

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Konstantin Gerber

**Antropologia Jurídica e Direitos Humanos: o etnocentrismo, o relativismo
cultural e os direitos sociais.**

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

SÃO PAULO

2011

**Pontifícia Universidade Católica,
São Paulo**

Konstantin Gerber

**Antropologia Jurídica e Direitos Humanos: o etnocentrismo, o relativismo
cultural e os direitos sociais.**

Mestrado em Filosofia do Direito

Dissertação apresentada ao à
Banca Examinadora da Pós
Graduação em Filosofia do
Direito e do Estado, Faculdade
de Direito, Pontifícia
Universidade Católica, São
Paulo, para obtenção de título
de Mestre em Direito, sob
orientação do Prof. Dr. Willis
Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2011

ERRATA

Página	Onde se lê	Leia-se
8	“reforma fundiária agro-ecológica”	“lei de Terras Comuns”
	“descriminalização dos enteógenos e da interrupção voluntária da gravidez”	“processos de descriminalização”
	“diante do mercado”	“diante do mercado e do próprio Estado”
9		
	“agroecologic rural reform”	“community property Law”
	“pharmacy and abortion decriminalization”	“decriminalization process”
	“facing the market”	“facing the market and the State”

Banca Examinadora

AGRADECIMENTO

Agradeço à sociedade brasileira pela bolsa flexível concedida pelo governo federal, à minha progenitora pelo financiamento inicial, à família Ortenblad, à família Muanis, às famílias Ramos, Xavier, Ferraz, Toledo Piza, Gerber, ao Prof. Willis Santiago Guerra Filho pela orientação em Filosofia do Direito, ao Prof. Marcelo Figueiredo, pelo incentivo à pesquisa jurídica ao longo destes anos a culminar com a criação do Grupo de Pesquisas em Direitos Fundamentais na PUC SP, igualmente à Profa. Patrícia Rosset, aos Professores Luiz Guilherme Concci, Roberto Baptista Diaz, Marcelo Aguiar, Márcio Pugliesi, Márcio Alves Fonseca, Pietro Alarcón, Edmilson Felipe, Reginaldo Nasser, Fernando Abrúcio, Cláudio Couto, Oliveiros Ferreira, Bruno Dallari, Edson e Dorothea Paseti, às Profas. Mariza Werneck, Flávia Piovesan e Márcia Alvim, à Faculdade de Direito e à Faculdade de Ciências Sociais da PUC SP, aos sebos e livrarias, aos funcionários da PUC SP, em especial aos da Biblioteca Nadir Gouveia Kfouri, aos funcionários das bibliotecas da Usp, AASP, TRF, aos Cursinhos Anglo, CPV, ao Colégio Humboldt, às amigas e aos amigos.

Se a sociedade é criminógena
e a família patogênica, a PUC
é a salvação. “*Só o amor
constrói pontes indestrutíveis*”
(CHORÃO, Charlie Brown Jr.)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Elisa Camarote.

Autorização de Reprografia e Reprodução Fotoelétrica

Autorizo a reprodução integral e parcial para fins científicos, acadêmicos, didáticos e culturais: art. 5º, incs. XIV e XXIII e arts. 205, 206, II, 208, V, 207, C.F., Convenção de Berna, Decreto 75.669/75 e Portaria CAPES nº 13/2006 e Deliberação nº 15/20005, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, desde que respeitado o direito moral do autor e citada a fonte. Em havendo interesse de exploração econômica da obra, favor entrar em contato: k.gerber@uol.com.br

Declaração de Responsabilidade

Art. 5º, inc. IX, C.F.: *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.

Art. 220, inc. II, §6º, C.F.: *“a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”*.

Lei nº 7.170/1983, art. 22, § 3º: *“Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas”*.

Resolução CNE/CES nº9 de 2004 *“Institui as diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências”*, Art. 5º, I: *“Antropologia Jurídica, Ciência Política, Economia Contemporânea, Filosofia, História do Direito, Psicologia Jurídica e Sociologia”*.

“A imaginação carnalizada estabelece também uma distância enriquecedora com relação ao papel que joga o imaginário cientificista na produção imaginária do real. O cientificismo, entre outras coisas, apresenta-se como a negação do plural da práxis e do saber singularizados, politicamente, nas linguagens das ciências sociais e na mentalidade que, silenciosamente, trabalha para produzi-las. É a ideologia operando como gramática de produção e reconhecimento do saber”. Luís Alberto Warat

Resumo: Pretende-se discorrer sobre democracia e diversidade, em contexto ibero-americano, sobre pluralismo jurídico e direitos humanos coletivos, com intuito de pensar reforma fundiária agro-ecológica, descriminalização dos enteógenos e da interrupção voluntária da gravidez, e questionar a efetividade dos direitos constitucionais diante do mercado.

Palavras-Chave: DIREITOS HUMANOS – IBEROAMÉRICA – MINORIA –
DEMOCRACIA – ANTROPOLOGIA JURÍDICA

Abstract: The objective/intent is to examine democracy and diversity with focus on juridical pluralism and collective human rights in an ibero-american context, in order to think rural agroecologic reform, pharmacy and abortion decriminalization and raise questions about the constitutional rights' efficacy facing the market.

Key Words: HUMAN RIGHTS – IBERO-AMERICA – MINORITY –
DEMOCRACY – LEGAL ANTROPOLOGY

Sumário:

1. Antropologia Jurídica, Antropologia Cultural e Direitos Humanos.....	pág.12
1.2 O que é etnocentrismo?.....	pág. 36
1.3 Bibliografia I.....	pág. 38
2. Relativismo Cultural e Direitos Humanos Coletivos.....	pág. 41
2.1. Direitos Humanos, História do Direito Subjetivo e Soberania.....	pág 42
2.2. Filosofia da Propriedade e Propriedade Coletiva.....	pág. 67
2.2.1 Direito Costumeiro	pág. 87
2.2.2 Quilombos	pág. 91
2.2.3 Comunidades Indígenas e Tradicionais.....	pág. 98
2.2.4 Relatórios de Identificação.....	pág. 104
2.2.5 Patrimônio Cultural.....	pág. 108
2.3. Relativismo Cultural, Democracia e Política.....	pág. 118
2.3.1 Relativismo Cultural e Filosofia do Direito.....	pág. 126
2.3.2 Universalidade e Relativização.....	pág. 143
2.3.3 Ciência política latino-americana e direito brasileiro.....	pág. 148
2.3.4 O debate liberais e comunitaristas.....	pág. 153
2.3.5 Democracia como mito.....	pág. 154
2.3.6 Justiça Comunitária, Justiça Indígena e Pluralismo Jurídico.....	pág. 160
2.4 Minorias e Direitos Humanos	pág. 174
2.4.1 Diversidade Cultural e Pobreza	pág. 196
2.4.2 Racismo e Identidade cultural.....	pág. 198
2.5 Religião e Diversidade Cultural.....	pág. 206

2.6 Globalização, Diálogo intercultural e E. Levinás.....	pág. 215
2.7 Bibliografia II.....	pág. 220

Apêndice:

3. A Presidenta, A Guerra e o Vazio.....	pág. 239
3.1 Introdução	pág. 243
3.2 O direito penal simbólico, processos de descriminalização e os direitos dos usuários de álcool e fármaco.....	pág. 271
3.3 Os controles de constitucionalidade e convencionalidade em matéria de álcool e fármaco.....	pág. 291
3.4 Guerra ao crime e segurança cidadã.....	pág. 315
3.5 Conclusão: Estado de Exceção.....	pág. 320
3.6 Bibliografia III.....	pág.349
Anexo I.....	pág.367
Anexo II.....	pág. 368
Anexo III.....	pág. 369
Anexo IV.....	pág. 370
Anexo V.....	pág. 371

Capítulo I

Antropologia Jurídica, Antropologia Cultural e Direitos Humanos

Sumário: 1. Antropologia Jurídica, Antropologia Cultural e Direitos Humanos

1.1. O que é etnocentrismo?

“A dogmática jurídica vê o mundo em preto e branco, como os autos de um processo”¹

Desembargadora em Buenos Aires

“(...) esse sentido de interdisciplinaridade, tão fortemente ligado à idéia de uma comunhão de pesquisadores, segundo uma versão modesta e mais prudente da comunhão dos sábios ou dos santos, parece-me fundar-se na natureza mesma da experiência (...) merece destaque a ação da UNESCO, que, entre outras iniciativas, tem promovido, em Paris, encontros sobre a diversidade das culturas e a universalidade das ciências e da tecnologia, convocando especialistas dos mais diversos campos de investigação, oriundos de países de todas as latitudes, visando a melhor esclarecer o valor do mundo perante o homem e do homem perante o mundo”² Miguel Reale

¹ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade. Construção da Verdade no Processo Civil Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2008, Pág. 36

² REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Grijalbo, Usp, São Paulo: 1977, págs. 14 e 16

“Apresentando esquematimaticamente o contraste, podemos dizer que o humanismo antropológico parte do diferente e o faz – através do ato de nomeá-lo, de classificá-lo, de descrevê-lo e de interpretá-lo – compreensível. Ele o familiariza. Uma prática etnográfica surrealista, ao contrário, ataca o familiar, provocando a irrupção da alteridade – o inesperado³” James Clifford

“El hecho de valor o darle valor al hecho (cultural) se origina en un atrevimiento conjunto del pensamiento y la acción⁴”
Samuel Hurtado Salazar

“(...) a peruca do juiz é mais do que uma relíquia de um traje oficial antiquado. Sua função tem um profundo parentesco com as máscaras de dança dos povos primitivos. (...) O julgamento pode ser considerado como um jogo de azar, como uma competição ou como uma batalha verbal⁵”
Johan Huizinga

“O mundo é o conjunto de sintomas cuja doença se confunde com o homem. A

³ CLIFFORD, James. *A experiência etnográfica: antropologia e literatura no século XX*, UFRJ, Rio de Janeiro: 1998, Pág. 167.

⁴ Este autor problematiza a identidade cultural e a ação histórica. SALAZAR, Samuel Hurtado. *El valor de la aplicación etnocultural*. In: BARRIO, Angel B. Espina (ed.) *Antropología aplicada em Iberoamérica*. Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, Recife: 2008, Pág. 155.

⁵ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004, págs. 90-91

literatura aparece, então, como um empreendimento de saúde⁶ (...)” Gilles Deleuze

“No momento em que os direitos humanos tornam-se um tema de discussão no seio da sociedade política, podemos ter certeza de que as razões de ser dessa sociedade perderam sua evidência. O esforço para reencontrar ou redefinir o campo dessa evidência passa a ser um ato político por excelência, e não apenas um exercício escolar⁷.” S.J. Henrique C. de Lima Vaz

1. Antropologia Jurídica, Antropologia Cultural e Direitos Humanos

Com a filosofia do direito se obtém critérios de valoração das normas⁸ (COTTA, 1985, pág. 30). A filosofia do direito busca conhecer o direito em vez de produzir-lo. Sergio Cotta busca o fundamento do direito por meio da análise fenomenológica da existência. Observa que a coercitividade determina obediência, mas não necessariamente a obrigação. O dado mais relevante da experiência jurídica consiste na regra de comportamento, porém indaga, como fizeram Kelsen e Ross, sobre a distinção entre a

⁶ DELEUZE, 1997, p. 13 apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma poética do direito: introdução a uma teoria imaginária do direito (e da totalidade)*. Panóptica ano 3 nº 19, julho-outubro, 2010 disponível em: www.panoptica.org Acesso em: 03/02/2011, pág. 15.

⁷ VAZ, S. J. Henrique C. de Lima. *Antropologia e Direitos Humanos*. In: RIBEIRO, Darcy. *Encontros com a Civilização Brasileira*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 1978, Pág. 35.

⁸ COTTA, Sergio. *Perfil de una ontofenomenología del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez nº 25, 1985, Universidad de Granada, Espanha.

coercitividade do ordenamento jurídico e a coercitividade da organização criminal. A filosofia do direito envolve-se com o problema da legitimação.

Hans Kelsen equipara a ordem do gângster para entrega de dinheiro à ordem do funcionário de finanças para entrega de dinheiro, sendo apenas o segundo ato do ser correspondente ao dever-ser, correspondente ao sentido/conteúdo do ato de vontade ou pensamento criadores da norma jurídica, em juízo de validade normativa⁹ (KELSEN, 2006, pág.9).

O direito como ordem geral obedecida de forma geral pela pessoa ou corpo internamente soberano e externamente independente está em Hart. Aponta para as expressões “*must*”, ter de, “*should*”, dever e “*ought to*”, ter o dever de¹⁰ (HART, 2007, pág. 14).

Acerca do sentido do fenômeno jurídico Sérgio Cotta afirma a pluralidade de sentidos do mundo do atuar significar a carência de sentido de tal mundo e concebe a regra jurídica universalizável como a capaz de conferir unidade de sentido ao mundo do atuar para a coexistência: a coexistência universal. A diversidade do atuar revela o exercício da possibilidade: estrutura ontológica humana. É a carência de sentido a orientar o exercício da possibilidade de plenitude da participação do ser no infinito. O fundamento

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 9

¹⁰ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2007. Este autor também tece indagações em torno das expressões “*direito internacional*” e “*direito primitivo*”. HART, 2007, Op. Cit. pág. 08

ontológico do direito consiste no possível da coexistência: a salvaguarda da pessoa em sua qualidade de eu-em-relação¹¹ (COTTA, 1985).

Para Werner Maihofer a ordem jurídica consiste em um conjunto de correspondências¹² (MAIHOFER, 1956, pág. 64 apud KAUFMANN, 1985, pág. 62). A ontologia do direito constitui ontologia relacional-personal. “*O homem realiza-se como pessoa em sua vinculação e dependência com outras pessoas e coisas, para bem o para o mal: é padre e filho, comprador e vendedor, malfeitor e vítima, proprietário e ladrão*¹³” (KAUFMANN, 1985, pág. 62).

Luis Fernando Coelho relata as crises do direito: institucional, com as transformações da família, do Estado e da propriedade; e também epistemológica, “*revelada no desencanto dos juristas com a sua ciência e na desconfiança dos grupos sociais com relação aos juristas*¹⁴” (COELHO, pág. 14).

Ressalta a contribuição da antropologia com Toynbee, Teilhard de Chardin, Malinowski e Lévi-Strauss para o existencialismo desenvolver pesquisas

¹¹ COTTA, 1985, Op. Cit. Veja também: LUMIA, Giuseppe. *O existencialismo perante o direito, a sociedade e o Estado*. Livraria Moraes, 1964: Lisboa.

¹² KAUFMANN, Arthur. *Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez n. 25, Universidad de Granada, Espanha: 1985.

¹³ KAUFMANN, 1985, Op. Cit.

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Existencialismo e direito e outros ensaios*. Lítero-Técnica, Curitiba. Veja também: HESPANHA, António Manuel. *Os juristas mais característicos fazem parte do problema e não da solução*. Entrevista com António Manuel Hespanha. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 17-23, jan./jun. 2008.

sobre o fenômeno jurídico: a concepção cósmica do universo e do homem e a referência epistemológica à realidade concreta¹⁵ (COELHO, pág. 19).

Existir é sair fora de si mesmo, é estar-no-mundo, em presença do ser, a abertura para o ser, mas o homem transcende para o ser e transcende para os outros, para o mundo e para o futuro. “*Existimos enquanto estamos em comunhão com os outros*”¹⁶ (HEIDEGGER¹⁷ apud COELHO, pág. 25).

Em Teilhard de Chardin aponta a reunião das ciências da natureza e das ciências do espírito, para então descrever o direito como realidade histórico-cultural, e com suporte em Fechner e Maihofer, conceber um direito natural do devir (COELHO, pág. 30).

Para este autor o estruturalismo consiste em nova concepção da realidade, oposta à concepção atomística do universo, e ao normativismo, idéia do direito a partir do Estado. Refere a concepção histórica do direito em Savigny, para então, com suporte em Maurice Hauriou, introduzir o institucionalismo¹⁸ (COELHO, pág.39). O direito tem por objeto não somente a distinção entre o meu e o teu, mas o discernimento do nosso¹⁹ (LERNER, pág. 110).

¹⁵ COELHO, Op. Cit.

¹⁶ COELHO, Op. Cit.

¹⁷ Sobre a utilização deste autor e a relação entre filosofia do ser e preferência política, adverte-se o leitor para o item 2.1. adiante.

¹⁸ COELHO, Op. Cit.

¹⁹ LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

Por instituição, pode-se compreender: “*toda formação cultural resultante da experiência coletiva, os modos de pensar, sentir e atuar que o indivíduo encontra pré-estabelecidos, e cuja transmissão se efetua geralmente por via da educação*”²⁰ (COELHO, pág. 39). Por estruturas, sintetiza: “*esquemas de comportamento social cuja realidade não depende de ter sido declarada pela norma jurídica*”²¹ (COELHO, pág. 40). Afirma vivermos em uma sociedade individualista de massas, sob o primado da organização, não sendo uma sociedade de estrutura comunitária, nem uma sociedade baseada sobre a associação contratual²² (COELHO, pág. 50).

O direito constitui fenômeno cultural e expressão de violência²³ (COVER, 2002 apud SANTAMARÍA, 2009, pág. 130). O direito consiste em monumento da cultura ou da barbárie²⁴ (FONSECA, 2000). Ricardo Marcelo Fonseca, com suporte em Walter Benjamin, afirma que a empatia com os vencedores do passado beneficia os dominantes de hoje.

O direito estabelece tradição e funda cultura, sendo também concebido como história. O direito costumeiro pode ser identificado com a Idade Média, os precedentes com o direito inglês, o Código, com Justiniano, e, a

²⁰ COELHO, Op. Cit.

²¹ COELHO, Op. Cit.

²² COELHO, Op. Cit.

²³ SANTAMARÍA, Sandra Milena Gómez. *El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales. Estudios de Derecho*. OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto (Diretor) Vol. LXVI, junho, Universidad de Antioquia, Medellín: 2009. Remanesce como sugestão de pesquisa a análise de discurso como forma de se analisar o desejo de poder nas audiências e consultas públicas dos procedimentos administrativos e nas audiências dos procedimentos judiciais, o que não exclui a sugestão de análise de discurso dos procedimentos legislativos, de antropologia legislativa ou de antropologia da atividade política.

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Sonho e Direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR v. 34, 2000

codificação, com a Revolução Francesa. Consistem em particularidades históricas, em distinções *folk*. Compõe a cultura política²⁵ (VARGA, 1994).

As Institutas dos jurisconsultos Gaio e Ulpiano deram origem as Institutas de Justiniano, obras elementares do direito romano. Designavam os compêndios de direito com referência ao Digesto, destinados ao ensino, inclusive quando este se tornou público: as *Instituta*, *Regulae*, *Manulia* e *Tripertita*, primeiro livro com interpretação de Lei das XII Tábuas²⁶ (RUIZ apud ABELENDÁ apud LERNER).

Concebe-se o direito como patrimônio cultural. Em passagem sobre ofensa à justiça social pelo Presidente da República, art. 85, III, C.F., Celso Antônio Bandeira de Mello equipara o patrimônio público ao patrimônio cultural, sendo da composição deste, o direito.

*"É patrimônio cultural de um povo, também - e sobretudo -, aquele que encarna valores cívicos e sociais transcendentais. Tal patrimônio expressa-se em valores espirituais, consagrados, outrossim, pelo Direito, e encarna bens tão estimáveis ou mais estimáveis que as realizações materiais nas quais se incorporam outros interesses elevados"*²⁷ (MELLO, 2009, págs. 35-36).

²⁵ VARGA, Csaba. *Law and Philosophy. Selected papers in Legal Theory*. Publications of the Project on Comparative Legal Cultures of the Faculty of Law of Loránd Eötvös University in Budapest, Budapest: 1994.

²⁶ LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo XVI, Insa-Iusn, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. IDAP, Malheiros, São Paulo: 2009, págs. 35 e 36.

O direito pode travestir-se de patrimônio cultural, porém deve-se atentar para o que se nomina de cultura dominante, colonialismo jurídico, expropriação cultural²⁸ (BATALLA, 1993) e de genocídio cultural ou etnocídio.

Estudos culturais enveredam sobre o tema memória e ódio²⁹. Cumpre referir a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Decreto nº 30.822/1952, art. 2º b), a considerar genocídio: “*dano grave à integridade física e mental de grupo*”.

Para Paul Kahn, investigador cultural do direito, o Estado de Direito expressa a cultura política estadunidense ou a forma simbólica construtora de mundo possível de significados (CASSIRER apud KAHN apud SANTAMARÍA, 2009, pág. 121). O estudo deste autor perquire as representações do direito na cultura popular, as crenças do mundo imaginado do Estado de Direito, sua multiplicidade de significados e como as vozes autorizadas dos atores sociais do direito o imaginam e o vivem. Evoca as categorias: tempo do direito, espaço do direito, acontecimento jurídico e sujeito de direito. Aponta para a vivência do Estado de Direito como experiência e como imaginação, o que sugere uma antropologia do

²⁸ BATALLA, Guillermo Bonfil. *Implicaciones éticas del sistema de control cultural*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004

²⁹ Veja também: MINOW, Martha. *Breaking the Cycles of hatred: Memory, Law and Repair*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002; e SARKIM, Jeremy. *O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos*. Revista Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index1.php> Acesso em: 25/02/2011. Reporta-se a existência do Laboratório de Estudos da Intolerância da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Usp, com proposta de criação do Museu da Tolerância, Jornal da Usp, 4 a 10 de outubro de 2010, pág. 7

mundo do direito e uma antropologia da cotidianidade, o direito como parte do mundo de significações dos cidadãos.

