximação dos mais diversos povos, oportunizada pela globalização, propiciaram a reivindicação de novas aspirações que descaracterizaram, em certa medida, os ideais de homogeneização do ser.

Esses aspectos, entre outros, encontram-se relacionados ao nascimento do Estado Democrático de Direito, o qual pode ser definido como aquele que congrega os anseios dos dois regimes anteriores, sem, contudo, deixar de contemplar, se legítimas, as reivindicações sociais, políticas, econômicas e culturais oferecidas por este tempo, cujas características de extrema pluralidade e heterogeneidade ganham mais relevo. (DUARTE, 2017)

Além disso, que o descrito regime determina as condições de possibilidades para se discutir e ressignificar a teoria da separação dos poderes, com vistas à plena efetividade dos direitos fundamentais, já que a pessoa humana ocupa, normativamente dizendo, o centro das atenções de todo ordenamento jurídico, congregando as posições de base e finalidade estatais.

Especificamente, almeja-se, aqui, enfrentar quatro problemáticas, ainda que a intenção não seja esgotar seus entraves.

A primeira refere-se à ideia de que a reestruturação da teoria da tripartição dos poderes requer que cada poder exerça sua função no estrito cumprimento das normas constitucionais, tendo como nortes precípuos a pessoa humana e a plena efetividade dos direitos fundamentais.

A segunda centra-se no pensamento de que se os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem seus papéis, caberia ao indivíduo reivindicar, no Poder Judiciário, a efetividade da Constituição, pois este diálogo faz parte do processo democrático, não se podendo mencionar, de plano, ativismo judicial na hipótese.

A terceira tem como sustentáculo o entendimento de que se o Poder Judiciário, quando provocado pelo indivíduo, prolata suas decisões em desrespeito à Constituição, pratica ativismo judicial. Portanto, ativismo nada mais é do que um ato que extrapola o que está posto nas normas, entendidas como princípios e regras previstos na Carta Magna. Se tal poder, na sua atividade judicante, nesta hipótese (quando provocado), se pauta em normas constitucionais, não se pode falar em ativismo, em nada violando, igualmente, a teoria da tripartição de poderes.

A quarta propõe reflexão acerca de que os Poderes Legislativo e Executivo, tal como o Poder Judiciário, encontram-se suscetíveis a agir arbitrariamente, ou seja, com ativismo, no sentido de extrapolar suas funções constitucionais.

Justamente por isso, não se pode ignorar a necessidade de se construir mecanismos de controle de suas “decisões”.<sup>1</sup>

#### Referências

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Pedro Constantin Tolens. Editora Martin Claret.

DUARTE, Hugo Garcez; LEITE, Alessandro da Silva; COSTA, Igor Amaral da; MOURA, Viviane Pereira; NASCIMENTO, Washington dos Santos; DIMAS, Anderson Luis de Souza; TEIXEIRA, Eduardo Fonseca; LEMOS, M. A. D.; KLEM JUNIOR, Sérgio Viana; SANTOS, Edná Cristina Medeiros do. *Um novo olhar sobre a teoria da separação dos poderes no Estado brasileiro contemporâneo*. In: XIII Simpósio Nacional da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2018, Curitiba. ANAIS XIII SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2018. v. 1. p. 1906-1934.

DUARTE, Hugo Garcez. *O conceito de direito no pós-positivismo jurídico: o que esperar dos tempos vindouros?* In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 166, nov 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

### **Os direitos humanos e o refúgio**

**Thiara de Aquino Silva**

Acadêmica em Direito

Faculdade de Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

aquinothiara@gmail.com

**Hugo Garcez Duarte (Orientador)**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

Atualmente, temos certas concepções sobre os direitos humanos as quais não tiveram a mesma roupagem no decorrer da história. Conforme André Tavares Ramos, em se levando em conta as primeiras comunidades, desde o século VIII a.C. até o século XX d.C, “[...] são mais de vinte e oito séculos rumo à afirmação universal dos direitos humanos, que tem como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948”. (RAMOS, 2017, p. 26)