Para Pierre Bourdieu o direito apresenta-se como campo de produção cultural, as relações sociais em torno do Estado e da burocracia a definir o direito, a crença no jogo, a dotação de sentido ao jogo e o conhecimento do que está em jogo, a luta simbólica entre profissionais, a relação de forças entre profissionais. De um lado juristas e teóricos, de outro lado, juízes e litigantes, porém todos a sustentar a necessidade e a validade do sistema jurídico. Aos advogados atribui a difusão da crença, o que, segundo este autor, consiste em violência simbólica legítima, nominando o consenso sobre a existência do direito e sua necessidade social de “*hipocrisia coletiva dos juristas*”³⁰ (BOURDIEU, 2003 apud SANTAMARÍA, 2009, pág. 111). Em síntese, o poder é a via de definição das formas rivais de imaginar e significar o mundo³¹ (KAHN apud SANTAMARÍA, 2009, pág. 123). O “*conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado*”³² (NIETZSCHE apud FOUCAULT, pág.19).

“O direito cria representações da realidade a partir da promoção de crenças como neutralidade, validade e racionalidade do direito, mas ao mesmo tempo cria realidades em nível das formas (...) Mais que um assunto de equidade, a definição do direito é produto de relação de forças entre profissionais, por meio do que a sentença reforça sua eficácia simbólica ao aparecer ante os cidadãos como produto da aplicação de umas normas

³⁰ SANTAMARÍA, 2009, Op. Cit.

³¹ SANTAMARÍA, 2009, Op. Cit.

³² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Caderno n. 16, PUC RJ, Departamento de Letras, Rio de Janeiro: 1991.

*puras, escondendo a arbitrariedade e a visão do mundo da qual é produto*³³
(SANTAMARÍA, 2009, págs. 112 e 113).

O direito foi definido por E. Dupréel como um “*valor comum de um grupo de opinião*” e, segundo Emanuel Lévy, como crença coletiva, da confiança, da boa fé, da expectativa e dos créditos³⁴ (CUVILLIER, 1966, pág. 45).

O poder contextualiza-se, havendo o poder das idéias, do saber, da ideologia, o poder econômico da riqueza e o poder político do direito estatal³⁵ (BOBBIO, 1995 apud GUERRA FILHO, 2000, pág. 7). O direito apresenta-se como utilidade humana, podendo ser analisado do ponto de vista tecnológico e do ponto de vista antropológico³⁶ (AMSELEK, 1983-84).

Nos Estados Unidos a sociologia do direito teve desenvolvimento marcado por técnicas quantitativas e técnicas qualitativas, como o método microssociológico a estudar processos de comunicação e interação da ação social em caráter construtivista e compreensivo, tendo por característica o empirismo, fazendo-se conhecer por “*sociologia do direito dos sociólogos*”. Na Europa, os departamentos de teoria do direito e filosofia jurídica recebem a sociologia do direito no início da década de 60, por meio do método teórico-funcionalista com análise dos fins e funções do direito na estruturação dos sistemas sociais (Durkheim, Weber e Luhmann) e, quando muito, por meio de análise dos critérios de decisão (Febbrajo), fazendo-se

³³ SANTAMARÍA, 2009, Op. Cit.

³⁴ CUVILLIER, Armand. *Os fatos jurídicos são fatos sociais: seus caracteres próprios*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, pág. 45

³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Política do Direito. Uma introdução política ao direito*. Brasília Jurídica, Brasília-DF: 2000.

³⁶ AMSELEK, Paul. *Los fundamentos ontológicos de la teórica jurídica*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez nº 23-24, Universidade de Granada, Espanha: 1983-84, Págs. 19-27.

conhecer por “*sociologia do direito dos juristas*”. A partir de então pesquisam-se modelos metodológicos alternativos: fenomenologia, interacionismo simbólico, pós-estruturalismo, pós-modernismo, construtivismo e etnometodologia, com aceitação do caráter plural e fragmentado do fenômeno jurídico³⁷ (ARNAUD & DULCE, 2000, Págs. 113-128).

Para Edmund Husserl a fenomenologia era uma nova forma de fazer filosofia com destaque à experiência vivida³⁸ (MOREIRA, 2002, pág. 62).

A etnografia consiste na observação, descrição e trabalho de campo, sendo a síntese, a etnologia. A antropologia reúne conclusões de ambas³⁹ (LÉVI-STRAUSS, 1970, pág. 377 apud COLAÇO, págs. 20 e 21)

A antropologia jurídica implica métodos antropológicos de pesquisa, observação participante e comparação com e em instituições modernas do Direito e do Estado⁴⁰ (SHIRLEY apud COLAÇO, 2011, pág. 29). De acordo com Thais Luzia Colaço, a antropologia jurídica estuda: as sociedades ágrafas, sem escrita, sem Estado e “*sem classes*” sociais⁴¹ (CARVALHO, 1988), havendo a terminologia antropologia legal para o estudo da ordem social, regras e sanções em sociedades ágrafas; das instituições do Direito e do Estado contemporâneos; do direito comparado; e do pluralismo

³⁷ ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo: 2000, págs. 113-128).

³⁸ MOREIRA, Daniel Augusto. *O método fenomenológico na pesquisa*. Thomson, Pioneira, São Paulo: 2002.

³⁹ COLAÇO, Thais Luzia. *O despertar da antropologia jurídica*. In: COLAÇO, Thais Luzia (org.) *Elementos de antropologia jurídica*. Conceito, São Paulo: 2011.

⁴⁰ COLAÇO, 2011, Op. Cit. pág. 29

⁴¹ CARVALHO, *Marxismo, Etnia e Reprodução Social*. Perspectivas n. 11, São Paulo: 1988, págs. 21-32.

jurídico, da multiplicidade de práticas jurídicas⁴² (WOLKMER apud COLAÇO, 2011, págs. 29-31). O direito estudado pela antropologia abarca a normatização social do educar, controlar, julgar e punir⁴³ (ROCHA, 2008, pág. 3).

Nas sociedades sem Estado, ocorre a “*indiferenciação*” entre religião, moral e costumes⁴⁴ (GILISSEN, 1986, pág. 35 apud COLAÇO, 2001, pág. 32). Nestas sociedades, também nominadas de sociedades tradicionais, muito embora o termo seja contestado, pois também consideradas sociedades históricas⁴⁵ com transformações políticas (BALANDIER, 1969), ocorre o “*sincretismo normativo*”, agregado indiviso de normas da vida social⁴⁶ (GUERRA FILHO, 2000, pág. 29).

Thais Luzia Colaço destaca quatro princípios das sociedades ágrafas: valorização do interesse coletivo; responsabilidade coletiva; solidariedade; e reciprocidade.

O “*mecanismo de troca recíproca*” (GUERRA FILHO, 2000, pág. 36), a reciprocidade “*informadora das interações sociais*” consiste em troca econômica em que não se especifica precisamente nem o quê em troca e nem para quando, subsistindo, porém, a expectativa de retribuição, sob pena de levantamento de suspeita quanto à sanidade mental ou quanto à prática de feitiçaria do tomador (HARRIS, 1977, pág. 90 apud GUERRA FILHO, 2000, pág. 35). Esta organização social assenta-se na

⁴² COLAÇO, 2011, Op. Cit. págs. 29-31

⁴³ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica. Para uma filosofia antropológica do Direito*. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro: 2008, pág. 3.

⁴⁴ COLAÇO, 2011, Op. Cit. pág. 32

⁴⁵ BALANDIER, Georges. *Antropologia Política*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. Difusão Européia do Livro, Usp: 1969.

⁴⁶ GUERRA FILHO, 2000, Op. Cit. pág. 29

hereditariedade, no *status* e na forma econômica da reciprocidade⁴⁷ (GUERRA FILHO, 2000, pág. 34).

Nessa toada, José Manuel de Sacadura Rocha indica a magia exercer um papel de estabelecimento de igualdade entre os membros da comunidade por meio da reciprocidade, diferentemente da organização social moderna caracterizada pela competitividade (GUERRA FILHO apud ROCHA, 2008, pág. 40).

A magia consiste em “*força psicológica auxiliar na organização e sistematização do esforço econômico nas comunidade melanésias*” (MALINOWSKI, 1942, págs. 6-8 apud GUERRA FILHO, pág. 33). Para esta antropologia, a magia assume a função de organização social. A magia revela o controle social de uma forma médica/mediúnica por meio do xamanismo⁴⁸ (CABRAL, 1971 apud GUERRA FILHO, 2000, pág. 37). A acusação é mais plausível a jovens de modo a servir a perpetuação da ordem e desfavorecer a promoção dos jovens e a constituição de novos grupos⁴⁹ (DOUGLAS, 1967 apud ROMANO, 1994, pág. 36). As atividades mágicas tendem a controlar as forças sobrenaturais sobre o rumo dos acontecimentos, através de rituais com substâncias materiais e sortilégios verbais⁵⁰ (EVANS-PRITCHARD & MARWICK apud ROMANO, 1994, pág.32). O medo de acusação obriga os indivíduos a mostrar-se generosos e sociáveis⁵¹ (BEATTIE, 1963 apud ROMANO, 1994, pág. 36). Qualquer objeto ou fato de importantes efeitos sobre uma sociedade passa a tornar-

⁴⁷ GUERRA FILHO, 2000, Op. Cit. pág. 34

⁴⁸ GUERRA FILHO, 2000, Op. Cit. pág. 37

⁴⁹ ROMANO, Ruggiero (Diretor). *Enciclopédia Einaudi*. Vol. 30, Religião-Rito. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa: 1994

⁵⁰ ROMANO, 1994, Op. Cit. pág. 32

⁵¹ ROMANO, 1994, Op. Cit. pág. 36

se objeto ou fato de atitude ritualística⁵² (RADCLIFFE-BROWN, 1929 apud SCHRITZMEYER, 2004, pág. 36). Este aspecto funcional da magia não aparece nos julgados ao longo do séc. XX em matéria de curandeirismo estudados por Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer.

A doação estabelece vínculo de reciprocidade. Entre os esquimós⁵³, quem possui excesso de carne ou outro alimento deve reparti-lo. Os primeiros comerciantes ingleses não puderam estabelecer posto comercial em território esquimó, foram mortos por terem armazenado estoque de alimentos sem dividi-lo⁵⁴ (SHIRLEY, 1987, págs. 10 e 11).

A herança social pode ser dividida em costumes de comportamentos e tradições relacionadas à maneira de pensar, segundo Donald Pierson, e também em *folkways*, maneiras de agir, e mores, costumes mantidos com tenacidade de caráter sagrado, conforme William Graham Sumner⁵⁵ (PIERSON, 1966, págs. 54-60).

“Existe um modo acertado de caçar, adquirir esposa, vestir-se, de curar, de honrar as almas, tratar os companheiros ou os estranhos, comportar-se por ocasião do nascimento de uma criança, numa expedição militar, numa assembléia, e assim por diante, em todos os casos que possam surgir. Os

⁵² SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. IBCCRIM, São Paulo: 1994.

⁵³ Veja também: HOEBEL, E. Adamson. *The Law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. Harvard University Press, United States of America: 2006, págs. 67-99.

⁵⁴ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. Saraiva, São Paulo: 1987.

⁵⁵ PIERSON, Donald. Folkways, mores e leis. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 54-60.

modos de agir definem-se também pelo lado negativo, isto é, por tabus⁵⁶.”

(SUMNER, 1966, pág. 52)

Os *mores* contêm a autoridade dos espíritos ancestrais. Em caso de temor aos espíritos ou à guerra, a obrigação de agir de maneira conformista e cooperadora é maior, sujeita-se a sanções severas, pois interesses grupais estão em jogo⁵⁷ (SUMNER, 1966, págs. 52-53).

Julián Marías discorre sobre os usos e sobre a insolência em contrário do que sói ou do que se habitua. Aponta o estranhamento do fato das primeiras mulheres a estudar em Universidade, a sair à rua sozinhas, ir ao café, exercer profissões, se pintar, usar calça comprida, reconhecendo, em certas circunstâncias, ser conforme o uso, o chapéu, as luvas e o traje de festa⁵⁸ (MARÍAS, 1966, págs. 61-66).

“Nos ambientes de trabalho, quando não se prescreve o uso de uniformes, se proscribe o uso de um vestuário mais exuberante, que corresponda ao gosto do usuário, a seus desejos e espontaneidade, sem levar em conta prejuízos psíquicos daí decorrentes⁵⁹” (GUERRA FILHO, 2000, pág. 12).

Existem avaliações simbólicas nos hábitos de vestuário e de alimentação. Há tabus alimentares sobre o consumo de carne de cavalo ou cachorro. Há valor social econômico em torno do filé ou alcatra. Há distinções entre

⁵⁶ SUMNER, William Graham. *Os folkways são certos. Os direitos. A moral.* In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica.* Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 52-53.

⁵⁷ SUMNER, 1966, Op. Cit.

⁵⁸ MARÍAS, Julián. *O sistema dos usos como facilidade e limitação.* In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica.* Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 61-66.

⁵⁹ GUERRA FILHO, 2000, Op. Cit. pág. 12.

vestuário para noite e dia, para usar em casa e para usar na rua⁶⁰ (SAHLINS, 1979, pág. 67 apud PEIRANO, 1983, pág. 107).

O termo folclore foi inventado por W.J. Thoms em 1846⁶¹, considerando as narrativas tradicionais, os costumes tradicionais, as crenças populares e a linguagem popular⁶² (BRANDÃO, 2007, pág. 28). Integra a antropologia.

O termo *Civilization* refere-se às realizações materiais e o termo *Kultur* aos aspectos espirituais⁶³ (LARAIA, 2006, pág. 25 apud COLAÇO, 2011, pág. 14), sendo o termo *culture*, todas as possibilidades de realização humana⁶⁴ (TYLOR apud COLAÇO, 2011, pág. 14).

A antropologia pode ser dividida em antropologia filosófica e empírica, destacando-se desta as antropologias: cultural ou social; a etnolingüística, a etnopsicologia; a etnopsiquiatria; a etnohistória; a etnoeconomia; e a etnografia, havendo também a arqueologia e o que se nominou de antropologia física⁶⁵ (BARRIO, 2007, pág. 23).

Houve a idéia de evolução aplicada à cultura (L.H. Morgan, Tylor, Frazer, H.S. Maine, Bachofen), o difusionismo – sobre o processo de difusão de elementos culturais a outras culturas (Elliot Smith, J. Perry, W. H. Rivers, F. Boas, Alfred Lewis Kroeber, R. Lowie), a psicanálise (Freud), a simbologia cultural (Jung, Roheim, Mendel), a psicanálise culturalista americana (Kardiner, Fromm, Linton, Whiting, Child e Levine), o funcionalismo social

⁶⁰ PEIRANO, Mariza G.S. *Etnocentrismo às avessas: o conceito de 'sociedade complexa'*. Dados. Revista de Ciências Sociais vol. 26, n.1, Rio de Janeiro: 1983, pág. 107.

⁶¹ Enciclopédia Universal Ilustrada. Europeo-americana. Tomo XXIV, Madri.

⁶² BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é folclore*. Brasiliense, São Paulo: 2007, pág. 28.

⁶³ COLAÇO, 2011, Op. Cit.

⁶⁴ COLAÇO, 2011, Op. Cit.

⁶⁵ BARRIO, Angel-B. Espina. *Manual de Antropologia Cultural*. Massangana, Recife: 2007.

(E. Durkeim, M. Mauss, B. Malinowski), o estruturalismo (Radcliffe-Brown, E.E. Evans-Pritchard, M. Fortes e Lévi-Strauss), o neoevolucionismo (L.A. White), a antropologia cultural (M. Harris), o estruturalismo marxista (Godelier), a antropologia simbólica e hermenêutica (V.W. Turner, Lisón Tolosana e D. Sperber) e a antropologia pós-moderna (V.W. Turner, C. Geertz J. Clifford e Rabinow)⁶⁶ (BARRIO, 2007, págs. 73-152).

A antropologia do desenvolvimento identificou na expressão “*desenvolvimento*” construção discursiva ocidental (ESCOBAR, 1995, SACHS, 1992, HOBART, 1993 apud MOTTA, 2008, pág. 145) e a antropologia para o desenvolvimento (Johan Portier), identificou na expressão “*desenvolvimento*” espaço de luta ideológica e negociação, havendo a expressão etnodesenvolvimento, a envolver as populações rurais e os povos indígenas, com controle de suas terras, recursos, cultura e negociação com o Estado⁶⁷ (BAINES, 2004, LIMA e BARROSO HOFFMAN, 2002, STAVENHAGEN, 1985 apud MOTTA, 2008, pág. 149).

Etnodesenvolvimento consiste na proposta de desenvolvimento em que minorias étnicas e Estado estabelecem diálogo igualitário para elaboração de projeto político comum⁶⁸ (STAVENHAGEN, 1985 apud DOS SANTOS, 2003, pág. 16).

A antropologia política analisa a estratificação social, os rituais do sagrado e a dinâmica interna das sociedades ágrafas, as “*incompatibilidades, as*

⁶⁶ BARRIO, 2007, Op. Cit.

⁶⁷ MOTTA, Antonio. *La antropología aplicada y sus dilemas en el contexto post-colonial* In: BARRIO, Ángel B. Espina (Ed.) *Antropología aplicada en Iberoamérica*. Massangana, Recife: 2008, (págs. 143-152)

⁶⁸ DOS SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa. *Antropologia e direitos humanos no Brasil*. In: DE LIMA, Roberto Kant (org.). *Antropologia e Direitos Humanos 2*, Aba, EdUFF, Niterói: 2003, pág. 16.

*contradições e tensões*⁶⁹ (BALANDIER, 1969, pág. 179) da sociedade, para além do restabelecimento cíclico do *status quo ante*, analisa a decisão política, a resolução de conflito, a competição e o jogo de facções, podendo-se referir dentre tantos, Max Gluckman⁷⁰ (BALANDIER, 1969, pág. 179). Suscita a idéia de campo político.

A existência de formas comunitárias não implica ausência de dominação e exploração. Edgard Assis Carvalho expõe o padrão pré-capitalista ter sido preservado nas colônias, afirmando haver alianças capitalistas em sociedades de linhagem e sociedades hierarquizadas.

Este autor indicou: “*a etnia é uma categoria colonial, criada para desterritorializar espaços de interesse sócio-econômico e, em seguida, reterritorializá-los em redes de dominação capitalistas*”⁷¹ (ARNSELLE apud CARVALHO, 1988, pág. 10). Para antropologia econômica refere Claude Maillassoux, Maurice Godolier e Pierre-Philippe Rey.

Em contexto rural-urbano de redes sociais, os Nuer elegem membros do parlamento, os Navaho possuem poços de petróleo e os Tallensi, escolas primárias⁷² (GOODY, 1966, pág. 574, LÉVI-STRAUSS, 1962, pág. 21 apud PEIRANO, 1983, págs. 98 e 99).

A antropologia pós-moderna apresenta-se como ciência de crítica cultural (GEERTZ, 2000, pág. 88 apud COLAÇO, 2011, pág. 16). A antropologia aplicada exerce a análise etnocultural, porém com o objetivo de ação

⁶⁹ BALANDIER, Georges. *Antropologia Política*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. Difusão Européia do Livro, Usp: 1969, pág. 169.

⁷⁰ BALANDIER, Op. Cit. pág. 179

⁷¹ CARVALHO, Op. Cit, 1988, pág. 10

⁷² PEIRANO, 1983, págs. 98 e 99, Op. Cit.

histórica e de transformar o mundo que sonhamos, conforme Samuel Hurtado Salazar, em contexto de nacionalismo etnicista venezuelano⁷³ (SALAZAR, 2007, págs. 153-169).

Sobre a forma pós-moderna de convívio social também expõe reflexão Ricardo Marcelo Fonseca⁷⁴ (MAFFESOLI, 1995 apud FONSECA, 2000). Destaca a socialidade em torno de preferências, gostos e prazeres e também para a indiferença a outros grupos humanos. Márcio Pugliesi aponta, na atualidade, para o mimetismo e a reunião por segmentos de consumo⁷⁵.

Há retorno ao ideal comunitário, ao tribalismo em detrimento do ideal societário e do projeto democrático. Surge a ética da estética⁷⁶ (FONSECA, 2000). Surge uma nova cultura a conferir sentido ao supérfluo com preocupação com o inútil⁷⁷ (FONSECA, 2000).

Acerca da crise da modernidade discorre Georges Balandier sobre a “*aceleração das mudanças e dos processos que regem normalmente a vida das sociedades*” (BALANDIER, 1974, pág. 250), sendo o termo modernidade utilizado para descrever características comuns de países em matéria de desenvolvimento tecnológico, político, econômico e social⁷⁸

⁷³ SALAZAR, Samuel Hurtado. *El valor de la aplicación etnocultural*. In: *Antropología aplicada en Iberoamérica*. Massangana, Recife: 2007, págs. 153-169.

⁷⁴ FONSECA, 2000, Op. Cit.

⁷⁵ PUGLIESI, Márcio. Comunicação em sala de aula, Pós Graduação Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Mestrado em Filosofia do Direito, período de 2008-2011.

⁷⁶ FONSECA, 2000 Op. Cit.

⁷⁷ FONSECA, 2000 Op. Cit.

⁷⁸ BALANDIER, Georges. *Antropológicas*. Editora Cultrix, São Paulo: 1974.

(BRODE, 1967 apud BALANDIER, 1974 pág. 244) e o termo modernização para a aquisição de referidas características.

Destaca o papel da antropologia da vida cotidiana, em contexto de multidão solitária em ordem industrial, para a multiplicação de alternativas de construção de sociedade, inclusive com implicações religiosas ao apontar o sentido para relações sociais diretas e personalizadas, afirmando haver recusa à uniformidade com reivindicação de jovens por direito à qualidade acompanhado do pedido de reconhecimento do direito à diferença⁷⁹ (BALANDIER, 1974, pág. 251).