---

<sup>1</sup> Essas ideias foram desenvolvidas em: DUARTE, Hugo Garcez; LEITE, Alessandro da Silva; COSTA, Igor Amaral da; MOURA, Viviane Pereira; NASCIMENTO, Washington dos Santos; DIMAS, Anderson Luis de Souza; TEIXEIRA, Eduardo Fonseca; LEMOS, M. A. D.; KLEM JUNIOR, Sérgio Viana; SANTOS, Edná Cristina Medeiros do. *Um novo olhar sobre a teoria da separação dos poderes no Estado brasileiro contemporâneo*. In: XIII Simpósio Nacional da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2018, Curitiba. ANAIS XIII SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2018. v. 1. p. 1906-1934.

Importa, portanto, atravessarmos, ainda que ligeiramente, sua gênese e cronologia, dos tempos mais remotos aos atuais, perpassando os mais importantes pontos teóricos e normativos que o contemplaram. Para André Tavares Ramos:

*O primeiro passo rumo à afirmação dos direitos humanos inicia-se já na Antiguidade, no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C. Para Comparato, vários filósofos trataram de direitos dos indivíduos, influenciando-nos até os dias de hoje: Zaratrusta na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e o Dêutero-Isaías em Israel. O ponto em comum entre eles é a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro. (RAMOS, 2017, p.27)*

Entretanto, encontrar-se-á, com mais propriedade, no âmbito do pensamento grego antigo, a gênese dos direitos humanos, principalmente, no pensamento estoico, escola filosófica construída sobre as bases do pensamento de Zenon, que viveu entre 350 a 250 a.C.

A filosofia de Zenon fundou-se em colocar o conceito de natureza como a chave de todas as coisas, assim, no centro do universo, logo, no direito natural. Essa perspectiva indica, segundo José Luiz Quadros de Magalhães, que para Zenon e seus adeptos

*[...] o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza". "A razão como força universal que penetra todo o "Cosmos" era considerada pelos estoicos como a base do Direito e da Justiça. A razão divina - diziam - mora em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo". (MAGALHÃES, 2009, p. s/n)*

A propósito, tamanha a importância dessas diretrizes já que, para alguns teóricos, encontra-se ali o sustentáculo de criação da ciência jurídica.

A título de exemplo, Hugo Garcez Duarte, fomentando as perspectivas de Fábio Konder Comparato, sustentou que o direito criado pelo pretor romano sofreu enorme influência do estoicismo, “[...] sendo, em razão disso, contemplado como aquele inspirado no direito ideal, que comum a todos os povos do globo terrestre, sobre os quais deveria se difundir”. (DUARTE, 2019, p. 86) E ainda:

*Fortalecendo os signos da influência do estoicismo sobre esse direito, a partir dos anos 218-201 a.C. além do estabelecimento do método de análise dialética da realidade jurídica, o pensamento estoico introduziu, no direito romano, premissas como: a) a justiça corresponde à vivência do indivíduo em harmonia com a comunidade, o qual deverá agir com prudência, sendo a virtude da moderação, a razoabilidade ligada à tendência natural de respeito à dignidade própria e à das outras pessoas. Nesses termos, nada poderá existir de útil na vida que não seja, ao mesmo tempo, justo e honesto; b) o método dialético, o qual propugna que uma norma jurídica expressa textualmente somente entra em vigor quando interpretada e*

*aplicada. Logo, o intérprete do direito exerce um papel fundamental, colocando a ideia de direito em movimento. c) a ciência jurídica romana foi criada por grandes jurisconsultos da época imperial que contemplaram interesses nem sempre vistos na era moderna; d) o direito autêntico, logo, nada mais é do que a realização da justiça e a finalidade da lei consiste na formulação pública das regras práticas de moralidade. (DUARTE, 2019, p.86)*

Falando-se em direitos humanos na Roma antiga, encontraremos em Cícero, inclusive a partir do legado estoico, mais desenvolvimentos do que se deva compreender como direito.

De acordo com José Luiz Quadros de Magalhães o que importa para “[...] CÍCERO é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito”. (MAGALHÃES, 2009, p. s/n)

Confirmando esses raciocínios, André Tavares Ramos afirmou que Cícero retomou, naquele tempo, em Roma, a reta razão, verdadeira e inviolável lei “[...] mesmo em face do poder”. (RAMOS, 2017, p. 29) Concluindo: “No seu De legibus (Sobre as leis, 52 a.C.), Cícero sustentou que, apesar das diferenças (raças, religiões e opiniões), os homens podem permanecer unidos caso adotem o “viver reto”, que evitaria causar o mal a outros”. (RAMOS, 2017, p. 29)

De todo modo, não foi esse pensamento jurídico sofisticado o predominante nas sociedades antigas mencionadas, outrossim, aqueles primitivos de justiça, sendo que, nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães, “[...] o trabalho escravo se colocava na base da sociedade, como sustentáculo da vida na polis grega ou nas cidades do Império Romano”. (MAGALHÃES, 2009, p. s/n)

Como todos sabemos, o pensamento cristão se apresentou predominante durante a era medieval.

Em seu período inicial, as influências do direito natural estoico da concepção jurídica romana foram determinantes para a construção das ideias religiosas, merecendo destaque na obra de Santo Agostinho, e já mais tarde, na de São Tomas de Aquino.

Acerca de suas construções teóricas nesse período histórico, aduziu José Luiz Quadros de Magalhães: “A doutrina de SANTO AGOSTINHO (354-430 d.C.) tem um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto”. (MAGALHÃES, 2009, p. s/n) Prosseguindo:

*Ele considerava o governo, o direito, a propriedade, a civilização toda como produto do pecado, e a Igreja, como guardiã\_ da Lei Eterna de Deus, poderia intervir nestas instituições quando julgasse oportuno. Para SANTO AGOSTINHO, se as leis terrenas (lex temporalis) contêm disposições claramente contrárias à Lei de Deus, estas normas não têm vigência e não devem ser obedecidas. [...] Novecentos anos mais tarde, a doutrina de São TOMAS DE AQUINO (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade mostrada através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos: "As opiniões de São TOMAS DE AQUINO sobre questões jurídicas e políticas mostram especialmente a influência do pensamento aristotélico adaptado às doutrinas do Evangelho e dos Padres da Igreja*

*integrado em um importante sistema de pensamento". [...] O papel da Igreja, em sua relação com o governo, levará São Tomás de Aquino, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã. (MAGALHÃES, 2009, p. s/p)*

Vale destacar, como a doutrina o faz constantemente devido à sua importância histórica relativa aos direitos humanos, a Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos Barões ingleses ao Rei João Sem-Terra, previu um rol desses direitos.

No entanto, o iluminismo, principalmente a partir da filosofia de Descartes, foi decisivo na passagem do direito natural metafísico medieval para o direito natural racional de Hugo Grotius.

Essa fase clássica do direito natural englobou dois períodos. O primeiro, iniciado com o Renascimento. O segundo, com a Revolução Puritana de 1.649, conforme Edgar Bodenheimer ressaltou:

*O primeiro após o Renascimento e a Reforma, que corresponde à teoria de HUGO GROTIUS (que preparou o terreno para a doutrina clássica), HOBBS, SPINOZA, PUFENDORF e WOLFF, onde o Direito Natural residia meramente na prudência e automoderação do governante; o segundo período começa com a Revolução Puritana de 1.649, e é caracterizado por uma tendência para o capitalismo livre na economia e o liberalismo na política e na filosofia, onde encontraremos as ideias de LOCKE e MONTESQUIEU (nesta época a preocupação era garantir os indivíduos contra as violações por parte do Estado); e finalmente o terceiro período, que está marcado por uma forte crença na soberania popular, na Democracia. O Direito Natural estava confiado à vontade geral do povo. O representante mais destacado desta época foi ROUSSEAU, que exerceu influência sobre KANT. (BODENHEIMER, 1942, p.146-147)*