Para Luis Alberto Warat, a alteridade é “*o centro de gravidade dos direitos humanos*”⁸⁰ (WARAT, 2010, pág. 116). Elenca: o direito de não estar só; o direito ao amor; direito ao encontro com a própria sensibilidade; direito à autoestima; direito a não ser manipulado; direito a não ser excluído; direito a ser escutado; direito a não ficar submisso; direito à lentidão ou à própria velocidade; direito à poesia ou a transitar à margem dos modelos; e direito à pulsão de errância⁸¹ (WARAT, 2010, pág. 117). Defende educação para a alteridade. Aponta o sentido dos direitos humanos para a “*conviviologia*” ou “*convivenciologia*”⁸² (WARAT, 2010, pág. 118).

⁷⁹ BALANDIER, 1974, Op. Cit.

⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organizadores: Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr., e Alexandre Morais da Rosa. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2010.

⁸¹ WARAT, 2010, Op. Cit. pág. 117

⁸² WARAT, 2010, Op. Cit. pág. 118

A antropologia brasileira tem duas áreas básicas: etnologia indígena e sociedade nacional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1988 apud DOS SANTOS, 2003, pág. 13), havendo maior problematização dos direitos dos cidadãos brasileiros, com estudos sobre menores de rua (FONSECA e CARDARELO, 1999; SILVA, 2001 apud DOS SANTOS, 2003, pág. 17), favelas (ALVITO, 2001 apud DOS SANTOS, 2003, pág. 17), terras indígenas (SANTILLI, 2001 apud DOS SANTOS, 2003, pág. 17) e sistema judicial brasileiro⁸³ (KANT DE LIMA, 1990, 2001; CARDOSO DE OLIVEIRA, L. 1996, apud DOS SANTOS, 2003, pág. 17).

A antropologia jurídica estuda os direitos humanos por intermédio da análise do sistema judicial, civil, criminal, trabalhista, e de violência contra a mulher e por intermédio da análise de grupos sociais, conforme 1º Encontro Nacional de Antropologia do Direito em 20 e 21 de agosto de 2009, na USP⁸⁴. Vincula-se a corrupção à violação de direitos humanos⁸⁵.

A antropologia jurídica tem por interesse compreender as relações entre cultura e direito, entre direito dominante e pluralismo jurídico. Busca

⁸³ DOS SANTOS, 2003, Op. Cit. pág. 17

⁸⁴ 1º ENADIR – *Encontro Nacional de Antropologia do Direito*, Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009, Núcleo de Antropologia do Direito, USP.

⁸⁵ Veja também: TEIXEIRA, Alessandra Moraes. *A corrupção como elemento violador dos direitos humanos no cenário internacional*. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. V. 2 n.1, jul./dez. 2000, págs. 9-24. Remanescem como sugestões de pesquisa: a improbidade na execução orçamentária e a violação dos direitos humanos; orçamento público e direitos humanos; crime de responsabilidade e violação dos direitos sociais. Veja também: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro & OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. Revista de Informação Legislativa v. 46, n. 181, janeiro, Brasília: 2009, disponível em www.senado.gov e BLYBERG, Ann. *O caso da alocação indevida: direitos econômicos, sociais e orçamento público*. Revista Sur n. 11, disponível em www.surjournal.org

compreensão cultural das normas, da autoridade, das relações de poder, de gênero e intergeracionais⁸⁶ (COLAÇO, 2011, pág. 41).

A antropologia surgiu em meio ao colonialismo⁸⁷ (GODELIER, 1993 apud DOS SANTOS, pág. 21), havendo também o que se nominou de antropologia criminal⁸⁸.

A antropologia jurídica tem por destaque as pesquisas de Malinowski, com a publicação de "*Crime e Costume na Sociedade Selvagem*", em 1926, de Barton, com "*O direito Ifugao*" em 1919, e de Llewellyn e Hoebel, com "*A via Cheyenne*", 1941, com o método de estudos de casos⁸⁹ (SCHIRLEY, 1987, pág. 20).

No capítulo "*a antropologia do dilema brasileiro*", José Manuel de Sacadura Rocha lança reflexão: "*Nos Estados modernos é valorizado o cidadão como parte de uma comunidade homogênea, igualitária, individualista e exclusiva, ao passo que no Brasil o que vale é a relação fundada em uma comunidade heterogênea, desigual, relacional, e inclusiva, pois cria relações de dependências por meio de 'convites' de grupos, preferências, laços de simpatia, lealdades pessoais, sem compromissos legais ou ideológicos que permitam a dinâmica da filiação social*" (ROCHA, 2008, pág. 87).

⁸⁶ COLAÇO, Op. Cit. pág. 41. Referência a Documento do VII Congresso e Curso internacional da Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, www.relaju.org

⁸⁷ DOS SANTOS, 2003, Op. Cit. pág. 21

⁸⁸ Para consulta da história da antropologia criminal, veja também: DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & Racismo*. Juruá, Curitiba: 2008. Em matéria de história da medicina legal, veja também: FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida. A utopia médica do biodeterminismo*. Alameda, São Paulo: 2009. Para estudos atuais no Brasil, como sugestão de pesquisa: Gabriel Feltran e Karina Biondi.

⁸⁹ SCHIRLEY, 1987, Op. Cit. pág. 20

Afirma haver éticas dúplices, “*em que códigos de interpretação e conduta valem apenas para certas pessoas, ações e situações*”, conforme o poder econômico, o poder político, a tradição ou o cargo ocupado (DA MATTA apud ROCHA, 2008, págs. 88 e 89). Conclui o Brasil caracterizar-se por relações de inclusão autoritária e elitista, consubstanciando o jeitinho e o favor pessoal como estratégias de sobrevivência. Os elos personalizados da hierarquia e da patronagem estão acima da lei, indicando a figura do “*medalhão*”, para “*despolitizar e subjugar as pessoas do povo*” (ROCHA, 2008, págs. 90 e 91).

As leis em sociedades hierarquizadas consistem motivo de ameaça, “*pois a sua aplicação pressupõe, necessariamente, uma interpretação particularizada, cujos resultados são imprevisíveis*⁹⁰” (KANT DE LIMA, 2004 apud BAPTISTA, pág. 43). A lei não é vista como proteção porque é desigualmente aplicada⁹¹ (KANT DE LIMA & MENDES, 2005 apud BAPTISTA, pág. 44). Bárbara Gomes Lupetti Baptista analisa o princípio da oralidade de maneira empírica para analisar a falta de oportunidade de audiência do juiz e diálogo das partes para solução dos conflitos. Estuda a produção de consenso nos fatos válidos, as versões diferenciadas dos fatos, as correntes doutrinárias opostas pelo princípio do contraditório, com desvalorização da voz do cidadão.

⁹⁰ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade. Construção da verdade no Processo Civil Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2008, pág. 43.

⁹¹ BAPTISTA, 2008, Op. Cit. pág. 44

José Manuel de Sacadura Rocha propõe filosofia antropológica do direito para destacar aspectos das sociedades ágrafas, como a dedicação a festas e rituais a destruir os excessos eventualmente produzidos, a reciprocidade e a justiça restitutiva para mirar a prática do devir da sociedade moderna com a finalidade de incentivo à produção e à acumulação de excedente econômico, com relacionamentos sociais fortuitos por meio da diversão, com institucionalização de religião a privilegiar a competição pela salvação ou o que nomina de “*cada-um-por-si-e-a-fé-em-Deus*”, com sedentarismo proprietário e justiça retributiva (ROCHA, 2008, 98-101).

Joaquim Herrera Flores expõe três visões de direitos humanos: a abstrata, a localista e a complexa, filiando-se a esta por ser intercultural⁹² (FLORES, 2004).

Luis Alberto Warat averba ser preciso pensar os direitos humanos desde um devir nômade (WARAT, 2010, pág. 114). Como sugeriu S. J. Henrique C. de Lima VAZ deve-se pensar em direitos humanizantes⁹³ (VAZ, 1978).

1.1 O que é etnocentrismo?

O etnocentrismo jurídico consiste em não aceitar a existência de direito sem a organização estatal, como nas sociedades sem escrita⁹⁴ (COLAÇO, 2011, pág. 33).

⁹² FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade da Resistência*. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2004, págs. 359-385.

⁹³ VAZ, 1978, Op. Cit.

O etnocentrismo forceja em pensar e sentir o mundo do próprio grupo para pensar e sentir o diferente. A antropologia tem por vocação preservar a experiência da diversidade⁹⁵ (ROCHA, 2009, págs. 7 e 76). “Quando compreendemos o ‘outro’ nos seus próprios valores e não nos nossos: estamos relativizando. (...) Relativizar é não transformar a diferença em hierarquia, em superiores e inferiores ou em bem e mal, mas vê-la na sua dimensão de riqueza por ser diferença⁹⁶” (ROCHA, 2009, pág. 20).
Relativizar é contextualizar.

⁹⁴ COLAÇO, 2011, Op. Cit. pág. 33

⁹⁵ ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. Brasiliense, São Paulo: 2009.

⁹⁶ ROCHA, 2009, Op. Cit. pág. 20

1.3 Bibliografia I

AMSELEK, Paul. *Los fundamentos ontológicos de la teórica jurídica*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez nº 23-24, Universidade de Granada, Espanha: 1983-84, Págs. 19-27.

ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo: 2000, págs. 113-128).

BALANDIER, Georges. *Antropologia Política*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. Difusão Européia do Livro, Usp: 1969, pág. 169.

_____. *Antropológicas*. Editora Cultrix, São Paulo: 1974.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade. Construção da verdade no Processo Civil Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2008, pág. 43.

BARRIO, Angel-B. Espina. *Manual de Antropologia Cultural*. Massangana, Recife: 2007.

BATALLA, Guillermo Bonfil. *Implicaciones éticas del sistema de control cultural*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é folclore*. Brasiliense, São Paulo: 2007, pág. 28.

CARVALHO, *Marxismo, Etnia e Reprodução Social*. Perspectivas n. 11, São Paulo: 1988, págs. 21-32.

COELHO, Luiz Fernando. *Existencialismo e direito e outros ensaios*. Lítero-Técnica, Curitiba.

COLAÇO, Thaís Luzia. *O despertar da antropologia jurídica*. In: COLAÇO, Thaís Luzia (org.) *Elementos de antropologia jurídica*. Conceito, São Paulo: 2011.

COTTA, Sergio. *Perfil de una ontofenomenología del derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez nº 25, 1985, Universidad de Granada, Espanha.

CUVILLIER, Armand. *Os fatos jurídicos são fatos sociais: seus caracteres próprios*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, pág. 45

DOS SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa. *Antropologia e direitos humanos no Brasil*. In: DE LIMA, Roberto Kant (org.). *Antropologia e Direitos Humanos 2*, Aba, EdUFF, Niterói: 2003, pág. 16.

Enciclopédia Universal Ilustrada. Europeo-americana. Tomo XXIV, Madri.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Sonho e Direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR v. 34, 2000

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Caderno n. 16, PUC RJ, Departamento de Letras, Rio de Janeiro: 1991.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade da Resistência*. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2004, págs. 359-385.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma poética do direito: introdução a uma teoria imaginária do direito (e da totalidade)*. Panóptica ano 3 nº 19, julho-outubro, 2010 disponível em: www.panoptica.org Acesso em: 03/02/2011, pág. 15.

_____. *Teoria Política do Direito. Uma introdução política ao direito*. Brasília Jurídica, Brasília-DF: 2000.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2007.

KAUFMANN, Arthur. *Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez n. 25, Universidad de Granada, Espanha: 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo: 2006, pág. 9

LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

MARÍAS, Julián. *O sistema dos usos como facilidade e limitação*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 61-66.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. IDAP, Malheiros, São Paulo: 2009, págs. 35 e 36.

MOREIRA, Daniel Augusto. *O método fenomenológico na pesquisa*. Thomson, Pioneira, São Paulo: 2002.

MOTTA, Antonio. *La antropología aplicada y sus dilemas en el contexto post-colonial* In: BARRIO, Ángel B. Espina (Ed.) *Antropología aplicada en Iberoamérica*. Massangana, Recife: 2008, (págs. 143-152)

PEIRANO, Mariza G.S. *Etnocentrismo às avessas: o conceito de 'sociedade complexa'*. Dados. Revista de Ciências Sociais vol. 26, n.1, Rio de Janeiro: 1983, pág. 107.

PIERSON, Donald. Folkways, mores e leis. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 54-60.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. Brasiliense, São Paulo: 2009.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica. Para uma filosofia antropológica do Direito*. Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro: 2008, pág. 3.

ROMANO, Ruggiero (Diretor). *Enciclopédia Einaudi*. Vol. 30, Religião-Rito. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa: 1994

SANTAMARÍA, Sandra Milena Gómez. *El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales. Estudios de Derecho*. OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto (Diretor) Vol. LXVI, junho, Universidad de Antioquia, Medellín: 2009.

SALAZAR, Samuel Hurtado. *El valor de la aplicación etnocultural*. In: *Antropología aplicada en Iberoamérica*. Massangana, Recife: 2007, págs. 153-169.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. IBCCRIM, São Paulo: 1994.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. Saraiva, São Paulo: 1987.

SUMNER, William Graham. *Os folkways são certos. Os direitos. A moral*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O direito e a vida social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, USP, São Paulo: 1966, págs. 52-53.

VARGA, Csaba. *Law and Philosophy. Selected papers in Legal Theory*. Publications of the Project on Comparative Legal Cultures of the Faculty of Law of Loránd Eötvös University in Budapest, Budapest: 1994.

VAZ, S. J. Henrique C. de Lima. *Antropologia e Direitos Humanos*. In: RIBEIRO, Darcy. *Encontros com a Civilização Brasileira, Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro: 1978, Pág. 35.

WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organizadores: Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr., e Alexandre Moraes da Rosa. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2010.

Capítulo II

Relativismo Cultural e Direitos Humanos Coletivos⁹⁷

Sumário: 2.1. Direitos Humanos, História do Direito Subjetivo e Soberania 2.2. Filosofia da Propriedade e Propriedade Coletiva 2.2.1 Direito Costumeiro 2.2.2 Quilombos 2.2.3 Comunidades Indígenas e Tradicionais 2.2.4 Relatórios de Identificação 2.2.5 Patrimônio Cultural 2.3. Relativismo Cultural, Democracia e Política 2.3.1 Relativismo e Filosofia do Direito 2.3.2 Universalidade e Relativização 2.3.3 Ciência política latino-americana e direito brasileiro 2.3.4 O debate liberais e comunitaristas 2.3.5 Democracia como mito 2.3.6 Justiça Comunitária, Justiça Indígena e Pluralismo Jurídico 2.4 Minorias e Direitos Humanos 2.4.1 Diversidade Cultural e Pobreza 2.4.2 Racismo e Identidade cultural; 2.5 Religião e Diversidade Cultural 2.6 Globalização, Diálogo intercultural e E. Levinás. 2.7 Bibliografia II

“Há fortunas sobre o sangue escravo dos outros e há fortunas sobre o suor honesto de nossos avós”⁹⁸

⁹⁷ A expressão direitos humanos coletivos distingue-se dos *collective rights* laborais com significação de agremiação política. WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. Malheiros, São Paulo: 1999, págs. 132 e 133. Veja também: SINGH, Jorge Contesse. *Pueblos indígenas y participación política en la óptica del tribunal constitucional*. Anuario de Derecho Público n. 1, Chile: 2010. Veja também: ALMEIDA, Fernando Leão de. *A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos direitos humanos*, Usp, São Paulo: 2010; e CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, Usp, São Paulo: 2009.

“Cada real é composto de uma parte de medida de troca, uma de mais-valia, uma de impostos e uma de juros”⁹⁹ Márcio Pugliesi

“Dinheiro é lixo” Mário Juruna

“Back to the primitive” Max Cavalera

“(...) a alteridade promove o encontro com o estranho e tão próximo, a saber, a violência”

Alexandre Morais da Rosa

2.1. Direitos Humanos, História do Direito Subjetivo e Soberania

Tércio Sampaio Ferraz Jr. coloca os direitos humanos como *“preocupação jurídica universal”, “dato típico da cultura moderna”¹⁰⁰* (FERRAZ JÚNIOR, 2006), e, para além das intenções moralizantes e do positivismo cientificista deslocado, busca problematizar a atitude metodológica de se buscar tão-só a solução dos problemas atinentes a direitos humanos, na positivação no direito contemporâneo. *“(...) a banalização mais terrível é aquela que se dá ao nível da ação, que distorce o seu sentido para captar instrumentos de atuação*

⁹⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Da propriedade: arqueologias e teorias. (Memória de uma lição jurídico-humanística a um curso de pós-graduação em direito fiscal)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, Coimbra, Coimbra: 2005, pág. 343.

⁹⁹ PUGLIESI, Márcio. *Por uma Teoria do Direito*, RCS, São Paulo: 2005, pág. 200

¹⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A perversão ideológica dos direitos humanos*. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>, acesso em: 09/08/2010.

*política e jurídica, conservando-os como intocáveis, na medida em que os destitui na prática*¹⁰¹ (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

*“(...) uma investigação dos Direitos Humanos não exclui ao menos a tentativa de repensá-lo*¹⁰²” (FERRAZ JÚNIOR, 2006)

Informa a ruptura das antigas hierarquias cosmo-indivíduo e o fundamento antropocêntrico dos direitos do homem “*para a possibilidade de realização do ideal burguês bem sucedido*¹⁰³” (FERRAZ JÚNIOR, 2006). Este autor aborda os arts. 1, 2 e 4 da Declaração Universal de Direitos Humanos, escreve sobre a responsabilidade da ordenação do mundo pelo homem e discute a rigidez ideológica¹⁰⁴: “*(...) a valoração ideológica estabelece condições para que os*

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit.

¹⁰² FERRAZ JUNIOR, Op. Cit.

¹⁰³ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit.

¹⁰⁴ Para o conceito de ideologia, socorre-se da definição de Willis Santiago Guerra Filho: “O momento ideológico, por sua vez, insere-se na relação entre conhecimento (ciência) e ação (política), sendo por demais evidente em uma ciência como a do direito, enquanto ciência de um direito positivo, sempre vinculada ao espírito que anima uma específica ordem jurídica e às valorizações que estão em sua base, por uma determinada opção, eleita em um processo decisório de conotações inegavelmente políticas e, logo, ideológicas também. (...) ‘Ideologia’, entretanto, é termo dos mais imprecisos, sendo empregado em diversas acepções. Na tradição que remonta Marx, em que se sitou na primeira fase de seu pensamento o frankfurtiano Habermas, para quem a verdade é algo inseparável da sociedade que a concebe e essencialmente animada por um interesse, nem sempre confessado, parte-se de uma concepção prévia, de certa forma considerada justa, de organização social, o que possibilita, em caso de discrepância, a denúncia ideológica ou Ideologiekritik. (...) “é o interesse que dirige a busca de conhecimento, podendo aquele ser espúrio ou emancipador” (GUERRA FILHO, 2001, apud HABERMAS, 1982, pág. 109). (...) Há quem se refira à ideologia como um conhecimento de caráter científico, porém defeituoso, algo como um intermediário entre o mítico e o propriamente científico, como a teologia e a filosofia na fase pré-científica. Viehweg fala de um sentido neutro do vocábulo, como sendo simplesmente uma teoria que cumpre determinada função social. Kelsen, por sua vez, distingue duas acepções para o termo: uma positiva, que inegavelmente se aplica ao Direito, enquanto ‘sistema de relações distinto da natureza’ (ein von der Natur verschiedener Systemzusammenhang), estudado por ‘leis que não afirmam, como as leis naturais, uma conexão causal mas uma conexão de imputação’ (Zurechnungszusammenhang); a outra negativa, na medida em que, emanada da vontade, encobre a realidade, ligando-se a interesses diversos daquele da busca da verdade, desfigurando-o, seja para defender e assegurar a preservação de certo *statu quo*, seja para atacá-lo, destruí-lo e substituí-lo por outro, havido por melhor – com isso, como é notório, não se compadece a Teoria Pura do Direito.” (GUERRA FILHO, 2001, Págs. 109-112) Sobre a crítica da ideologia, pode-se referir as “contradições entre a prática de alguém e sua própria

*valores variem só na medida das necessidades de ação, ao garantir consenso ou, ao menos, um certo consenso*¹⁰⁵ (...)” (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

“*O problema é concebido como uma questão aberta, para a qual há uma série de soluções possíveis que servirão de base para uma decisão*¹⁰⁶” (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

Sobre consenso e dissenso na fundamentação ética argumentativa dos direitos humanos escreve Andrés Ollero Tassara. Refere o consenso sobre a dignidade humana e questiona o dissenso sem referência convivencial (TASSARA, 1988, pág. 213), como a desobediência civil, com menção aos processos de previsão e revisão do consenso positivador, atribuindo ao dissenso, ao menos, o papel de se evitar a instrumentalização mecânica, a manufatura técnica do consenso, com comentário à decisão do Tribunal Constitucional da Espanha sobre o art. 53.1 da Constituição da Espanha, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ainda por viabilizar a auto-revisão do consenso¹⁰⁷ (TASSARA, 1988).

concepção de mundo” (GUERRA FILHO, 2001, pág. 39) In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*, Saraiva, São Paulo: 2001, págs. 39 e 109-112. Ambos autores, Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior e Prof. Willis Santiago Guerra Filho, adentram a sociologia do direito e se preocupam o com sentido funcional conferido no processo de positivação jurídica, pois atentam para o distanciamento da realidade social ou para a necessidade de abertura para a verificabilidade empírica.

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit.

¹⁰⁶ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit.

¹⁰⁷ TASSARA, Andrés Ollero. *Consenso y dissenso em la fundamentación de los derechos humanos*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 28, Derecho y Moral, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1988, págs. 209-224. Veja também: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid: 2003.

A concepção dos direitos humanos e também da democracia como mito aparece em Martín Risso Ferrand, para além dos enfoques jurídico, político, internacional e de desenvolvimento econômico. Mito significa narração de algo não acontecido ou algo não acontecido com as características com que se narra¹⁰⁸ (PUY, 2006 Apud FERRAND, 2008).

Para a saída das ditaduras, refere o mito da democracia, atenta para o risco do autoritarismo e o reducionismo da democracia às eleições, sem deixar de mencionar os qualificativos das ideologias à democracia: formal, política, burguesa, real, material e avançada.

Afirma haver baixa adesão ao mito dos direitos humanos, restringindo o tema ao passado, à tortura. Alude o conflito de concepções míticas do direito de propriedade vs. do direito de greve com ocupação de fábricas, em vista de nova concepção mítica de direitos humanos tendente à harmonização, referindo a expressão “*Estado de mal-estar social*”¹⁰⁹ (FERRAND, 2008, pág. 142).

A definição da cidadania como entidade lingüística está em Oscar Correas. Os direitos humanos consistem em técnica discursiva própria da sociedade moderna e o Estado Moderno, em ficção. O direito, para este autor, constitui recurso discursivo para a sociedade autoreproduzir-se: o direito consiste no discurso que proíbe condutas impeditivas da reprodução das relações sociais e

¹⁰⁸ FERRAND, Martín Risso. *Los derechos humanos como concepto mítico*. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, 14º ano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2008, págs. 135-147

¹⁰⁹ FERRAND, Op. Cit.

obriga a produção de condutas requeridas para essa reprodução¹¹⁰ (CORREAS, 2003, pág. 279).

Concebe este autor a sociedade moderna como processos de produção e circulação de mercadorias com circulação mercantil, produção mercantil e reprodução ampliada de capital (CORREAS, 2003, pág. 279). O direito subjetivo, para este autor, não significa outra coisa que a atomização das formas comunitárias, através da interposição da entidade fictícia chamada Estado¹¹¹ (CORREAS, 2003, pág. 283).

Do aspecto terminológico, do significado histórico e da dimensão jurídico-política da expressão direitos humanos trata Pietro Alarcón, em busca de núcleo de certeza (BARRANCO apud ALARCÓN, 2008, págs. 277 e 278), do alcance teórico e prático dos direitos humanos, concebendo-os como critérios de legitimação e de luta política¹¹².

Inclina-se pela noção de direitos fundamentais como normas essenciais para o indivíduo desenvolver todo seu potencial (PECES-BARBA apud ALARCÓN, pág. 285). Aponta para o sentido de humanidade, solidariedade, tolerância e cooperação social da Constituição. Repousa a legitimidade do Estado de Direito, para este autor, na efetividade dos direitos humanos.

¹¹⁰ CORREAS, Óscar. *Los derechos humanos y el estado moderno. (Que hace moderno al derecho moderno?)*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 37 (2003), 271-285, Editorial Universidad de Granada. Universidad de Granada, Espanha: 2003, pág. 279.

¹¹¹ CORREAS, Op. Cit. pág. 283

¹¹² ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Derechos humanos: inseguridades y certezas terminológicas*, Revista do IASP, ano 11, n. 22, julho/dezembro, RT, São Paulo, 2008, págs. 278-292. Veja também: JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. *Os direitos humanos no Brasil e sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais*. Revista Informação Legislativa n. 130, abril/junho de 1996, ano 33, Brasília, disponível em: www.senado.gov.br acesso em: 07/12/2010

Expõe as expressões: direitos individuais, art. 60, §4º, Constituição Federal, “C.F.”; direitos da pessoa humana, em caso de violação ou não reconhecimento, hipótese de intervenção federal, art. 34, inc. VII, C.F.; direitos humanos e sua prevalência nas relações internacionais, art. 4º, inc. II, C.F.; grave violação de direitos humanos, caso de deslocamento de competência, art. 109, §5º, C.F.; os direitos implícitos do art. 5º, §2º e §3º, C.F.; e os direitos fundamentais distribuídos em cinco capítulos, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, C.F.

Do constitucionalismo brasileiro destaca as expressões fundamentalidade formal e material e as eficácias perante o Estado e perante os particulares, para os fins de paz, segurança, equilíbrio, reprodução adequada do tecido social e dignidade dos seres humanos, tendo por núcleo o ponto de referência que orienta a vida em coletividade¹¹³ (ALARCÓN, pág. 289).

Veicula também as expressões: direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos fundamentais, direitos morais, direitos individuais e direitos do homem.

Relata a superação da tradição medieval e o triunfo da visão moral do mundo, com o refinamento da idéia de subjetividade e direitos individuais do séc. XIX

¹¹³ ALARCÓN, Op. Cit.

em marco cultural antropocêntrico¹¹⁴ (LAPORTE apud ALÁRCÓN, págs. 283 e 284).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma o conceito pessoa e a noção de livre arbítrio derivarem do cristianismo em resposta à distinção na Antiguidade entre cidadãos e escravos¹¹⁵ (FERRAZ JÚNIOR, 1994, pág. 156 e 147). Narra a origem da dicotomia direito objetivo e direito subjetivo.

O direito subjetivo tem a ver com a noção de *privilegium*, direito especial conferido ao *status* na Idade Média¹¹⁶ (WEBER, 1976, pág. 397 apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, pág. 146). Para os antigos a liberdade era um *status libertatis* em oposição a *status servitutis*¹¹⁷ (FERRAZ JÚNIOR, 1976, pág. 147).

Em teoria do direito costuma-se apontar no Renascimento a passagem do direito natural teológico ao direito natural racionalista¹¹⁸ (FASSÓ, 1968, pág. 109 Apud MAIA, 2007, pág. 289).

O direito como qualidade moral está em Hugo Grotius, faculdade dividida em: poder (*potestas*) - subdividido em *libertas*, *patria potestas* e *dominica potestas*; propriedade (*dominium*); e exigir o que lhe é devido, com a distinção entre *facultas* e *aptitudo*, mérito ou aptidão. O direito como qualidade moral também

¹¹⁴ ALARCÓN, Op. Cit.

¹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas, São Paulo: 1994.

¹¹⁶ FERRAZ, Op. Cit.

¹¹⁷ FERRAZ, Op. Cit.

¹¹⁸ MAIA, Op. Cit.

encontra-se em Pufendorf e Leibniz, com menção à influência de Descartes¹¹⁹ (ZARKA, 1997, pág. 15).

Em Hobbes, há redução do homem como indivíduo físico, consistindo a liberdade em fisiologia do movimento e em John Locke, encontra-se a abordagem da identidade pessoal, em ensaio sobre o entendimento humano. Atribui-se a Leibniz a definição de sujeito de direito, com indicação do amor como fonte do direito natural¹²⁰ (ZARKA, 1997, págs. 25 e 27).

Em Christian Thomasius há a noção de direito subjetivo como concessão do soberano¹²¹ (MAIA, 2007, pág. 291). O direito como heteronomia está em Kant, apontando-se sua influência em Savigny, Puchta e Windscheid¹²² (MAIA, 2007, pág. 298).

São relatadas a teoria da vontade de Windscheid; a teoria da garantia de Thon, em que o direito subjetivo consiste na garantia do direito objetivo quando a liberdade é violada; e a teoria do interesse de Von Jhering, do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Refere Puchta para a noção de direito subjetivo, ao tratar de sujeito de direito e sujeito jurídico¹²³ (FERRAZ JÚNIOR, 1994, págs. 149 e 155).

¹¹⁹ ZARKA, Yves Charles. *A invenção do sujeito de direito*. Filosofia Política, Nova Série, vol. 1 L&PM, Porto Alegre, 1997.

¹²⁰ ZARKA, Op. Cit.

¹²¹ MAIA, Paulo Sávio Peixoto. *Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna*. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 27, jul/dez, 2007/2, pág. 289.

¹²² MAIA, Op. Cit.

¹²³ FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit.

Para Martin Heidegger a autenticidade do ser humano não está vinculada à subjetividade, mas ao fato de se haver um lugar para o ser. A norma jurídica consiste em um essencialismo acrítico. Dirige crítica ontológica da modernidade ao esquecimento do ser pela tecnologia. Interpreta o curso da história humana como um processo de decadência e o predomínio planetário da tecnologia, por decadência espiritual do planeta, não distinguindo entre democracia ocidental e totalitarismo estalinista - a estratocracia soviética. Os valores da democracia liberal constituem a contraparte da idéia do ser humano como última fonte normativa e legal: a auto-instauração do ser humano como a medida de tudo¹²⁴ (HEIDEGGER apud HERRÁN, 2004).

“(...) si bien Descartes aparece en este itinerario como el pensador que inaugura el proyecto moderno de manipulación y dominación de la naturaleza por la vía de la razón, es Kant quien avanza y amplifica dicho proyecto con su introducción del concepto de autonomía¹²⁵” (HERRÁN, 2004).

Martin Heidegger recupera as representações da Grécia arcaica, dos pré-socráticos, do *nomos* como força que mantém unida a *polis*, união originariamente unificante do que tende a separar-se, sendo a lei o que enlaça o múltiplo e confere à comunidade política o seu ordenamento interno, concebendo o *nomos* como um compartilhar na comunidade do ser, como compartilhar o fazer presente o ser e o seu campo de presença correspondente¹²⁶ (HERÁCLITO apud HEIDEGGER apud HERRÁN, 2004). Concebe a *dike* como

¹²⁴ HERRÁN, Eric. *Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho n. 20, abril, ITAM, Fontamara, México: 2004.

¹²⁵ HERRÁN, 2004 Op. Cit.

¹²⁶ HERRÁN, 2004, Op. Cit.

um ajuste e acordo de seres¹²⁷ (ANAXIMANDRO apud HEIDEGGER apud HERRÁN, 2004)¹²⁸.

Na Antigüidade clássica o direito era “*fenômeno de ordem sagrada*” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, pág. 56). Na Grécia, o litígio judiciário era considerado um *agon*, competição de caráter sagrado, jogo de sorte, batalha verbal, ordálio de juízo divino¹²⁹ (HUIZINGA, 2004, págs. 87-96).

O combate fazia as vezes de prova, constituindo juízo de Deus, sentença e execução. Condena-se o duelo judiciário no séc. XIII pela Igreja, sendo proibido pelo Rei Luís IX¹³⁰ (BARBOSA MOREIRA, 2003, pág. 42).

No direito inglês subsistem até o século XIX duas formas de duelo judiciário: a *wager of battle* (aposta de batalha) e a *wager of law* (aposta de lei), sendo prática habitual o público fazer dentro e fora do recinto do tribunal apostas do resultado dos julgamentos¹³¹ (HUIZINGA, 2004, págs. 95 e 96).

Em Roma, a *iuris prudentia* consistia no “*exercício de atividade ética, virtude moral do equilíbrio e da ponderação*”, com éditos pretorianos, fórmula para condução de processos e o *Concilium Imperial*, composto de jurisconsultos

¹²⁷ HERRÁN, 2004, Op. Cit.

¹²⁸ A *alétheia* consiste na busca da verdade ou na desocultação da lei do ser dos entes ou dos muitos. SOUZA, Eudoro de. *Deus, Homem, Natureza. Para uma teoria do paganismo*. O Nó Górdio, ano 1, número 1, dezembro de 2001. Há também o que se nomina de cosmonomia da Grécia Antiga, VAZ, 1978, Op. Cit.

¹²⁹ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004, págs. 87-96.

¹³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Duelo e Processo*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 28, Rio de Janeiro: 2003, pág. 42.

¹³¹ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens*. Perspectiva, São Paulo: 2004.

para análise dos *responsa*, informações escritas diante de conflito em tribunal¹³² (FERRAZ JÚNIOR, 1994, págs. 56 e 57).

“O vocábulo *jus, juris* pertence à mesma raiz do verbo *jubere, ordenar, ou prende-se à mesma raiz do verbo jurare, jurar. O jus é o sagrado, o consagrado*¹³³ (CRETELLA JR., 1970, pág. 25).

No período republicano em Roma, distinguem-se o *ius civile*, interpretação das Doze Tábuas através de juristas¹³⁴, e as *leges*; ou o *ius privatum* e o *ius publicum* – “*ius publicum* não seria direito estatal, mas o direito estabelecido pelo Estado” (EHRlich, 1986, pág. 331).

Eugen Ehrlich afirma o *ius civile* como sendo o direito romano utilizado diante dos tribunais, juntando-se, mais tarde, o *ius legitimum*, as *leges*, o *edictum*, as *senatusconsulta* e as *constitutiones*, inclusive, *mores* e *consuetudo*, afirmando também não haver expressão na linguagem humana a conservar o mesmo sentido durante séculos, contrapondo a expressão *ius civile* ao *ius gentium, ius militare* e *ius criminale*¹³⁵ (EHRlich, 1986, págs. 333-336). A *consuetudo* dos Códigos Justinianos vigorava para os ex-provinciais cidadãos romanos. “(...) *tratava-se de determinações legais sobre a vigência do direito particular e de costumes locais*¹³⁶” (EHRlich, 1986, pág. 338).

¹³² FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit.

¹³³ CRETELLA JR, *Curso de Direito Romano*. Forense, Rio de Janeiro: 1970.

¹³⁴ Também no direito inglês, refere-se a contraposição entre *common law*, direito dos juristas, *custom of the realm*, estabelecido pelos juizes e *statute law* (EHRlich, 1986, pág. 336).

¹³⁵ EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Unb, Brasília: 1986.

¹³⁶ EHRlich, Op. Cit.

Ari Sólón demonstra as origens mágicas da obrigação em Roma em contraposição à noção de dever do voluntarismo moderno. A teoria voluntarista do poder, a doutrina da soberania popular tem por origem a ideologia jusnaturalista da Idade Média, a partir do conflito entre príncipe e povo¹³⁷ (SOLON, 2000, pág. 35).

“(...) o direito , ius, criado pela nação romana, sujeitava-se à lei divina, faz, da qual derivava seu poder. A lei em Roma também se submetia a limites formais deorrentes do direito dos auspícios. As leis contrárias aos auspícios caracterizam-se como viciadas e nulas, corroborando a íntima vinculação entre ius e fas (...) o ius representa uma força, que quando referida aos homens, caracteriza nestes a força oculta de colocar o divino em prol da nação e da família¹³⁸” (HÄGERSTRÖM Apud SOLON, 2000, págs. 21 e 22).

O pesquisador da Usp leciona: antes da *Lex Poetelia*, séc. IV a. C. a ação executória do credor correspondia ao poder do dono em relação ao escravo, a situação do *nexus* significava *nectere*, o corpo atado ao credor, passando o *nexum* sobre o corpo, ao depois da *Lex Poetelia*, a recair sobre o patrimônio do devedor. Refere o fato do cerimonial do processo ter-se originado pela composição de sacerdotes, de iniciados em magia¹³⁹ (HÄGESTRÖM, pág. 302 apud SOLON, 2000, pág. 26).

¹³⁷ SOLON, Ari Marcelo. *Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

¹³⁸ SOLON, Op. Cit.

¹³⁹ SOLON, Op. Cit.

Interessante notar a origem, na lei romana, do termo adicção: “a ação de fazer passar ou de transferir bens a um outro, seja por sentença de uma corte, seja por via de venda àquele que oferece mais. (...) Eis porque os bens adjudicados desta maneira pelo pretor ao verdadeiro proprietário, eram chamados bona addicta; e os devedores entregues por esta mesma via a seus credores para pagar suas dívidas, se chamavam servi addicti”¹⁴⁰ (DIDEROT & D’ALEMBERT, 1751/1988, pág. 128 apud BENTO, 2006, pág. 198). A adicção consistia na escravização por determinação legal como última forma de pagamento de dívidas.

A pronúncia de palavras tinha o caráter de juramento, sobre a *stipulatio*: “As palavras da fórmula jurídica tinham a mesma força criadora da fórmula sacramental como se, segundo os princípios da magia simbólica, fossem o próprio ato de oferenda”. Sobre a *promissio*: “(...) a promessa se fazia estendendo a mão direita do promitente que tocava o promissário. Isto gerava uma unidade vital sagrada entre as partes, caracterizada pela fides”¹⁴¹ (SOLON, 2000, pág. 28). A prolação solene de palavras consistia na manifestação do sobrenatural.

Marcel Mauss entende por resquícios das antigas dádivas obrigatórias as bengalas trocadas, a *stips* na *stipulatio* do direito romano, a *festuca notata* da estipulação germânica, as arras de origem semita. “A *garantia mágica* é

¹⁴⁰ BENTO, Victor Eduardo Silva. *Tóxico e Adicção comparados a paixão e toxicomania: etimologia e psicanálise*. Psicologia Usp, vol. 17, n. 1, São Paulo: 2006, pág. 198

¹⁴¹ SOLON, Op. Cit.

*apenas possível, e ela mesma não é senão consequência da natureza e do caráter espiritual da coisa dada*¹⁴² (MAUSS, pág. 145)

Aponta em Huvelin e Girald a teoria do *nexum*. Para além dos vínculos mágicos, religiosos, das palavras e gestos do formalismo jurídico, há um vínculo nas coisas. A família romana compreende as *res* e as pessoas. A noção de força inerente à coisa está no roubo, no *furtum*¹⁴³ e nos contratos *re* (empréstimo, depósito, garantia e comodato). Refere a noção de “*possuído pela coisa*¹⁴⁴” (MOMMSEN apud MAUSS, pág. 189).

“*O contratante ao princípio é reus; é antes de mais o homem que recebeu a res de outrem e se torna, por isso, o seu reus, isto é, o indivíduo que lhe está vinculado pela própria coisa, quer dizer, pelo seu espírito*¹⁴⁵” (MAUSS, pág. 151).

O antropólogo Marcel Mauss estuda haver a obrigação das dádivas em circular, em serem dadas e retribuídas¹⁴⁶ (MAUSS, pág. 125), o sistema primitivo de contrato e obrigação¹⁴⁷ (DAVY apud HUIZINGA, 2004, pág. 87). Estuda a obrigação de retribuir os presentes, em festas dos esquimós do Alaska, no nordeste siberiano, no noroeste americano, na Polinésia e na Melanésia. Existem as coisas que não se devem dar, nem vender, mas

¹⁴² MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*, Perspectivas do Homem, Edições 70, Lisboa: 2001

¹⁴³ A título de comparação, Tércio Sampaio Ferraz refere a Apelação Cível n. 132.846-5, Terceira Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sobre posse incontestada de veículo, mesmo furtado, e aquisição por usucapião, com suporte no art. 619 do Código Civil de 1916, pág. 59. FERRAZ, 1994, Op. Cit.

¹⁴⁴ MAUSS, Op. Cit.

¹⁴⁵ MAUSS, Op. Cit.

¹⁴⁶ MAUSS, Op. Cit.

¹⁴⁷ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004, pág.87

guardar¹⁴⁸ (GODELIER apud LANNA). Entre os Maori, reporta-se o *hau*, o espírito da coisa, a remanescer na coisa dada ou roubada.

Entre os Kachin as reivindicações legais e comerciais são dívidas – *hka*, sendo, para o primeiro caso, objetos rituais, itens estipulados de bens tradicionais e, para o segundo, qualquer coisa. Os objetos rituais são negociados em mercado aberto, porém a troca restringe-se a casamentos, funerais, pagamentos de serviços rituais de sacerdotes, transferência de residência ou construção de nova casa, compensação judicial em ajuste de disputa de sangue ou crime¹⁴⁹ (LEACH apud GLUCKMAN, 1973, pág. 31). Há dívidas entre linhagens e o ritual serve para expressar o *status*¹⁵⁰ (LEACH apud GLUCKMAN, 1973, pág. 29). De volta à Roma:

“(...) é difícil pensar que um nexum ou necti como fundamento da propriedade de uma pessoa, a saber, res obligata, não deva ter uma designação no direito civil, que não corresponda a uma coisa consagrada a uma divindade¹⁵¹” (HÄGERSTRÖM, págs 27-31 apud SOLON, 2000, pág. 24).

O conceito de *iustus* tem por sinônimo *purus*, do direito sagrado, sendo o *ius* uma ordem de poder místico:

¹⁴⁸ LANNA, Marcos. *Introdução*. GODELIER, Maurice. *O Enigma do Dom*. Disponível em: www.rubedo.psc.br Acesso em: 27/12/2010.

¹⁴⁹ GLUCKMAN, Max. *Obrigação e Dívida*. In: DAVIS, Shelton H. (org.) *Antropologia do Direito. Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Zahar, Rio de Janeiro: 1973, pág. 31

¹⁵⁰ GLUCKMAN, Op. Cit. Pág. 29

¹⁵¹ SOLON, Op. Cit.

“ius é, na verdade, o poder sobrenatural, caracterizado pela pureza de contaminação de germes da morte, portanto, uma força vital mística. Iustus é, em conformidade a isto, o mesmo que purus, puro de germes da morte¹⁵²”.

(HÄGERSTRÖM, pág. 555 apud SOLON, 2000, pág. 22).

Em Roma, o direito penal fundava-se na noção de *delictum*, tanto no ramo público, quanto no privado e no direito sagrado: “(...) o delictum se perseguia também para que se expiasse publicamente ante à divindade, por parte da comunidade. (...) no caso da entrega por noxa (*noxam dare*) do Direito Público, tinha como finalidade liberar a comunidade do castigo divino que merecia pelo fato criminoso¹⁵³” (LERNER).

O delito consistia em ofensa à divindade e a pena, *poena*, pureza, o seu meio expiatório. A declaração de *homo sacer* dava-se ao sujeito à vingança da divindade, a quem havia ultrajado com sua má ação, excluído da comunidade humana, com privação de todos os bens em nome dos deuses, podendo ser morto pelo primeiro que visse. Há analogia com o desterro e a tacha de infâmia. Remonta às antiguidades germânica e escandinava, a declaração de *homo sacer* “objeto de maldição, excoriação e horror”. Em Roma, dava-se, entre outros, no caso do filho que havia levantado a mão contra o pai¹⁵⁴

(WILDA & BEKKER & VON IHERING apud ARAMBURU, 2002).

¹⁵² SOLON, Op. Cit.