Todavia, com a derrocada do Estado Absoluto e o nascimento do Estado Liberal-Constitucional os direitos humanos ganharam mais relevo sob o prisma do direito positivo.

José Luiz Quadros de Magalhães aponta que a primeira Constituição escrita nacional e capaz de promover limitações ao Estado do mundo “[...] foi o Instrument of government promulgado por Cromwell em 1652, durante a curta experiência republicana inglesa e segundo A. ESMEIN, o protótipo da Constituição dos Estados Unidos”. (MAGALHÃES, 2009, p. s/p)

O direito constitucional e os direitos humanos são marcados, ademais, ainda de acordo com José Luiz Quadros de Magalhães, pela:

*[...] Revolução Norte-Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Os Direitos Fundamentais serão reafirmados pela declaração de independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, na França. Estes direitos consagrados pela declaração de 1789 vão constar dos textos*

*constitucionais franceses de 1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814 e 1830. (MAGALHÃES, 2009, p. s/p)*

Já após as duas grandes guerras mundiais a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 vem à lume visando estabelecer, como evidenciam Hugo Garcez Duarte, Alessandro da Silva Leite e Alessandra Freitas, “[...] uma ética mundial desses direitos e o estabelecimento de uma estrutura básica de vida a todo e qualquer indivíduo, pouco importando sua localização no globo terrestre”. (DUARTE; LEITE; FREITAS, 2018)

Por outro lado, cada povo possui suas particularidades e, assim, também a partir das palavras de Hugo Garcez Duarte, Alessandro da Silva Leite e Alessandra Freitas, deve-se refletir que as mesmas “[...] envolvem preferências políticas, sociológicas, filosóficas, econômicas, entre outras, que podem promover ou promovem cotejos para com os anseios universalizantes destacados”. (DUARTE; LEITE; FREITAS, 2018, p.13)

Por conta dessas constatações, Flávia Piovesan registrou: “A concepção universal dos direitos humanos, demarcada pela Declaração, sofreu e sofre, entretanto, fortes resistências dos adeptos do relativismo cultural”. (PIOVESAN, 2012, p. 215) Assim:

*O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: podem elas terem um sentido universal ou são culturalmente relativas? Essa disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção de direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar. (PIOVESAN, 2012, p. 215)*

Isso posto, há décadas ocorre o deslocamento de pessoas de um país para outro com o intuito de se proteger de guerras e conflitos armados, perseguições por motivos religiosos, políticos, étnicos.

E como no Brasil há legislação específica tratando dos refugiados garantindo a estes a proteção nessa condição mesma, pretende-se, por meio deste artigo, nas formas descritiva e analítica, refletir sobre a situação das pessoas que estejam nessa condição, à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos e a transculturação. Faremos isso em textos futuros.

## Referências

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica*. México, 1.942.

DUARTE, Hugo Garcez. *A Constituição Federal de 1988 no contexto jurídico-político contemporâneo: obstáculos para a consecução dos direitos coletivos e individuais frente à ausência de um fundamento moral absoluto para o direito*. In: Américo Braga Júnior; Edson Roberto Siqueira Junior; João Emílio de Assis Reis. (Org.). (Coletânea) *Constitucionalismo e democracia: desafio e efetividade de direitos* - 30

anos da Constituição: avanços e promessas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79-108.