¹⁵³ LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

¹⁵⁴ ARAMBURU, Romina del Valle. *El Homo Sacer: la manifestación del elemento religioso en el derecho penal*. Revista del Colégio de Abogados de la Plata, año XLII, n. 63, vol. 42, 2002, págs. 131-134.

A distinção entre delito privado e delito público deve-se ao fato dos crimes serem julgados pelo próprio povo romano reunido em *comitia centuriata*¹⁵⁵. (KENNY apud GLUCKMAN, 1973, pág.37). Consiste em uma distinção “folk”.

Demonstrou-se em Roma, a concepção objetiva de direito. Do período de transição da concepção objetiva, “*típica de grande parte da tradição antiga e medieval*” para a concepção subjetiva de direito trata Giuseppe Tosi (TOSI, 2005, pág. 43).

Em estudo de escolásticos espanhóis, de teólogos da Escola de Salamanca, investiga a relação das categorias entre *dominium* e *ius*, entre *dominium proprietatis* e *dominium iurisdictionis*, com suporte em Domingo De Soto, identificando *dominium* com *libertas*, propriedade com liberdade, em análise do *dominium* dos povos *recenter inventi*, das ilhas descobertas, *isti insulani*, o que colocou em dúvida a legitimidade das conquistas ultramarinas e, segundo o autor, fundamenta o jusnaturalismo moderno¹⁵⁶ (DE SOTO, 1995 e 1967-68 apud TOSI, 2005, pág. 44).

Willis Santiago Guerra Filho esclarece duas estruturas do pensamento: a transcendente “*aristotélico-tomista*” própria da escolástica medieval e a transcendental “*escotista-suazerina*” próxima do paradigma da subjetividade, em referência à revolução filosófica de Duns Scot, sobre a *intentio*, a

¹⁵⁵ GLUCKMAN, Max. *Obrigação e Dívida*. In: DAVIS, Shelton H. (org.) *Antropologia do Direito*. Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Zahar, Rio de Janeiro: 1973, pág. 37

¹⁵⁶ TOSI, Giuseppe. *As origens teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec. XVI*. Prima Facie: Revista da Faculdade da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Vol. 4, n. 6, 2005, págs. 42-56.

subordinação do intelecto à vontade e ao teólogo da Escola de Salamanca Francisco Suarez¹⁵⁷ (MURAUULT Apud GUERRA FILHO, 2009).

É a tese de John Finnis que se difunde de Francisco de Suarez usar o termo *ius* não como reflexo da ordem do todo, mas como faculdade individual em *De Legibus ac de legislatore* de 1612¹⁵⁸ (FINNIS, 1980 apud MAIA, 2007, pág. 289).

“Na concepção mais propriamente aristotélica, o ser é simultaneamente uno e múltiplo, fundando sua unidade na identificação com a existência, que não nem uma realidade em si nem uma idéia a parte das substâncias concretas existentes, mas sim o surgir de cada ser que é, o nascer de cada ente, a physis ou “nascividade”, como um todo sem partes, um composto indivisível de matéria e forma¹⁵⁹” (LEÃO & WRUBLEWSKI Apud GUERRA FILHO, 2009).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. refere a noções de ordem criada da tradição judaico-cristã e ordem querida (FERRAZ JÚNIOR, 1994). As teogonias e cosmogonias gregas consistiam em mitos de soberania. *“(...) relatos de gênese que expõem a emergência progressiva de um mundo ordenado. (...) Exaltam o poder de um deus que reina sobre todo o universo; falam de seu nascimento, suas lutas, seu triunfo¹⁶⁰”* (VERNANT, 1994, pág. 77).

¹⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Nota sobre a epistemologia e jusfilosofia de Guilherme de Okcham*. Disponível em: <http://revistaitaca.org/versoes/vers13-09/57-83.pdf>, Acesso em 07/12/10.

¹⁵⁸ MAIA, Paulo Sávio Peixoto. *Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna*. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 27, jul/dez, 2007/2, pág. 289.

¹⁵⁹ GUERRA FILHO, 2009, Op. Cit.

¹⁶⁰ VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Difel, São Paulo: 1984, pág. 77

Atribui-se à coroação de Carlos Magno pelo Papa Leão III no século IX o exercício da autoridade religiosa como autoridade política¹⁶¹ (DUMONT, 1981 apud PEIRANO, 193, pág. 112).

Há o conflito entre Papado e Império. *"Bonifácio VIII utilizou o conceito da Igreja enquanto corpo místico de Cristo como arma em sua luta contra Felipe, o Belo da França. Com Inocêncio III, a noção de plenitude potestas foi restringida em favor do Papa, a quem unicamente se poderia chamar de Vigário de Cristo. (...) Por meio desta interpretação, o Papa conservava o direito de exercer um controle direto sobre o poder temporal, inclusive podendo tirar e conferir Imperium sobre povos e indivíduos¹⁶²"* (SOLON, 1997, pág. 24).

João de Paris, em torno de 1300, contesta a doação de Constantino, do *Imperium* ao Papa, e com Dante Alighiere *"o poder do Imperador provém diretamente de Deus e não da mediação papal¹⁶³"* (SOLON, 1997, pág. 25). Em Marsílio de Pádua e Nicolau de Cusa, a Igreja subordina-se ao Estado e indica-se Althusius a colocar o povo como soberano, doutrina de direito natural¹⁶⁴ (SOLON, 1997, pág. 31).

Como dito por Ari Solon, a teoria voluntarista da soberania popular tem por base a ideologia do jusnaturalismo da Idade Média. Willis Santiago Guerra Filho tem por hipótese da ideologia moderna do individualismo o pressuposto teórico do teólogo Guilherme de Ockham, menciona a crítica ao pensamento

¹⁶¹ PEIRANO, 1983, Op. Cit. pág. 112

¹⁶² SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1997, pág. 24

¹⁶³ SOLON, Op. Cit.

¹⁶⁴ SOLON, Op. Cit.

dos universais e aponta para o pensamento da singularidade. Para Guilherme de Ockham os universais constituíam nomes, essências universais, coisas não particulares, sendo a multiplicidade dos singulares oferecida pela experiência¹⁶⁵ (KRITSCH, 2002, pág. 516).

“A concepção de universitas, enquanto corpo social fictício que forma um todo, no qual os indivíduos concretos nada mais são do que partes, é a representação fidedigna de uma visão que preponderou durante todo o período histórico que antecede a modernidade. Para que esta se instaure, vai se fazer necessária a erosão daquela concepção, para que emerja a sua substituta moderna, a societas, reunião de socius”¹⁶⁶ (GUERRA FILHO, 2009, pág.7).

Relata o enfrentamento de Guilherme de Okcham com o Papa João XXIII, a querela da Ordem Franciscana, cabendo aos franciscanos “o simplex usus facti de seus bens, o jus utendi, o ususfructus e a possessio, sendo a Igreja romana a proprietas”¹⁶⁷ (GUERRA FILHO, 2009, pág. 45), escrevendo sobre a formação do conceito de subjetividade jurídica e a propriedade como direito natural, como *potestas*.

Raquel Kritsch descreve a teoria individualista, a independência dos poderes temporais em relação à *Ecclesia*, em João Quidort, Marsílio de Pádua e Guilherme de Okham, sustentando este ter a ordem franciscana *usus de facto* sobre as coisas temporais, sem com isso deter *dominium*. O direito ao uso era

¹⁶⁵ KRITSCH, Raquel. *Soberania. A construção de um conceito*. Humanitas FFLCH/USP & Imprensa Oficial, São Paulo, 2002.

¹⁶⁶ GUERRA FILHO, 2009, Op. Cit., pág. 7

¹⁶⁷ GUERRA FILHO, 2009, Op. Cit., pág. 45

anterior aos direitos de posse introduzidos posteriormente¹⁶⁸ (KRITSH, 2002, págs. 511 e 520).

Para o canonista Egídio Romano, a noção de propriedade designava tanto a relação de superioridade entre homens e coisas, quanto o senhorio, dominação de um pelo outro. Recorre à doação de Constantino, o Império havia sido doado à Igreja, para a subordinação da autoridade temporal à autoridade eclesiástica. O sacramento do batismo consiste em remédio contra o pecado original; o sacramento da penitência, contra o pecado atual, derivando o *dominium* do *sacerdotium*. A noção de *dominium*, indicativa de posse, serve, em Egídio, ao senhorio, por conseguinte, à *iurisdictionem*. Nenhum direito de domínio ou jurisdição havia, para Egídio, aos não batizados (KRITSCH, 2002, págs. 392-436).

Em João Quidort, não era o pontífice quem concedia as *temporalia* os poderes temporais e sim os governantes ao poder eclesiástico. Os bens eclesiásticos não eram *proprietatem*, nem *dominium* de qualquer e sim do grupo, cabendo ao Sumo Pontífice administração dos bens coletivos, temporais ou espirituais, sendo o *dominium* da comunidade da Ecclesia e os bens dos leigos, adquiridos pelo esforço individual, não passíveis de *dominium* pelo pontífice ou *princeps*, cabendo apenas a organização para *utilitas publica*¹⁶⁹ (KRITSCH, 2002, págs. 441-459 e 462).

¹⁶⁸ KRITSCH, Op. Cit. págs. 511 e 520

¹⁶⁹ KRITSCH, Op. Cit.

Em Guilherme de Ockham, reitera-se a independência dos poderes temporais em relação à Ecclesia, o povo como autoridade, embora fiéis e pecadores sejam indignos do domínio das coisas temporais, podem contudo possuir verdadeiro domínio, por conta da lei da liberdade, a liberdade originada com a criação divina¹⁷⁰ (KRITSCH, 2002, pág. 514).

A relação entre propriedade e soberania também está na definição de fronteiras sulamericanas, cabe menção ao *uti possidetis de facto*. José Macedônio Urquidi ensina sobre a analogia da idéia de direito romano de propriedade transportada para o de soberania no direito internacional sulamericano do *uti possidetis, ita possideatis* – “como posséis seguiréis poseyendo”, “*nec vi, nec clam, nec precario, ab adversario*”, Digesto 43, Tít. 17, pág. 1, em referência às ações *interdicto possidetis* – manutenção na posse mesmo sem título e o *unde vi* – reintegração na posse perdida, para a introdução do conceito do *uti possidetis de facto*.

Narra a origem do princípio de direito americano do *uti possidetis juris* de 1810 adotada por Colômbia, Equador, Peru, Bolívia e Chile no Congresso de Lima de 1847, “*fórmula hispano-americana*” com as demarcações do Rei de Espanha até 1810, erigindo-se, pois, conforme Tratado de Bogotá de 1811 e Congressos de Panamá, 1826 e Lima, 1847, no art. 7º do Tratado de Lima para manutenção dos limites territoriais correspondentes às metrópoles, princípio de demarcação das fronteiras americanas.

¹⁷⁰ KRITSCH, Op. Cit.

Quanto à “*fórmula hispano-americana-brasileña*”, havia o entendimento do *uti possidetis* de posse efetiva dos países independentes no momento da discussão dos limites, considerando-se o Tratado de Santo Ildefonso de 1777 subsidiário.

O jurista boliviano contrapõe-se ao *uti possidetis de facto* em defesa sobre o Chaco e o litoral de Cobija ou Atacama, apontando a distinção entre “*posesión in actu*” e “*posesión in potencia*” e o “*derecho de posesión a justo título*”¹⁷¹ (URQUIDI, 1946, pág. 4), distinção retomada adiante.

“(...) *la posesión de facto no es razonable que pueda prevalecer sobre la que se halla preconstituída a justo título, aun cuando la historia nos ofrezca casos escandalosos de lo contrario*”¹⁷² (URQUIDI, 1946, pág. 4).

“*Un peligro pudiera haberse presentado con la aplicación rigurosa de la fórmula del uti possidetis romano: el de que las soberanías extrañas al Continente Americano no hubieran hecho presa de los territorios sin dueño, por carecer de ocupantes*”¹⁷³ (URQUIDI, 1946, pág. 8).

Feita a relação entre propriedade e soberania, inclusive na América do Sul e esclarecida a propriedade como direito natural teológico, conforme dito por

¹⁷¹ URQUIDI, *El uti possidetis juris y el de facto*, Imprensa Universitária, Cochabamba: 1946. Veja também: CORTESÃO, Jaime. *O tratado de Madrid. Tomos I e II*. Ed. Senado Federal e o *Tratado de Limites Brasil – Peru* Ed. Senado Federal, disponíveis para compra em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/conselho/>

¹⁷² URQUIDI, Op. Cit.

¹⁷³ URQUIDI, Op. Cit.

Giuseppe Tosi sobre o século XVI, reitera-se o questionamento da legitimidade da presença europeia no continente americano em Beatriz Perrone-Moisés.

Embora o Papa tivesse dividido as novas descobertas no Tratado de Tordesilhas, “*posições teológico-jurídicas já colocavam em dúvida seu direito de dispor daquelas terras, afirmando que a sua autoridade se restringia ao plano espiritual*”¹⁷⁴ (PERRONE-MOISÉS, 2000, pág. 107).

O Papa Inocêncio IV, no século XIII, “*sustentou não poder despojar os infiéis de seus domínios e jurisdições*”¹⁷⁵. A possibilidade de domínio dos infiéis está também em Gerson e Pierre d’Ailly (BARBOSA, 2001, pág. 56).

Relata-se a distinção do Cardeal Cayetano, no início do século XVI, entre infiéis e gentios e aponta-se em Francisco Vitória, o “*Direito Natural dos povos indígenas da América de constituir sociedades políticas independentes*”¹⁷⁶ (PERRONE-MOISÉS, 2000, pág. 108).

Em Alvará de 1596: “*o gentio [...] será senhor de sua fazenda, asi como o he na serra*”¹⁷⁷ (SERAFIM LEITE, 1938-50, págs. 623-624 Apud PERRONE-MOISÉS, 2000, pág. 109).

¹⁷⁴ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. Revista da Faculdade de Direito da USP v. 95, São Paulo: 2000

¹⁷⁵ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. Plêiade, Fapesp, São Paulo: 2001.

¹⁷⁶ PERRONE-MOISÉS. Op. Cit.

¹⁷⁷ PERRONE-MOISÉS, Op. Cit.

Conforme Alvará-Régio de 1587, Provisão-Régia de 1680 do Maranhão e Diretório pombalino de 1757, a sesmaria indígena tinha por intuito de viabilizar a conversão: “(...) quando os índios ‘descem’ para os aldeamentos, suas terras, aquelas que lhes pertenciam, são abandonadas. Tornam-se terras sem dono, e assim reverterem, legalmente, para a Coroa, na condição de terras devolutas. As terras que se lhes oferece em troca, das quais seriam ‘senhores nas aldeias [da costa]’, são igualmente terras devolutas, que por isso mesmo podem ser dadas, pela Coroa, em sesmaria” (PERRONE-MOISÉS, 2000, pág. 110). O impedimento à pregação do Evangelho e atos hostis contra vassallos da Coroa Portuguesa consistiam motivos para a guerra justa, perdendo os povos vencidos suas terras¹⁷⁸ (PERRONE-MOISÉS, 2000, pág. 116), conforme Regimento de 1548.

Apointa-se também o Alvará-Régio de 1º de abril de 1680 e a Lei de 6 de junho de 1755 como fontes do *ius possidendi* e do *ius possessionis* indígena, direito congênito, conforme teoria do indigenato de João Mendes Júnior, cabendo legitimação somente à ocupação, “*apprehensio rei nullius ou rei delerictoe*”, nos termos do art. 3º da Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, Lei de Terras, não havendo, para os indígenas, posse a legitimar e sim domínio a reconhecer, conforme art. 24 do Decreto n. 1318 de 30 de janeiro de 1854¹⁷⁹ ¹⁸⁰ (MENDES

¹⁷⁸ PERRONE-MOISÉS, Op. Cit. Inclusive é o que narra José Cretella Júnior nas formas de aquisição de propriedade, no direito romano, sobre ocupação da *res nullius*, em especial o saque militar (*occupatio bellica*), arrolando também as modalidades da caça (*aucupium*), da pesca (*piscatio*), dos animais não domesticados (*ferae bestiae*), dos animais que tenham perdido o hábito de voltar para o dono (*animus revertendi*), das coisas abandonadas (*res derelictae*) e da descoberta de tesouro (*inventio*) CRETELLA JR., José. Curso de Direito Romano. Forense, Rio de Janeiro: 1970, págs. 178 e 179.

¹⁷⁹ BARBOSA, Op. Cit.

¹⁸⁰ Sobre o art. 3º da Lei 601 e a situação de terras devolutas, veja também: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 3 jan./jun. de 2004, pág. 690.

JR, 1912, págs. 58-59 apud BARBOSA, 2001, pág. 63-69), sendo nulos os atos jurídicos incidentes sobre terras indígenas, art. 231, parágrafo 6º, C.F..

Quanto à concepção contemporânea de direitos humanos, consoante a responsabilidade internacional do Estado, o Parágrafo 5 da Declaração de Viena, em Conferência de Direitos Humanos, costume de direito internacional, estatui:

“As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e sociais”¹⁸¹ (BELLI, 2009, pág. 101).

2.2 Filosofia da Propriedade e Propriedade Coletiva

A palavra *diké*¹⁸², deusa grega da Justiça, significa *“limites às terras de um homem”*. A distinção direitos *in rem*¹⁸³ e direitos *in personam*, direitos reais e

¹⁸¹ BELLI, Benoni. *A politização dos direitos humanos. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as Resoluções sobre países*. Perspectiva, São Paulo: 2009

¹⁸² Em Willis Santiago Guerra Filho, a deusa *Diké* aparece de forma variada: *diké* como atos de violência de reis e deuses; *dikas*, pretensões formuladas pelas partes em processo; *dikai*, sentença; entendendo-se também por sanção. *“Penélope invoca a diké como a tradição antiga e correta contra a cobiça dos pretendentes”* (JEAN IMBERT, 1961 apud GUERRA FILHO, 2000, pág. 40). GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Política do Direito. Uma introdução política ao Direito*. Brasília Jurídica, Brasília: 2000, pág. 40. Para Marcelo Ari Sólón *diké* significa *“o juízo de que as partes serão julgadas segundo o princípio da igualdade”*. SOLON, Ari Marcelo. *Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2000, pág. 22. *“Na iconografia grega a Dikê (justiça) muitas vezes se confunde com a figura de Nêmesis (vingança), do mesmo modo que com a Tikê (fortuna)”* ou destino incerto. Aponta-se a associação primitiva entre a justiça, o destino e a sorte. Significa o processo jurídico, o veredicto e a punição. As partes dão e recebem *diké* e os juízes atribuem *diké*. HARRISON apud HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*.

direitos pessoais, remonta à Antiguidade. Os direitos reais, o usufruto, a hipoteca, autorizam o uso e o gozo imediato de uma coisa *erga omnes* – “*face à qualquer um ou perante todos indeterminadamente*”, “*uma obrigação universal e negativa de todos em absterem-se do uso e gozo*”¹⁸⁴ (FERRAZ JÚNIOR, 1994, págs. 56 e 153).

O direito pessoal consiste na faculdade atribuída ao titular em relação a uma pessoa, sendo a expressão direito *in rem* criticada por Kelsen, considerando o caráter intersubjetivo dos direitos¹⁸⁵ (KELSEN apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, pág. 154).

No direito moderno, conforme RE 15.766, rel. Min. Orosimbo Nonato, a posse consiste em direito real. A súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, “STJ” afirma a posse oriunda de contrato de compra e venda consistir em direito pessoal. Luiz Manoel Gomes Junior reflete sobre a natureza jurídica da posse, a posse como situação de fato e a posse enquanto direito ou aparência de direito, alude as expressões *jus possidendi* e *jus possessionis*, em estudo de direito comparado, refletindo também sobre a posse de coisas corpóreas e semi-corpóreas, inclusive gás, vapor e energia elétrica¹⁸⁶ (JUNIOR, 2001).

Perspectiva, São Paulo: 2004, págs. 92 e 107. A diké pode ser compreendida como ajuste e acordo de seres, desde o ser como presença. HEIDEGGER apud HERRÁN, 2004, Op. Cit.

¹⁸³ Marcelo Ari Sólón não encontrou a expressão *ius in re* nas fontes. SOLON, Ari Marcelo. *Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2000, pág. 33.

¹⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit.

¹⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Op. Cit.

¹⁸⁶ JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Lex – Jurisprudência do STF, ano 23, setembro de 2001 n. 273, LEX.

Deve-se reiterar em Roma, a propriedade, o *dominium* corresponder a um poder direto sobre a coisa, sendo a noção de dever de todos perante a propriedade, posterior e moderna¹⁸⁷ (SOLON, 2000, pág. 33). A distinção entre contratos e relações não-contratuais começa a ser feita no direito das sociedades industriais¹⁸⁸ (GLUCKMAN, 1973, págs. 48 e 49). No direito africano da Rodésia do Norte, o direito das pessoas, o direito das coisas e o direito das obrigações estão implicados uns nos outros¹⁸⁹ (GLUCKMAN apud DAVIS, 1973, pág. 13), em que a idéia central de dívida deflui da relação entre o *status*, a propriedade e a ofensa.

Em Roma, havia a propriedade quirítária de cidadãos romanos ou latinos e peregrinos com *ius commercii* e as propriedades pretoriana, provincial e peregrina¹⁹⁰ (MOREIRA ALVES apud HIRONAKA & CHINELATO, 2003, págs. 61-62).

O *ius Quiritium* consistia no direito do *civis*. O *dominus* correspondia ao exercício do poder dominical no *domus*, centro religioso familiar, estendido à pecúnia, ao patrimônio, havendo divergência entre romanistas alemães e italianos, sobre o termo *hereditas* e suas significações. O conceito de propriedade em Roma vincula-se aos conceitos de *familia* e *hereditas*. A teoria germânica distinguia *familia* por comunidade de pessoas sob o poder

¹⁸⁷ SOLON, Ari Marcelo. *Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2000.

¹⁸⁸ GLUCKMAN, Max. *Obrigações e Dívida*. In: DAVIS, Shelton H. (org.) *Antropologia do Direito*. Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Zahar, Rio de Janeiro: 1973, Págs. 48 e 49

¹⁸⁹ DAVIS, Op. Cit. Pág. 13.

¹⁹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes & CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Propriedade e Posse: uma releitura dos ancestrais institutos*, Revista da Faculdade de Direito da Usp v. 98, São Paulo: 2003.

doméstico do *paterfamilias* (*Hausgewalt*) e comunidade de bens (*Hausgemeinschaft*), comunidade de vida agrícola, de coisas de uso comum, *res communes mancipum*. Com a morte do *paterfamilias*, a comunidade/cotitularidade dominical podia dissolver-se ou manter-se o *consortium inter fratres*¹⁹¹ (DEGENEFEE, 2004). A propriedade tem sua origem no poder quiritário familiar, surgindo na República as expressões *dominium* e *proprietas*. A *possessio* consistia em poder sobre coisa advinda do *usus*, *usucapio*, conforme Lei das XII Tábuas, da parcela do *ager publicus*, terra conquistada pelo exército romano, e, quando comercializada, consistia em *bonorum possessio*, reconhecida pelo pretor¹⁹² (DEGENEFEE, 2004).

Do direito romano, indicam-se as expressões *ius possessionis*, posse de fato sem titularidade e *ius possidendi*, faculdade jurídica de possuir¹⁹³ (MOREIRA ALVES apud CIMARDI, 2007, pág. 65).

O indignato consiste em um *ius possidendi* e em um *ius possessionis* - *possessio ab origine*¹⁹⁴, segundo José Afonso da Silva (DA SILVA, pág. 97).

De acordo com o art. 231, §1º, C.F., o *habitat* serve para legitimação da posse e o art. 232, C.F. confere legitimidade processual para ingresso em juízo para defesa de seus direitos¹⁹⁵.

¹⁹¹ DEGENEFEE, Margarita Fuenteseca. *La formación romana del concepto de propiedad. Dominium, proprietas y causa possessionis*, Dykinson, Madrid: 2004, págs. 11-250. Veja também: MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A propriedade horizontal no direito romano*. Edusp, São Paulo: 1995.

¹⁹² DEGENEFEE, 2004, Op. Cit., págs. 11-250.

¹⁹³ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 61, RT, São Paulo: 2007, págs. 65-68.

¹⁹⁴ DA SILVA, José Afonso. *Demarcação de terra indígena*. Revista Interesse Público n. 52, Notadez, São Paulo, págs. 89-113

Na Bolívia, “a propriedade coletiva do território sempre foi a principal fonte de autoridade tradicional nas comunidades tradicionais”¹⁹⁶ (SOUSA, 2010, pág. 7). Rosinaldo Silva de Sousa relata assembleia de sindicato rural da Região do Chapare, sobre contribuições mensais e multa por falta em reuniões e terra ociosa, sobre controle da distribuição dos lotes pelos sindicatos rurais e ideologia igualitária. Refere a revolução de 1952, o registro cívico de 1961, o “*Juzgado da Villa Tunari*”, tribunal especializado em questões fundiárias, indicando o art. 171, inc. II da Constituição da Bolívia, para o fundamento de personalidade jurídica do sindicato rural camponês e o art. 166 da Constituição da Bolívia, para o trabalho como fonte fundamental para a aquisição e a conservação da propriedade agrária¹⁹⁷ (SOUSA, 2010).

Sobre mudança do art. 27 da Constituição do México, a venda dos títulos de propriedade e o desaparecimento das propriedades comunais escreve Carmen Cordero Avendaño de Durand¹⁹⁸ (DURAND, 1999, págs. 21-30). O inc.VII do art. 27 prevê lei protetora das terras dos grupos indígenas. A lei agrária regulamentadora mantém as terras comunais inalienáveis e permite-se a mudança de regime ejidal para comunal. A queixa dos indígenas era a criação

¹⁹⁵ Veja também, sobre intervenção do Ministério Público Federal: VIEIRA, Isabel Cristina Groba. *Terras de ocupação tradicional da comunidade guarani de Itaoca*. Boletim dos Procuradores da República, ano II, n. 17, setembro de 1999.

¹⁹⁶ SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n. 73, junho de 2010. Disponível em: www.scielo.br Acesso em: 10/01/2011. O termo tradicional denota herança coletiva supostamente transmitida de forma pouco modificada. Normalmente é utilizado em sentido a-histórico. TAMBIAH, 1972, pág. 55 apud PEIRANO, 1983, pág. 103, Op. Cit.

¹⁹⁷ SOUSA, 2010, Op. Cit.

¹⁹⁸ DURAND, Carmen Cordero Avendaño de. *Comunidades indígenas sin tierra*. In: CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordóñez (Coord.) *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, VIII Jornadas Lascasianas, UNAM, México: 1999, págs. 21-30.

de *ejidos* no lugar das comunidades indígenas, resta saber se a tentação de venda dos *ejidos* prevalecerá sobre a transformação em propriedades comunais¹⁹⁹ (RIVERA, 1994, págs. 480-482).

Paulo Ferreira da Cunha narra o empréstimo de livros e discos em seu âmbito familiar, afirmando haver desresponsabilização quanto aos vídeos, aos dvds, consignando, em perspectiva etnocêntrica:

“a propriedade coletiva acaba por se tornar travão de desenvolvimento, empecilho e forma jurídica caduca face ao homem concreto, com suas características mais realistas. As coisas clamam por dono e na propriedade colectiva, sendo tudo de todos, ou acaba por não ser de ninguém, deixando as coisas ao Deus dará (...), ou se termina por estabelecer uma outra propriedade, de facto, de uns tantos, que em nome dos outros usufruem, nem sempre porque das coisas curem, mas porque delas, burocraticamente, se apossam”²⁰⁰,
(DA CUNHA, 2005, pág. 324).

Sobre a etimologia do indo-europeu *pot-sedere* deriva a *possidere*, sendo *propius*, adjetivo e *propietas*, substantivo. Alude o usucapião com necessidade de dono atual ou posseiro atual.

¹⁹⁹ RIVERA, Maria Magdalena Gomes. *El derecho indígena en el marco de la negociación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el Gobierno Federal* In: GAONA, Hector Tejera (Coord.) *Antropología Política. Enfoques Contemporáneos*. INAH, Plaza y Valdes, México: 1994, pág. 480.

²⁰⁰ DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Da propriedade: arqueologias e teorias (memória de uma lição jurídico-humanística a um curso de pós-graduação em direito fiscal)* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II, Coimbra, Coimbra: 2005. Este autor refere Orlando de Carvalho para estudo de direitos reais.

Indica a função social da propriedade em São Tomás de Aquino, sobre o poder de administrar, o poder de distribuir e o poder de uso, inclusive em comum; a propriedade como roubo e princípio das instituições em Proudhon; a propriedade como condição de liberdade em John Stuart Mill; a propriedade como origem da desigualdade em Rousseau; a propriedade fundada no trabalho em John Locke; a teoria do domínio eminente do Estado sobre a propriedade em Hugo Grotius; a ocupação, a posse e o reconhecimento estatal em Puffendorf; a propriedade como mito em Marx; e a propriedade como “*garantia da externalização da liberdade individual no mundo*” ou quando “*a vontade da pessoa transportada para sua propriedade torna esta parte de si própria*”²⁰¹ em Hegel²⁰² (DA CUNHA, 2005, pág. 336)

Sobre a propriedade coletiva, sua titularidade e gestão, “*o pluralismo jurídico que vem da Idade Média*” escreve José Casalta Nabais: os *baldios* em Portugal, art. 82, n. 4, alínea c da Constituição de Portugal e Lei n. 68/93, Acórdãos n. 325/89 e 240/91, de titularidade e gestão da comunidade local, com necessidade de elaboração de planos de utilização; os *bienes comunales* em Espanha, art. 132, n. 1 da Constituição da Espanha, Lei n. 55/80, Ley de Bases del Régimen Local de 1985 e Reglamento de Bienes de 1986, sobre aproveitamento dos terrenos e montes vicinais pela comunidade vicinal, com poderes de conservação e administração de associações de personalidade coletiva privada, com assembléia geral, junta de comunidade e presidente da

²⁰¹ DA CUNHA, 2005, Op. Cit. Pág. 336.

²⁰² Veja também: RITTER, Joachim. *Persona y propiedad. Un comentario de los §34 a 81 de los 'Principios de la Filosofía del Derecho' de Hegel*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez n. 22, España, Granada: 1982.

junta; os *biens seccionaux* em França, Lei n. 85-30 de 1985, relativa ao desenvolvimento e à proteção da montanha, gestão partilhada entre a comunidade política local e a comunidade cívica; e os *beni* ou *demani civici*, *beni* ou *demani colletivi*, *comunanze*, *partecipanze*, *consorterie* em Itália, com “domínios cívicos”, os direitos *in re aliena* e “propriedades coletivas com destinação pública”, Lei n. 1766 de 1927, com autonomia de gestão do domínio cívico, autoregulação, normas estatutárias e consuetudinárias²⁰³ (NABAIS, 2001, págs. 224-251).

O interesse fundamental nos baldios repousa na fruição de terras pelos habitantes ou famílias originariamente fruidoras, “*onde possam apascentar os gados ou colher lenhas ou frutos silvestres*”²⁰⁴ (SOARES, 1967 apud NABAIS, 2001, págs. 235 e 232)

Sobre a propriedade privada em Roma reporta o *ager divisus et adsignatus* e o lote de terras *non adsignatus*, sendo uma reservada ao Estado, *ager stipendiarius*, *scriptuarius*, e a outra, *ager compascuus*, com destinação comunitária local²⁰⁵ (SOARES, 1967 apud NABAIS, 2001, págs. 232 e 233).

A propriedade coletiva vem declarada do costume internacional:

“Artigo XVII 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.” Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

²⁰³ NABAIS, José Casalta. *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do civil law*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n. 61, Coimbra, Coimbra: 2001, pág. 224

²⁰⁴ NABAIS, Op. Cit.

²⁰⁵ NABAIS, Op. Cit.

Sobre titularidade de propriedade coletiva e manejo florestal comunitário escreve José Heder Benatti. Distingue a posse indígena - usufruto exclusivo de propriedade pública, art. 20, XI, C.F. - da posse agroecológica, forma coletiva de apossamento dos recursos naturais com trabalho familiar, consistindo o espaço físico familiar de: roça, casa, horta, sítio, capoeira (área de pousio para plantação de mandioca) e casa de farinha, sendo esta utilizada por mais de uma família e também como local de reunião; e a área de uso comum de: mata, com coleta de frutos, castanhas, cipós, madeiras, látex e caça de subsistência, propriedade comum pública no caso da Reserva Extrativista, da Reserva de Desenvolvimento Sustentável e do Assentamento Agroextrativista – concessão de direito real de uso, art. 189, C.F. - com uso e manejo comunitário por meio de concessão pública e administração compartilhada com o Poder Público por meio de conselhos deliberativos e propriedade comum privada no caso do quilombo²⁰⁶ (BENATTI, 2002, págs. 127-133) e do Assentamento com título de domínio, art. 189 C.F..

Assevera: “(...) a propriedade comum caracteriza-se pela existência de uma comunidade que tem uma ligação com um território determinado, cuja organização social e política está intimamente relacionada com as regras de uso e manejo dos recursos naturais renováveis, determinadas historicamente²⁰⁷” (BENATTI, 2002, pág. 141).

²⁰⁶ BENATTI, José Heder. *A titularidade da propriedade coletiva e o manejo florestal comunitário*. Revista de Direito Ambiental n. 26, ano 7, abril-junho, RT, São Paulo: 2002, págs. 126-151.

²⁰⁷ BENATTI, 2002, pág. 141

Propõe leitura diferenciada da posse agrária, com morada habitual, cultural efetiva, benfeitoria e módulo rural²⁰⁸ (BENATTI, 2002, pág. 132). As estradas de seringueiros constituem benfeitorias indenizáveis (TFR, ApCiv 66.112 – AC, 31.08.1981), igualmente as estradas de castanha e copaíba (BENATTI, 2002, pág. 134).

Refere a desapropriação por interesse social, a desapropriação para fins de reforma agrária e o usucapião coletivo, afirmando haver afetação social comunitária da propriedade comum pública, inalienável, imprescritível e impenhorável. O manejo florestal de uso múltiplo vem previsto no art. 15 da Lei 4.771/65 (Código Florestal) e Decreto 2.788 de 1998, para associações e cooperativas em áreas de até 500 hectares (BENATTI, 2002, pág. 146). O Brasil conta com Lei de Gestão de Florestas Públicas, Lei nº 11. 284/2006.

Para a propriedade comum pública, deve-se apresentar plano de manejo, com a descrição da posse e do uso das áreas pelas populações tradicionais, para serem regulados por contrato, arts. 27 e 23 da Lei 9.985/2000, Lei das Unidades de Conservação (BENATTI, 2002, pág. 149).

Para a propriedade comum privada²⁰⁹, para realização do manejo, requer-se licença ambiental. O modo de vida na terra comum como patrimônio cultural está previsto no art. 216, II, C.F.²¹⁰ (BENATTI, 2002, pág. 149).

²⁰⁸ BENATTI, 2002, Op. Cit. pág. 132

²⁰⁹ A propriedade comum difere do condomínio, havendo neste a noção de fração ideal correspondente à propriedade individual. Para posse coletiva, veja também: BENATTI, José Herder. *Posse coletiva da terra: um estudo jurídico sobre o apossamento de seringueiros e quilombolas*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal vol. 1 n. 1 (1997), Brasília: CJF, 1997, pág. 54-60. Para estudo do time sharing em condomínio, veja também: BUSATO,

Sobre propriedade comum e decisões da comunidade local, Antonio Carlos Diegues estudou a Reserva de Desenvolvimento Sustentável de Mampirauá, referindo as reservas pesqueiras de Pirajubaé (SC), Madira-Cananéia (SP) e Arraial do Cabo (RJ) para experimentação com novas técnicas de pesca, manejo e cultivo de organismos marinhos e pesquisa participativa entre associações locais, institutos de pesquisa, governo e sociedade civil²¹¹ (DIEGUES, 2004, pág. 234). O Código de Pesca responsável da FAO contempla a pesca artesanal.

A Lei 6.938/81 com definição de meio ambiente vem comentada por Cristiani Derrani. Refere os bens de uso comum, no direito administrativo, mares, ruas, estradas, praças, com necessidade de autorização, permissão ou concessão, em caso de uso anormal, e a expressão constitucional bem de uso comum do povo do meio ambiente ecologicamente equilibrado²¹² (DERANI, 2003, pág. 2821).

“(...) a disciplina jurídica da apropriação dos bens ambientais tem de conter um equilíbrio entre apropriação para fruição individualizada e o direito de fruição de toda coletividade²¹³” (DERANI, 2003, pág. 2822).

Multipropriedade. Nova forma imobiliária de uso comum. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da PUC RS, vol. 19 ano XX, Edipucrs, Porto Alegre: 1998, págs. 173-189. Como sugerido por Dalmo Dallari, remanesce como sugestão de pesquisa a composses, a função social da posse, o abandono, em direito civil, e a função social da propriedade pública. MOURA, Margarida Maria. *A diversidade dos modos de vida no meio rural brasileiro.* In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (org.), UFSC, Florianópolis: 1994, Pág. 103.

²¹⁰ BENATTI, 2002, Op. Cit. pág. 149

²¹¹ DIEGUES, Antonio Carlos. *A pesca construindo sociedades. Leituras em antropologia marítima e pesqueira.* NUPAUB-USP, São Paulo: 2004, pág. 234

²¹² DERANI, Cristiane. *Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade.* Revista de Direitos Difusos, Vol. 20 – Jul.Ago./2003, Esplanada-ADCOAS, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, pág. 2831

²¹³ DERANI, Op. Cit. pág. 2822

Refere a autora “*dimensões de apropriação*”: a detenção no direito de propriedade, a fruição como princípio da função social da propriedade e o direito de acesso ao conhecimento²¹⁴ (DERANI, 2003, pág. 2825).

Deve-se atentar para a possibilidade de restrição de patente e apropriação individual da propriedade intelectual coletiva. Escreve-se sobre a insuficiência do mecanismo de compensação no contrato de acesso e fundo específico de royalties de bioprospecção de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade²¹⁵ (SANTILLI apud LOPES 2002).

O tema da bioprospecção dos recursos genéticos e da informação do conhecimento tradicional associado no Brasil tem tratamento por Marcos Perez Messias e Werley Barbosa Leita, em análise dos incs. X e XI do art 7º da Medida Provisória nº 2.186-16/2001 e dos Decretos nºs 4.339/2002, 4.703/2003 e nº 5.459/2005, sobre o acesso e remessa de amostra de componente genético e conhecimento tradicional por entidades nacionais públicas ou privadas e a competência do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.

Discutem a natureza jurídica da autorização especial de acesso e remessa e o contrato de utilização de patrimônio genético e de repartição de benefícios, em referência aos atos negociais da Administração Pública, com inclinação para o

²¹⁴ DERANI, Op. Cit. pág. 2825

²¹⁵ LOPES, Camila Pessoa. *A propriedade intelectual nas comunidades tradicionais e indígenas*. Ius Navegandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2798>, acesso em: 08/08/2010.

entendimento de se tratar de licença administrativa²¹⁶ (LEITE & MESSIAS, 2008, págs.71-88).

A autorização significa ato administrativo unilateral e discricionário a facultar o particular o exercício de atividade com utilização do domínio público, consistindo a licença em ato administrativo unilateral vinculado por lei²¹⁷ (CRETELLA JÚNIOR, 2003, págs. 753-764)

O Brasil não ratificou o WIPO Performances and Phonograms Treaty, em que se protege no art. 2(a) a pessoa intérprete da expressão de folclore²¹⁸ (TEDESCHI, 2009, pág. 249).

Entende por bens culturais Andréa Alves de Sá as formas de ocupação territorial das comunidades de fundo de pasto, na Bahia, e o sistema faxinal, no Paraná, com espaços coletivos para criação de animais e plantio dos alimentos sem cercas²¹⁹ (SÁ, 2006).

Sobre a fronteira do gado solto, as áreas de pastagens, pontos d'água, e bens de livre acesso e uso, define Pedro Teixeira Diamantino os fundos de pasto

²¹⁶ LEITE, Werley Barbosa & MESSIAS, Marcos Perez. *Bioprospecção dos Recursos Genéticos e do Conhecimento Tradicional Associado no Brasil: Autorização ou Licença Administrativa?* In: MEDAUAR, Odete & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Revista de Direito e Política* ano V, vol. 16, janeiro a abril, Letras Jurídicas, IBAP, São Paulo: 2008, págs. 71-88

²¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Definição da Autorização Administrativa*. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 813, jul. RT, São Paulo: 2003.

²¹⁸ TEDESCHI, Patrícia Pereira. *A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore*. *Revista de Informação Legislativa* a. 46 n. 184, out./dez., Brasília: 2009. Questão a remanescer como sugestão de pesquisa é o do direito autoral coletivo.

²¹⁹ SÁ, Andréa Alves de. *Forma de ocupação da terra como bem cultural: estudo jurídico dos fundos de pasto da Bahia e sistema faxinal do Paraná*, 2006, disponível em www.conpedi.org, acesso em: 29/07/2010.

“expressão social de uma forma singular de ocupação, produção e gestão da produção da vida social de comunidades rurais sertanejas”, como patrimônio da comunidade “independentemente da situação fundiária oficialmente atribuída ao perímetro” com formas de acesso regrada pelo direito costumeiro do grupo social: a prática do agro-silvo-pastoreiro tradicional caatingueiro (DIAMANTINO, 2007, págs. 43 e 44).

No Sertão de Minas Gerais, relata-se uso em comum de terras nas chapadas, lugar de coleta de plantas medicinais, de corte de madeira para habitação e nascentes de água e terras sem registro cartorial em formato de pequenas parcelas controladas por famílias em grotas²²⁰ (MOURA, 1994, pág. 101).

Da “experiência vivida enquanto assessor jurídico do Movimento das Quebradeiras de Coco Babaçu²²¹” indica Joaquim Shirashi Neto o reconhecimento jurídico formal dos grupos sociais, sobre os modos de criar e de viver, das organizações multilaterais: ONU, OIT, UNESCO²²² (NETO, 2009, pág. 1). Comenta a expressão “sujeito de direito²²³” (MIAILLE, 1977 apud NETO, 2009, pág. 7), sua relação com o negócio jurídico²²⁴ (CARVALHO, 1981 apud NETO, 2009, pág. 6) e noticia a ADI 3239/2004 proposta no STF contra o

²²⁰ MOURA, 1994, Op. Cit. pág. 101. Margarida Maria Moura ressalta a importância da etnografia do direito costumeiro em face da imputação da dogmática civilista dos contratos inonimados.

²²¹ Veja também: DIAS, Luciene de Oliveira. *Mulheres de fibra: as estratégias das quebradeiras de coco no Tocantins como um marco empírico para o desenvolvimento sustentável*. Fundação Universidade Federal do Tocantins, PALMAS, TO: 2005, disponível em: www.dominionpublico.gov.br Acesso em: 10/01/2011.

²²² NETO, Joaquim Shirashi. *O dilema do direito em face da relação entre grupos sociais e mercado*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR, Encontro Nacional de Antropologia do Direito da Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009

²²³ NETO Op. Cit., pág. 7

²²⁴ NETO, Op. Cit., pág. 6

Decreto 4.887/2003 de identificação, reconhecimento, demarcação, titulação de terras remanescentes de quilombos.

Sobre o conflito²²⁵ *Lex mercatoria* e direitos humanos coletivos, pode-se inferir:

“A defesa incondicional do mercado e o reconhecimento dos grupos sociais marcam uma ambigüidade das ações governamentais, que propicia condições para o próprio desaparecimento desses grupos” (NETO, 2009, pág. 3).