DUARTE, Hugo Garcez; LEITE, Alessandro da Silva; Freitas, Alessandra. *Universalismo e relativismo cultural: os direitos humanos como paradigma emancipatório*. In: Revista Vox. Revista da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas – Reduto/MG. ISSN: 2359-5183. Edição n. 07, janeiro-junho 2018, p. 11-25. MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Direitos humanos: evolução histórica. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/jose\\_quadros.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/jose_quadros.htm)> Acesso em: 20 de fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Tavares. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

### O custo dos direitos

**Rubens Ferreira Pimentel**

Acadêmico em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
merodontologia@gmail.com

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
profhugogduarte@gmail.com

Os direitos humanos fundamentais possuem diversas finalidades, as quais são apontadas pelos mais variados estudiosos do tema, e isso está em constante mutação devido ao dinamismo da sociedade atual.

De toda maneira, a teoria mais difundida no meio é a dos quatro status do jusfilósofo e juiz de direito alemão que viveu no século XIX Georg Jellinek, como aduz Marcelo Novelino Novelino (2015, p. 312): “[...] apesar de conter algumas imprecisões e de não ser capaz de abranger todas as categorias de direitos fundamentais atualmente existentes, ainda é considerada a mais completa por parte da doutrina [...]”.

A teoria citada compreende, também conforme Marcelo Novelino (2015, p. 311): “[...] I) *status* passivo (ou *status subjectionis*); II) *status* negativo (ou *status libertatis*); III) *status* positivo (ou *status civitatis*); e, IV) *status* ativo (ou *status* da cidadania ativa).

Segundo Jellinek, conforme citado por Marcelo Novelino:

*O status passivo (ou status subjectionis) é aquele no qual se encontra o indivíduo submetido ao Estado na esfera das obrigações individuais. Existe para o indivíduo algum tipo de dever ou proibição estatal ao qual está sujeito. Sob o ângulo inverso, o Estado tem uma competência perante o indivíduo para estabelecer algum dever ou proibição que o afete, o que significa que este indivíduo se encontra em uma*

*posição de sujeição em face do Estado. [...] o status negativo (ou status libertatis) costuma ser referido em dois sentidos diversos. Em sentido estrito, conforme a proposta original de Jellinek, é formado por faculdades, isto é, diz respeito apenas às liberdades jurídicas não protegidas. Em sentido amplo, que é o mencionado pela maior parte da doutrina, refere-se aos direitos de defesa, compreendidos como direitos a: ações negativas do Estado voltadas à proteção do status negativo em sentido estrito. Sob esta óptica, impõe aos órgãos estatais o dever de não intervir na esfera de liberdade dos indivíduos (não agir, não fazer algo, abster-se...). [...] O status positivo (ou status civitatis) é o titularizado por indivíduos dotados de capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar suas instituições (Jellinek), ou seja, é o que assegura aos indivíduos pretensões positivas perante o Estado. O cerne desse status revela-se, portanto, no direito do cidadão a ações estatais. [...] Por fim, o indivíduo se insere no status ativo (ou status da cidadania ativa) quando lhe são atribuídas capacidades que extrapolam sua liberdade natural como, por exemplo, o direito de votar. Devem fazer parte do status ativo somente as competências que tenham como objeto uma participação nas atividades políticas do Estado, desenvolvida com o escopo de contribuir para a "formação da vontade estatal" (JELLINEK). (apud NOVELINO, 2015, p. 311-312)*

Atrelando-se a esses desenvolvimentos, presenciam-se, tradicionalmente, diferenciações relativas aos direitos humanos fundamentais em sentidos negativo e positivo.