O autor destaca a identidade coletiva com a juridicização de práticas tradicionais de grupos sociais: faxinalenses, no Estado do Paraná; comunidades fundos de pasto, no Estado da Bahia; e quebradeiras de coco, nos Estados do Maranhão, Tocantins e Pará.

Relata as parcerias entre empresas e as quebradeiras de coco, com a *“proibição da participação de seus filhos nas atividades extrativistas de coleta e quebra de coco”*, inclusive outras atividades extrativistas, como a coleta de açaí (NETO, 2009, pág. 9). Refere as Reservas Extrativistas da Política Nacional do Meio Ambiente, a Medida Provisória n. 2.186 de 23 de agosto de 2001, a regulamentar o inciso II do §1º e § 4º do art. 225²²⁶ da C.F., os arts. 1º, 8º,

²²⁵ Veja também: *Conflitos sócio-ambientais na Amazônia: sociedade e ambiente ameaçados*. Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional, 2008, disponível em: <http://bd.camara.gov.br>, acesso em: 10/01/2011 Para pesquisa em assentamentos, veja também: MACIEL, Marluse Castro. *O individual e o coletivo nos assentamentos: entre o ideal e o real*. In: FERRANTE, Vera Lúcia Silveira Botta & WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. *Retratos de Assentamentos n. 12*, UNIARA, Incra, Cnpq, Araraquara: 2009, Págs. 217-242

²²⁶ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: (...) II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas

alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4²²⁷ da Convenção sobre Diversidade Biológica, e a Medida Provisória n. 458 de 10 de fevereiro de 2009,

à pesquisa e manipulação de material genético (...) § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de recursos naturais.” Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Pode-se apontar a proposta de emenda da Constituição Federal para incluir no parágrafo 4º do art. 225, os biomas do cerrado e caatinga como patrimônio nacional, e o Projeto de Lei Federal do babaçu.

²²⁷ “Art. 1º Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação biológica da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado. (...) Art. 8º Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas (...) art. 10 Cada Parte deve, na medida do possível e conforme o caso: (...) c) Proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável (...) art. 15 1. Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional. 2. Cada Parte Contratante deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras partes contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção. 3. Para os propósitos desta Convenção, os recursos genéticos providos por uma Parte Contratante, a que se referem este artigo e os artigos 16 e 19, são apenas aqueles providos por partes contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção. 4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo. 5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da parte contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte. 6. Cada Parte Contratante deve procurar conceber e realizar pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos providos por outras Partes Contratantes com sua plena participação e, na medida do possível, no território dessas Partes Contratantes. 7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os artigos 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos artigos 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo. Art. 16 (...) 3. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que as Partes Contratantes, em particular as que são países em desenvolvimento, que provêem recursos genéticos, tenham garantido acesso à tecnologia que utilize esses recursos e sua transferência, de comum acordo, incluindo tecnologia protegida por patente e outros direitos de propriedade intelectual, quando necessário, mediante as disposições dos artigos 20 e 21, de acordo com o direito internacional e conforme os §§ 4º e 5º abaixo. 4. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para que o setor privado permita o acesso à tecnologia a que se refere o §1º acima, seu desenvolvimento conjunto e sua transferência em benefício das instituições governamentais e do setor privado de países em desenvolvimento, e a esse respeito deve observar as obrigações constantes dos §§ 1º, 2º e 3º acima.” Decreto 2519 de 16 março de 1998.

a dispor sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras da União, na Amazônia Legal (NETO, 2009). A lei n. 9.636 de 1998 dispõe sobre a Secretaria do Patrimônio da União e o cadastramento de ocupações. O Decreto-Lei n. 9.760 de 1946 dispõe sobre a cessão de imóveis e permissão de uso.

Deve-se destacar o art. 2º da Lei 1.959 de 2008 do Estado de Tocantins: “Art. 2º. *As matas nativas constituídas por palmeiras de coco de babaçu, em terras públicas ou devolutas são de livre uso e acesso das populações agroextrativistas, desde que as explorem em regime de economia familiar e comunitário, conforme os costumes de cada região*”²²⁸.”

Acerca de projeto de lei de equiparação do roubo-de-lenha-através-do-corte à colheita-de-pedaços-de-madeira-caídos-nas-florestas-à-beira-do-Reno-para-fazer-fogo-necessário-à-sobrevivência-do-camponês-alemão bem pontou Willis Santiago Guerra Filho, na Alemanha, o entrevero entre Karl Marx e Von Savigny: a lei não pode ignorar a “*natureza das coisas*” ou o direito costumeiro²²⁹ (GUERRA FILHO, 2001, págs. 38-39). O revogado Estatuto do Trabalhador Rural previa o respeito dos usos e costumes regionais²³⁰ (MOURA, 1994, pág. 102).

²²⁸ Disponível em <http://www.al.to.gov.br/legislação>, acesso em: 04/08/2010.

²²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. Saraiva, São Paulo: 2001, págs. 38-39. Remanesce como sugestão de pesquisa os usos e costumes do direito agrário.

²³⁰ MOURA, 1994, Op. Cit. Veja também: Lei n. 5.889 de 1973.

No Brasil, pode-se pesquisar a história da propriedade. Carlos Marés e Theo Marés narram a história do direito agrário brasileiro²³¹, sobre as sesmarias - concessões de terras desocupadas feitas pelo Rei, a Lei Imperial de Terras de 1950, sobre as terras públicas, as terras privadas e as terras devolutas, a Lei do Estatuto da Terra, as Leis nº 4.504/1964 e nº 8.629/1933, o Decreto nº 95.715/1988, a Medida Provisória nº 2.138/2001, referindo a faixa de fronteira, as terras públicas arrecadadas para fins de reforma agrária, as terras públicas sem destinação específica, as liminares contra ocupações coletivas em desconsideração com a função social da propriedade e com a violação de

²³¹ A Lei de Sesmarias foi promulgada no Reinado de D. Fernando, incorporada às Ordenações de D. Afonso V e foram disciplinadas no Livro IV, Título LXXXI das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título XLIII das Ordenações Filipinas e Livro IV, Título LXVII das Ordenações Manuelinas (SUEYOSHI, Tabir Dal Poggetto Oliveira. As sesmarias nas ordenações do Reino, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102, p. 695-711, jan./dez. 2007). As sesmarias foram revogadas pela Lei n. 601 de 13 de janeiro de 1850. Para compreensão da história da propriedade privada no Brasil: MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil. A gestação do conflito. 1795-1824*. Alameda, São Paulo: 2009; LIMA, Ruy Cirne. *Pequena História Territorial do Brasil. Sesmarias e Terras Devolutas*. 4ª Edição, Escola de Administração Fazendária, Brasília, DF: 1988; COSTA, Odah Regina Guimarães. *Constituições Brasileiras, Legislação e Terras Devolutas*, Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba: s. ed, 1987-1988. a. 24, n. 24, p. 153-191; ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Sesmarias e terras devolutas*. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003; BIGONHA, Ana Paula Ribeiro & COSTA, Luiz Henrique Manoel da. *A carta de Sesmaria Régia outorgada ao Senado da Câmara de Vila Rica aos 27 de setembro de 1711*, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004; FILHO, Eliardo França. *A adoção do princípio da função social da propriedade pela Constituição brasileira de 1946*, disponível em: www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf, acesso em: 04/08/2010; ZIMMERMAN, Artur. *Terra manchada de sangue. Conflitos agrários e mortes no campo no Brasil democrático*. Humanitas, São Paulo: 2010; e MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Teixeira de Freitas: da posse e do direito de possuir*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI n. 7, dezembro de 2005, disponível em: www.fdc.br, acesso em: 03/01/2011. Veja também: HOLSTON, James. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Sociais nº 21 ano 8, fevereiro de 1993, págs. 68-87. Veja também: BORGES, Marcos Afonso. *Escorço histórico das terras particulares*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro n. 27, Rio de Janeiro: 2007, pág. 45. Veja também: MORAIS, Fabíola Vianna. *Usucapião no direito romano*, Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro n. 27, Rio de Janeiro: 2007, pág. 205. Veja também: VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Renovar, Rio de Janeiro: 2005. Veja também: WALD, Arnoldo. *Usucapião de imóveis dominicais anteriormente ao Código Civil*, Revista de Direito Público n. 13, ano IV, julho-setembro, RT, São Paulo: 1970. Veja também: NASCIMENTO, Tupinambá M.C. do. *Introdução ao Direito Fundiário*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1985 e CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do direito fundiário brasileiro*. Iglu, São Paulo: 1999

direitos humanos, a necessidade de regulamentação do art. 1228, §§ 4º e 5º²³², Código Civil, a sugestão de usucapião administrativa, a Lei 9.985/2000, para reserva extrativista e reserva de desenvolvimento sustentável, a sugestão de indenização administrativa prévia para o trabalho escravo agrário no Brasil e a Medida Provisória nº 2.220/2001, a dispor sobre concessão de uso especial para fins de moradia²³³ (MARÉS & MARÉS, 2008, pág. 156-183).

Sobre o direito de conquista, presunção *juris et de jure* (PEREIRA, 1932, pág. 37 apud MELLO, 1944) terras devolutas, terrenos reservados às margens dos rios públicos e de marinha, escreveu Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em referência à Lei Imperial n. 601 de 18 de setembro de 1850, o Regulamento n. 1.318 de 30 de janeiro de 1854, o art. 16 da Lei n. 514 de 28 de outubro de 1848 para colonização, o art. 64 da Constituição de 1891 para disciplina estadual das terras devolutas, com menção às Leis 3.396 e 3.397 de 1888²³⁴ (MELLO, 1944).

Sobre a prescritibilidade de bens públicos antes do advento do Código Civil de 1916, e adoção da usucapião por *prescriptio longissimi temporis* pode ser referido o RE 75.144 do STF de 1973.

²³² “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...) §4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.” Código Civil de 2002, Novo Código Civil, Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília: 2005, pág. 223.

²³³ MARÉS, Carlos & MARÉS, Theo. *Direito Agrário e Igualdade Étnico-Racial*. In: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins De (Coord.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2008.

²³⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Reintegração, sem posse e sem domínio!* Publicação do Município de São Paulo, 1944

Sobre continuidade na posse e o percurso do gado, cabe referir passagem do Curso de Direito Romano:

“(...) é costume citar-se a situação das pastagens de verão e de inverno (‘saltus aestivi hibernique’), em que os romanos levavam o rebanho para a planície, durante o inverno, e para as montanhas, no verão (emigração ou transmudância). Desse modo o dono perde o corpus durante certo tempo e, no entanto, continua na posse animo solo, porque as terras não foram ocupadas por outrem, ou seja, a posse é conservada pela intenção (‘animo retinetur possessio’)²³⁵” (CRETELLA JR., 1970, Pág. 160).

A situação pode revolver a função social da propriedade pública, a função social da composesse, ou servir de costume local como referência para projeto de lei de terras comunais no Brasil, ao menos, no plano institucional, é de se conjecturar: registro do lugar, do saber e das expressões culturais, via Ministério ou Secretaria da Cultura, criação de Reserva de Desenvolvimento Sustentável, via Ministério ou Secretaria do Meio Ambiente, em caso de propriedade pública, titulação de domínio via Fundação Palmares e titulação de domínio e/ou cessão de uso especial via Ministério ou Secretaria de Desenvolvimento Agrário.

²³⁵ CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Forense, Rio de Janeiro: 1970

2.2.1 O direito costumeiro

Sobre *mores e consuetudo* falavam os juristas romanos, devendo antes passar pelo direito dos juristas, o *ius civile*, para então transformarem-se em direito consuetudinário válido nos tribunais. Com o jurista Hermogeniano e com as Constituições Imperiais, a *consuetudo* aparece como fonte de direito. Eram determinações legais sobre a vigência do direito particular e dos costumes locais. “*Tratava-se apenas da questão de saber em que medida o direito particular costumeiro deveria continuar vigorando e como deveria ser mantida a distinção em relação ao direito comum*”²³⁶ (EHRlich, 1986, págs. 336-338). Até a Constituição do imperador Constantino, certos costumes revogavam leis²³⁷ (BORGES CARNEIRO apud PINTO, 1982, pág.48).

Em Roma havia o *ius civile* derivado da Lei das XII Tábuas e as *leges*²³⁸ (SALDANHA apud FRANÇA, 1979, pág. 4). Os usos e costumes tinham a autoridade de revogar o direito escrito²³⁹ (I. I,2, 11: I. IV, 4,7; C.I. 17, 1,10; Novela LXXXIX, 15 e D.I, 3,32) (MOREIRA ALVES,1996, pág. 19).

²³⁶ EHRlich, Eugen. Tradução de René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. UnB, Brasília: 1986, págs. 336-338.

²³⁷ PINTO, Fernando. *A presença do Costume e sua força normativa*. Liber Juris, Rio de Janeiro: 1982, pág. 45

²³⁸ FRANÇA, Limongi R. (Coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito* n. 26, Saraiva, São Paulo: 1979.

²³⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Direito Consuetudinário*. Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 49, n. 188, julho/dezembro, Ministério da Justiça, Brasília: 1996, pág. 19.

Mores plural de *mos* vinha definido por Ulpiano: “*mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveterata*” (PINTO, 1982, pág. 52). De acordo com Justiniano, nas Institutas, o direito divide-se em escrito e não escrito (PINTO, 1982, Pág. 53). Para Ulpiano: o *usus* consistia em hábito de organizar e conduzir-se no convívio humano; o *mos*, em prática regular, constante e aceita; e o *consuetudo*, a consolidação definitiva²⁴⁰ (PAULINO JACQUES apud PINTO, 1982, págs. 53-54), havendo o que se nominava de *opinio juris et necessitatis* e o *consuetudo fori*, direito processual costumeiro²⁴¹ (PINTO, 1982, pág. 63).

Com o esfacelamento do Império Romano, surgem teorias na Europa (MACHADO NETO apud PINTO, 1982, pág. 45) sobre a prescrição dos costumes: dez anos se costume *secundum legem*, quarenta anos se costume *contra legem*, fazendo-se prova por meio de *inquisitio per turbam*, com turba constituída no mínimo por dez indivíduos, devendo-se inquirir, ao menos, duas turbas²⁴² (PINTO, 1982, pág. 45).

No período colonial português havia o costume propriamente dito, os foros locais, as façanhas – decisões dos juízes municipais, estilos da Casa de Suplicação²⁴³ (TRIPOLI, 1936, p.61 apud LIMA LOPES, 1996, pág. 70), dividindo-se por fidalgos, cleros, judeus, mouros e por locais, do reino e

²⁴⁰ PINTO, 1982, págs. 53-54

²⁴¹ PINTO, 1982, pág. 63

²⁴² PINTO, 1982, pág. 45

²⁴³ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Costume – redemocratização, pluralismo e novos direitos*. Revista de Informação Legislativa, ano 33, n. 130, abril/junho, Brasília: 1996, pág.70

jurisprudenciais²⁴⁴ (CAETANO, 1992, pág. 352 apud LIMA LOPES, 1996, pág. 70). Os costumes *praeter laegem* valiam decorridos dez anos e os costumes *contra legem* valiam decorridos quarenta anos, desde que não contrários ao bem comum ou à ordem pública²⁴⁵ (TRIPOLI, 1936, pág. 61 apud LIMA LOPES, 1996, pág. 70).

Com as Ordenações Manuelinas, no título 5 do Livro II, na ausência de lei, estilo ou costume do Reino, aplicava-se no que trouxesse pecado, o direito canônico e, no que não trouxesse pecado, as leis imperiais romanas, valendo as Glosas, como a Glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo, caso não houvesse opinião de doutor em contrário, e na falta de opinião de doutor, submetia-se ao Rei. Alterou-se a expressão das Ordenações Afonsivas “*costume antigamente usado*” por “*costume longamente usado*” nas Ordenações Manuelinas²⁴⁶ (MOREIRA ALVES, 1996, pág. 13).

No Brasil, o costume devia ter mais de cem anos e não contrariar a Lei de 18 de 08 de 1769, da época de Marques de Pombal, conforme Lei de 20 de outubro de 1823²⁴⁷ (MOREIRA ALVES, 1996, págs. 15). À partir de 1850, tem-se o Código Comercial e o Regulamento 738, devendo o costume ter mais de cinquenta anos, sendo substituído pelo Código de Processo Civil. O costume vem previsto na Lei de Introdução ao Código Civil²⁴⁸ (PINTO, 1982, pág. 46).

²⁴⁴ LIMA LOPES, 1996, Op. Cit. pág. 70

²⁴⁵ LIMA LOPES, 1996, Op. Cit. pág. 70

²⁴⁶ MOREIRA ALVES, 1996, Op. Cit. pág. 13

²⁴⁷ MOREIRA ALVES, 1996, Op. Cit. pág. 15

²⁴⁸ PINTO, 1982, pág. 46

José Roberto Marques aponta o art. 337 do Código de Processo Civil para a prova de direito consuetudinário, por meio de vistoria, testemunha e documento. Em matéria comercial, a prova faz-se por meio de Certidão da Junta Comercial, art. 13 do Decreto 41.825 de 15/04/1963²⁴⁹ (MARQUES, 2005, pág. 178). Deve-se agregar a prova pericial de costume jurídico por meio de parecer/laudo antropológico²⁵⁰ (SANTOS, 1994, págs. 19-30). A elaboração de questionários para pesquisa dos costumes jurídicos do sul da Eslováquia foi feita pelo croata Bogisic. Dedicou-se à “*ciência do direito popular*”, redigindo o código de bens de Montenegro²⁵¹ (EHRlich, 1986, págs. 354 e 355).

Relatam-se os costumes *secundum legem*, como havia em matéria de construção de tapumes, os costumes *praeter legem*, de caráter supletivo, como os previstos no art. 8 e 458 da Consolidação das Leis Trabalhistas e o art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil, e os costumes *adversus legem*, abrogatórios²⁵² (PINTO, 1982, págs.101-106), com admissão pelo decaimento por desuso da lei²⁵³ (BORGES CARNEIRO apud TRIGO DE LOUREIRO, 1861 apud MOREIRA ALVES, 1996, pág. 16). Há leis de papel sem consequência

²⁴⁹ MARQUES, José Roberto. *Costume*. NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Revista de Direito Privado n. 22, ano 6, abril-junho, RT, São Paulo: 2005 Págs. 153-183.

²⁵⁰ SANTOS, Roberto A. O. *Prova Pericial através de laudo antropológico*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994.

²⁵¹ EHRlich, 1986, Op. Cit. págs. 354 e 355

²⁵² PINTO, 1982, págs. 101-106

²⁵³ MOREIRA ALVES, 1996, Op. Cit. pág. 16

nas relações humanas, esquecidas, inclusive, pelo Legislador²⁵⁴ (REALE apud DA COSTA, 2000, pág. 742).

De acordo com Hans Kelsen, o costume pode produzir normas jurídicas se a Constituição o prever. É o chamado “*costume qualificado*”²⁵⁵ (KELSEN, 2006, pág. 10).

*“As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume – um costume qualificado como fato criador de Direito”*²⁵⁶ (KELSEN, 2006, pág. 10).

Art. 216, C.F: *“Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

I – formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas (...).”

2.2.2 Os quilombos

Denomina quilombo de propriedade particular especial Mariza Rios, com as características de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e

²⁵⁴ DA COSTA, Ana Letícia Abocater. *Direito e Costume*. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 773, março, RT, São Paulo: 2000. Veja também: RAO, Vicente. Capítulo 6 *Usos e Costumes como fontes de direito*. In: *O Direito e a Vida dos Direitos*, RT, São Paulo: 2004, págs. 279-289.

²⁵⁵ KELSEN, 2006, Op. Cit. pág. 10, Veja também: págs. 250-255.

²⁵⁶ KELSEN, 2006, Op. Cit. pág. 10

título coletivo de domínio em nome de associação, em análise do art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, C.F. aplicada à região norte do Estado de Espírito Santo.

“Na Jamaica, na Colômbia, no Suriname, no Haiti, nas Guianas, a presença quilombola é latente. No Suriname, a população quilombola chega a 12%, com forte interferência nas decisões do país²⁵⁷” (RIOS, 2006, pág. 71).

Relatam-se terras devolutas ocupadas por comunidades quilombolas e expropriadas em favor de Aracruz Celulose, com moradores expulsos e outros resistentes, por terem haver requerido legitimação ao Estado, *“atrocidade do processo”*, em pleno séc. XX^{258 259} (RIOS, 2006, pág. 73).

O quilombo consiste em instituição transcultural com contribuição de diversas culturas, lunda, imbangala, mbundo, kongo, wovimbundo²⁶⁰ (MUNANGA, 1996, pág. 59 apud RATTS, 2000, pág. 310 apud), havendo o conceitual colonial de habitação de negros fugidos, *“quilombolas, mocambeiros ou calhambolas”* (RATTS, 2000, pág. 312) e a denominada terra de preto, *“domínios, doados, entregues ou adquiridos, com ou sem formalização jurídica, a famílias de escravos²⁶¹”* (ALMEIDA, 1988, págs. 45-46 apud RATTS, pág. 315).

²⁵⁷ RIOS, Mariza. *Território quilombola: uma propriedade especial*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, janeiro-junho de 2006, pág. 71

²⁵⁸ RIOS, Op. Cit. pág. 73

²⁵⁹ Veja também: FERREIRA, Simone Raquel Batista. *Da fartura à escassez: a agroindústria de celulose e o fim dos territórios comunais no extremo norte do Espírito Santo*, Tese de Mestrado, Usp, São Paulo, 2002.

²⁶⁰ RATTS, Alecsandro J. P. *(Re)conhecer quilombos no território brasileiro*. Estudos e Mobilizações. Autêntica, Belo Horizonte: 2000, pág. 310.