Os primeiros, negativos, seriam concebidos como direitos de defesa, os quais operam como instrumentos de proteção, conforme Bernardo Gonçalves Fernandes Fernandes (2017, p. 333), “[...] da liberdade individual contra interferências ilegítimas (usurpadoras) do Poder Público, independentemente, de sua ordem (ou seja, quer o ato provenha do Executivo, quer do Legislativo, quer do judiciário)”. E continua:

*Tal leitura deixa clara a noção de que se centra numa ideia de Estado Liberal, cujas características são a neutralidade e a limitação de sua ação no sentido de proteção da segurança exterior do grupo ou a ordem interior do Estado - por isso mesmo, muitas vezes apelidado de Estado "guarda noturno" (Gramsci). [...] Assim, tais direitos visam à garantia de um espaço de liberdade por parte dos cidadãos a partir de uma limitação do poder estatal. Tais direitos são, portanto, direitos subjetivos tanto para se evitar a interferência indevida (função preventiva), quanto para eliminar agressões que esteja sofrendo no plano da autonomia privada (função corretiva). (FERNANDES, 2017, p. 334)*

Noutra vertente, os direitos inerentes ao sentido positivo exigem uma prestação positiva do Estado no que toca comportamento destinado à ação para que os direitos e liberdades sejam satisfeitos.

Enfatizando novamente os estudos de Bernardo Gonçalves Fernandes, desse prisma, passa-se a compreender que o Estado não tem sua atuação limitada à não intervenção “[...] na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos privados, mas ainda, é por meio do Estado que se dá a garantia da liberdade, quando esta depender de uma postura ativa dos Poderes Públicos”. (FERNANDES, 2017, p. 335) Sendo que:

*Nesse diapasão, enquanto os direitos de defesa pregam uma posição abstencionista por parte do Estado, os direitos a prestações requerem uma postura ativa, no sentido de demarcar uma obrigação ao Estado de colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (representando o que Jellinek chamava de status positivus). Assim, além dos direitos de prestação jurídica, temos os direitos de prestação material que visam reduzir desigualdades táticas (sociais). (FERNANDES, 2017, p. 335-336)*

Isso posto, importa trazer à baila o pensamento de dois autores americanos os quais pretendem romper com a ideia acima exposta de que existem direitos fundamentais negativos e positivos.

Nos referimos a Stephen Holmes e Cass Robert Sustein, os quais por meio da obra *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*, defendem a ideia de que todos os direitos são positivos.

O primeiro é pesquisador da história do liberalismo e do antiliberalismo. É professor da faculdade de direito da Universidade de Nova York e tem publicado livros e artigos sobre a história do pensamento político, a teoria democrática e constitucional, a reforma do Estado na Rússia pós-regime soviético e a guerra ao terror.

O segundo, é advogado e professor universitário dedicado a pesquisas nas áreas do direito constitucional, administrativo e ambiental. Entre 2009 e 2012, serviu ao governo Obama. Durante 27 anos foi professor da faculdade de direito de Chicago e hoje é professor da faculdade de direito de Harvard.

Basicamente, esses autores fomentam que todos os direitos possuem um custo, os quais somente poderão ser satisfeitos por meio do Estado, enquanto componente essencial da conjuntura atual, a partir do que seja arrecado por meio de impostos.

A título de exemplo, para Stephen Holmes e Cass Robert Sustein, a máxima jurídica romana de que não há direito sem o remédio jurídico correspondente demonstra que: “Os indivíduos só gozam de direitos no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível”. (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 30) Concluindo:

*Essa realidade simples já revela quanto é insuficiente a distinção entre direitos negativos e positivos. O que ela demonstra é que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos. [...] Na ausência de deveres legalmente imponíveis não direitos legalmente exigíveis, e é por isso que um sistema jurídico só pode ser permissivo, ou seja, só pode permitir liberdades aos indivíduos, na medida em que é simultaneamente coercitivo. Isto é, a liberdade pessoal não pode ser assegurada pela mera limitação da ingerência do Estado mediante as liberdades de ação e associação. Não há direito alguém que se resuma ao direito de ser deixado em paz pelos agentes públicos; todos os direitos implicam uma pretensão a uma resposta afirmativa por parte do Estado. (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 30-31)*

## Referências

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador, JusPOOIVM, 2017.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.