²⁶¹ RATTS, Op. Cit. pág. 315

“A palavra *kilombo* é originária da língua banto *umbundo*, falada pelo povo *ovimbundo*, que diz respeito a um tipo de instituição sociopolítica militar conhecida na África Central, mais especificamente na área formada pela atual República Democrática do Congo (Zaire) e Angola²⁶²” (MUNANGA, 1996, pág. 58 apud RATTTS, 2000, pág. 310).

Os quilombos, além de instituição militar da África Central, constituem “*experiência coletiva dos africanos e seus descendentes, uma estratégia de reação à escravidão*” com contribuição indígena²⁶³ (REIS & GOMES, 1996, págs. 9-12 apud RATTTS, 2000, pág. 311).

Rafael Sanzio Araújo dos Anjos apresenta as principais situações das terras de remanescentes de quilombo, em estudo geográfico, de acordo com mapeamento, tem-se registro de 2.284 quilombos no Brasil²⁶⁴ (ANJOS, 2007, pág. 125). Sobre a questão espacial dos remanescentes de quilombos há: o contexto de fazendas falidas e/ou abandonadas; compra de propriedade por escravos alforriados; doação de terras para ex-escravos por proprietários; pagamento por serviços em guerras oficiais; terrenos de ordem religiosa deixados para ex-escravos; ocupações de terras sob o controle da Marinha do Brasil; e extensão de terrenos da União não cadastrados²⁶⁵ (ANJOS, 2007, pág. 123).

²⁶² RATTTS, Op. Cit. pág. 310.

²⁶³ RATTTS, Op. Cit. pág. 311.

²⁶⁴ ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Territórios étnicos: o espaço dos quilombos no Brasil*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.). *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais. O negro na geografia do Brasil*. Autêntica, Belo Horizonte: 2007, pág. 125

²⁶⁵ ANJOS, 2007, pág. 125

Alfredo Wagner Berno de Almeida aponta o art. 12 da Lei n. 236, de 20 de agosto de 1847 do Maranhão: “*Art. 12 – reputa-se-ha escravo aquilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho, ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais com casa ou rancho*”²⁶⁶ (ALMEIDA,1996, pág. 14).

Sobre o quilombo Frechal, reconhecido como reserva extrativista, pode-se inferir de petição do advogado Dimas Salustiano da Silva ao Procurador Geral da República, em nome da Associação dos Moradores das Comunidades Rumo-Frechal, o art. 229 da Constituição do Estado do Maranhão²⁶⁷ (SOCIEDADE MARANHAENSE DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS, 1996).

Destaca-se a competência do Ministério de Desenvolvimento Agrário, INCRA, de estudos técnicos e preparação de Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, cabendo ao Ministério da Cultura a assistência e acompanhamento nas ações de regularização fundiária, art. 2º, Decreto 4.883/2003²⁶⁸ (SAMPAIO, 2008, pág. 19). Sobre o critério de autoatribuição para identificação de remanescentes das comunidades de quilombos, refere-se o decidido no Superior Tribunal de Justiça, “STJ”, REsp 931.060-RJ, 2009²⁶⁹.

²⁶⁶ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quilombos: sematologia face a novas identidades*. In: Projeto Vida de Negro, Frechal Terra de Preto Quilombo reconhecido como reserva extrativista, São Luís, Maranhão: 1996, Págs. 11-19.

²⁶⁷ Sociedade Maranhense de Defesa dos Direitos Humanos. Projeto Vida de Negro. *Frechal Terra de Preto: Quilombo reconhecido como reserva extrativista*, 1996.

²⁶⁸ SAMPAIO, José Augusto Laranjeiras. *Terras de quilombo: direito territorial etnicamente diferenciado, reparação histórica e reforma*. In: SANTOS, Maria Elisabete Gontijo & CAMARGO, Pablo Matos. *Comunidades quilombolas de Minas Gerais no séc. XXI, história e resistência*. CEDEFES e Autêntica, Belo Horizonte: 2008, págs. 17-24

²⁶⁹ “Trata-se de REsp em que o cerne da questão é definir se a área da Ilha de Marambaia, no estado do Rio de Janeiro, caracteriza-se ou não como comunidade quilombola remanescente.

Rosa Elizabeth Acevedo Marin escreve sobre os quilombolas descendentes de índios e negros na ilha do Marajó, com vida de “*roceiros, extratores e pescadores*”²⁷⁰ (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 214) e a situação nos municípios de Soure, Salvaterra, Cachoeira do Arari, Gurupá, Muaná, Afuá, Chaves e Santra Cruz do Arari. “*Mocambos formados por índios e negros distribuíram-se em todos os quadrantes da ilha. (...) Quilombolas, indígenas e mestiços conseguiram ocupar as chamadas ‘sobras de terras’, fazendas e sítios abandonados*”²⁷¹(ACEVEDO MARIN, 2009, págs. 213 e 214).

Nesses municípios os povoados negros tem origens diferentes e há diversidade nas “*formas de acesso à terra, o que compreende ocupações, doações, posses registradas, compras e heranças*” (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 215). Há regime de usufruto das “*ilhas de vegetação, campinas, campos, várzeas, varja, igapós, igarapés, lagos e rios, enraizado nos sistemas de*

Ao prosseguir o julgamento, a Turma, entre outras questões, entendeu que a referida localidade caracteriza-se como remanescente de comunidade de quilombo, ao menos para fins de proteção possessória e garantia aos seus membros de não mais serem molestados pela União. Ressaltou-se que o conceito antigo de quilombos foi elaborado no decorrer do período da escravidão, que o Dec. n. 4.887/2003 prevê o critério de autoatribuição para identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e que há, nos autos, laudo elaborado pelo ente competente à época para identificação desses grupos, Fundação Cultural Palmares, afirmando que a comunidade da Ilha de Marambaia é remanescente de quilombos. Por fim, a autarquia atualmente com atribuição para realizar essa identificação expediu ato normativo em que consta a participação daquela fundação no processo. Ressaltou-se, ainda, que, conforme os autos, ficou comprovado ser o recorrente descendente de escravo fugido que eventualmente tenha ocupado aquelas terras. Logo, a referida área insere-se na regra do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim, a forma com que a União vem agindo ao tentar retirar da mencionada ilha moradores ancestrais, além de ser uma violação do texto constitucional, nada mais é que um modo de extermínio da comunidade étnica protegida por lei. Diante disso, deu-se provimento ao recurso. REsp 931.060-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17/12/2009.”

²⁷⁰ ACEVEDO MARIN, Rosa. *Quilombolas na ilha de Marajó: território e organização política*. In: ACEVEDO MARIN, Rosa & MENEZES, Marilda Rosa de & GODOI, Emilia Pietrafesa de. *Diversidade do campesinato: expressões e categorias* Vol. 1, Construções identitárias e sociabilidades, UNESP, São Paulo: 2009, Pág. 214.

²⁷¹ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. págs. 213 e 214

herança²⁷² (ACEVEDO & NOGUEIRA, 2007 apud ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 215).

Há avanço de fazendas com cercas elétricas e imobiliárias, por conta do turismo²⁷³ (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 215). “*Em Bacabal, a cerca da fazenda São Macário circunda o povoado e obriga os que moram dentro a reiventar a vida, sem liberdade, sem terras e sob ameaça permanente. As cercas construídas pela fazendeira são a prova de uma série de atos autoritários. Cada trecho cercado fecha o espaço do povoado, que fica encolhido e sem liberdade*”²⁷⁴ (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 216 apud ALMEIDA & SPRANDEL, 2003)

Houve compra de benfeitorias de antigos moradores, com destruição de casas, escolas, roças e construção de cercas²⁷⁵ (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 216).

Bacabal origina-se de terra de Nossa Senhora das Mercês, com uso comum regrado por normas específicas. A “*terra de santo*” resulta da “*desagregação de extensos domínios territoriais pertencentes à Igreja*”²⁷⁶ (ALMEIDA apud ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 219).

O povoado de Bairro Alto está fechado pela Fazenda Forquilha e a Estação Experimental da Empraba²⁷⁷ (ACEVEDO MARIN, 2009, pág. 222).

²⁷² ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 215

²⁷³ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 215

²⁷⁴ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 216

²⁷⁵ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 216

²⁷⁶ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 219

²⁷⁷ ACEVEDO MARIN, Rosa. Op. Cit. pág. 222

A degradação do modo de vida das comunidades quilombolas de Alcântara contrasta com o Decreto Legislativo n. 393/03, Acordo de Salvaguardas Brasil e Ucrânia, no Maranhão. Considera-se violação de direitos humanos o despejo forçado conforme Resolução 1993/77 da Comissão de Direitos Humanos da ONU²⁷⁸ (SAULE JR, 2003).

A respeito de Machadinha, comunidade de descendentes de escravos no município de Quissamã, RJ, e participação ativa de ONGs, jornalistas, pesquisadores, políticos locais e turistas, Javier Lifschitz designa o termo neocomunidade, sobre a reconstrução simbólica de territórios e saberes, sobre a cultura popular como “*nova categoria de commodities*”, voltada para o consumo de “*turistas ávidos por consumir ornamentos, cerimônias, símbolos e rituais*”, a “*reconhecer as criações populares, mas não as pessoas que as criam*”²⁷⁹, com diagnóstico de desarticulação comunitária, pelo desaparecimento da festividade de Nossa Senhora do Patrocínio (GARCIA, 2000 apud CANCLINI, 2003, págs. 111 e 112 apud LIFSCHITZ, 2006).

Refere o projeto “*Raízes do Sabor*” desenvolvido por ONG para recriar a comida típica dos escravos, projeto escolhido pela UNESCO, e dança do fado, antigamente dançado pelos escravos em festividades ou no descanso do trabalho, em que a Prefeitura confeciona roupas típicas com contratação de

²⁷⁸ SAULE JR, Nelson. *A situação dos direitos humanos das comunidades negras e tradicionais de Alcântara*. Relatório da Missão da Relatoria Nacional do Direito à Moradia Adequada e à Terra Urbana, Instituto Polis, São Paulo: 2003

²⁷⁹ LIFSCHITZ, Javier. *Neocomunidades no Brasil: uma aproximação etnográfica*. Antropolítica n° 20, 1º Semestre, EdUFF, Niterói: 2006, págs. 110, 111 e 114.

ONG para estilização da dança²⁸⁰ (LIFSCHITZ, 2006, pág. 115). Contrapõe os dispositivos técnicos do ensaio e do palco, próprio da espetacularização, em face do trabalho de interpretação e transmissão das tradições pelos mais velhos.

“Os doces, a dança, as ervas já não fazem parte do repertório de rituais, evasões ou sublimações do cotidiano que satisfazem ou acalmam a dor psíquica” (LIFSCHITZ, 2006, pág. 118). Os doces são feitos por encomenda em eventos da prefeitura ou ONG, o grupo de dança de fado recebe diárias e as ervas são para lojistas da Zona Sul do Rio de Janeiro²⁸¹ (LIFSCHITZ, 2006, pág. 118).

Com relação às senzalas, a prefeitura solicitou intervenção do IPHAN, com relatório de preservação, alguns moradores declararam-se indignados pela possibilidade de destruição de seus banheiros e abandono de conquistas tecnológicas²⁸² (LIFSCHITZ, 2006, pág. 127).

2.2.3 As comunidades indígenas e tradicionais

Sobre nacionalidade, etnia, tribo e mentalidade etnocêntrica escreve Julio César Olivé, sobre a dificuldade em distinguir etnia de nação, tribo de nação,

²⁸⁰ LIFSCHITZ, Op. Cit. pág. 115

²⁸¹ LIFSCHITZ, Op. Cit. pág. 118

²⁸² LIFSCHITZ, Op. Cit. pág. 127

posta a realidade social em movimento, repousando a distinção na subjetividade do investigador²⁸³ (OLIVÉ, 1993).

Escreve também sobre a soberania como atributo do Estado, história do México, mestiçagem cultural, natividade, política de integração nacional, igualdades política, econômica, social e lei especial indígena. Entende por metafísica a pergunta do que é ser índio, seja pelo critério da língua, seja pelo critério do território, como os grupos indígenas reduzidos pela legislação colonial a “*resguardos e congregaciones*”, as reservas estadunidenses, o apartheid sulafricano, considerando a organização de castas na Índia ser por nascimento e não território. Viveiros de Castro, igualmente, em entrevista ao Instituto Socioambiental, advertiu tratar-se a pergunta “*Quem é índio?*” de pergunta jurídica do Estado e não de pergunta antropológica. Entende, igualmente, a autenticidade como invenção da metafísica ocidental²⁸⁴ (CASTRO apud DARELLA & MELLO, 2011, pág. 173).

Para lei especial indígena, Julio César Olivé propõe direito à personalidade jurídica das comunidades indígenas e mestiças, com regime de direito público, como sindicatos, cooperativas e associações profissionais a distinguir-se das sociedades civis e mercantis²⁸⁵ (OLIVÉ, 1993).

²⁸³ OLIVÉ, León. *La igualdad jurídica*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 174

²⁸⁴ DARELLA, Maria Dorothea Post & MELLO, Flávia Cristina de. *Laudos antropológicos e sua contribuição ao direito*. In: COLCAÇO, Thais Luzia (org.). *Elementos de antropologia jurídica*. Conceito, São Paulo: 2011, Págs. 165-201.

²⁸⁵ OLIVÉ, Op. Cit. Págs. 185 e 186

Da Constituição do México pode ser referida a discussão em termos de regulamentação do art. 4º e art. 27, inc. VII, parágrafo primeiro, item 4, com a discussão do art. 133, “*ley suprema de la nación*”, para a Convenção 169 da OIT²⁸⁶ (RIVERA, 1994).

Sobre a natureza jurídica da comunidade indígena inclina-se Sonia Roges Jordy Barbieri para pessoa jurídica de direito privado (BARBIERI, págs. 59-74). Alude o termo comunidade indígena do art. 210, §2º e art. 232, C.F., o termo grupos indígenas do art. 231, §5º, C.F., o termo índios do art. 20, inc. XI, art. 231, caput e §§ 1º e 2º, C.F., o termo populações indígenas do art. 232, C.F. e o termo terras indígenas, art. 231, §3º e art. 67 da ADCT, C.F.²⁸⁷. (BARBIERI, 2008, págs. 60 e 61). Em São Paulo, reporta-se o Decreto nº 52.645, para o Conselho Estadual de Assuntos Indígenas. Houve proposta de personalidade jurídica dos povos indígenas para a Declaração Interamericana dos Direitos dos Povos Indígenas²⁸⁸.

Define-se comunidade como um conjunto de indivíduos a partilhar residencialmente habitat, com estratégias de sobrevivência comuns, com cultura comum. É o “*sentido de sobrevivência compartilhado*”²⁸⁹ (ROCHA, 2008, pág. 47).

²⁸⁶ RIVERA, 1994, Op. Cit.

²⁸⁷ BARBIERI, Sonia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Almedina, Coimbra: 2008.

²⁸⁸ *Séptima reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos*. Brasília, Brasil, 21 a 25 de marzo de 2006, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.255/06 rev. 1 25 marzo 2006

²⁸⁹ ROCHA, 2008, Op. Cit. pág. 47

O termo comunidade vem do uso feito pelas Comunidades Eclesiais de Base, trata-se de “*jargão popular*”, segundo Elisa M. Camarote, caracterizando-se pela proximidade geográfica com busca de melhorias de serviços, em contexto urbano, e pela proximidade geográfica com busca de titulação fundiária, em contexto rural²⁹⁰ (CAMAROTE, 2009, pág. 8).

Estuda as comunidades de fundo de pasto de Lages de Aroeiras, Bahia, “os *fechos de pasto, gerais, soltos, abertos, terra do bode solto, o umbu, a caatinga livre*” (CAMAROTE, 2009, pág. 12). Relata a luta por classificações (BOURDIEU apud CAMAROTE, 2009), se povos indígenas, quilombolas ou comunidades tradicionais e o critério de auto-atribuição de identidade da Convenção de 169, compreendendo-as como movimento social, em estudo etnográfico da família extensa com casamentos entre “*primos carnais*”, caracterizando-se pela conjugação de terras de herança – patrimônio de linhagem – com roças e quintais próximos às casas e terras soltas, com direito costumeiro de uso comum da terra solta: a pastagem comunitária na criação extensiva de caprinos e ovinos (CAMAROTE, 2009).

A Lei 9.985 de 2000 nos arts. 18 e 20 contempla a população extrativista com exploração sustentável dos recursos naturais, com agricultura de subsistência e criação de animais de pequeno porte²⁹¹ (BENATTI, 2002, pág. 136). O Decreto nº 6040 de 2007 institui a política nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais.

²⁹⁰ CAMAROTE, Elisa M. *Comunidades de fundo de pasto: afinal quem são seus habitantes?* Disponível em: www.ram2009.unsam.edu.ar Acesso em: 13/03/2011.

²⁹¹ BENATTI, 2002, Op. Cit.

A noção população tradicional do conservacionismo internacional aplicado ao campesinato amazônico, às sociedades caboclas, do Baixo Rio Negro, passa pela análise de Henyo T. Barreto Filho, a expressar conjunto de valores culturais coletivos relativos ao meio ambiente a orientar políticas ambientais²⁹² (BARRETO FILHO, 2006, pág 110).

Há o zoneamento de parques, com áreas com atividades permitidas e proibidas e a definição “*população tradicional*” surge no contexto de presença humana em áreas protegidas. O caboclo afigura-se a par da galeria de “*tipos humanos exóticos*”²⁹³ (BARRETO FILHO, 2006, pág. 130), dos caiçaras, caipiras, vargueiros, comunidade pantaneira, comunidade ribeirinha, os jangadeiros, o vaqueiro, o gaúcho, etc.

“O estabelecimento de uma tipologia de ‘personagens histórico-culturais’ leva à definição de grupos sociais segundo uma combinação de traços substantivos, restituindo, subrepticiamente, a noção de raça e, com esta, a idéia de um código natural no qual cada espécie ou tipo – diferenciado tanto no tempo quanto no espaço – ocupa uma posição biológico-cultural determinada numa escala evolutiva. Trata-se, portanto, de uma noção que, por um lado, conspira contra a autonomia destes grupos decidirem sobre o seu futuro frente às aspirações modernas de níveis de consumo e definição de bem-estar e, por outro, implica uma relação instrumental para com os mesmos, ao torná-los

²⁹² BARRETO FILHO, Henyo T. *Populações Tradicionais: introdução à crítica da ecologia política de uma noção*. In: ADAMS, Cristina & MURRIETA, Rui & NEVES, Walter (orgs.) *Sociedades Caboclas Amazônicas. Modernidade e Invisibilidade*. FAPESP, Annablume, São Paulo: 2006, 109-143

²⁹³ BARRETO FILHO, Op. Cit. pág. 130

*reféns de uma definição exterior de si próprios e do problema que vivem*²⁹⁴, (LIMA, 1997, apud NUGENT, 1997 e MURIETA, 1998 apud BARRETO FILHO, 2006, pág. 131).

Refere o Decreto n. 96.944/1988, Programa de Defesa do Complexo de Ecossistemas da Amazônia Legal, a Lei 7.735/1989, do IBAMA, o Decreto nº 98.897/1990, sobre reservas extrativistas, o Decreto nº 98.683/1990 da Reserva Extrativista do Alto Juruá, Acre, a Lei 9.985/2000, do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, o Decreto Estadual nº 32.412/1990, Estação Ecológica Juréia-itatins, a Resolução nº 11/1993 da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo e a Lei Estadual nº 293/1995 sobre a permanência de populações nativas em áreas de conservação, do Estado do Rio de Janeiro²⁹⁵ (BARRETO FILHO, págs. 132, 133 e 134).

Apona-se o contraste entre a vontade dos atores sociais locais e os interesses de secretarias, órgãos técnicos do Estado e ONGs²⁹⁶ (KOLHY, 2003, pág. 2797). Quanto à constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.985/2000 e os Decretos nº 9.927/1999, nº 4.340/2002 e nº 5.758/2006, Márcia Dieguez Leuzinger analisa a constitucionalidade da criação das unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em face dos direitos culturais²⁹⁷ (LEUZINGER, 2007, págs. 87-117).

²⁹⁴ BARRETO FILHO, Op. Cit. pág. 131

²⁹⁵ BARRETO FILHO, Op. Cit. pags. 132, 133 e 134

²⁹⁶ KOLHY, Lélío Marcos Munhoz. *Espaços territoriais, proteção ambiental e conflitos socioambientais – questionamento sobre a exclusão das populações tradicionais*. Revista de Direitos Difusos, Vol. 20 – Jul.Ago./2003, Esplanada-ADCOAS, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, págs. 2793-2799.

²⁹⁷ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Legalidade dos procedimentos de criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*. In:

Acerca da sobreposição de Unidades de Conservação, lei geral, em terras indígenas, lei especial, admite-se esta possibilidade “*desde que as restrições de seu uso não importem em obliteração do usufruto indígena*”²⁹⁸ (GAZOTO, 2006, págs. 171-172) e não haja transmissão da posse ao Poder Público.

Há presença indígena Guarani no Parque Nacional Aparados da Serra, no Rio Grande do Sul; Javaé no Parque Nacional do Araguaia, Ilha do Bananal; e Pataxó, Pataxó Hã-Hã-Hãe no Parque Nacional do Monte Pascoal, Bahia²⁹⁹ (ARAÚJO, 1999, pág. 16).

2.2.4 Os Relatórios de Identificação

A perícia antropológica pode ser judicial, como em circunstâncias atenuantes ou dirimentes em processos criminais³⁰⁰ (SAMPAIO SILVA, 1994, págs. 33-35). O Código Federal de Procedimentos Penais do México oferece a possibilidade de perícia sobre fatores culturais incidentes no delito³⁰¹ (RIVERA, 1994, pág. 464). A perícia antropológica pode ser judicial ou administrativa, como nos relatórios de identificação étnica para demarcação de terras.

MEDAUAR, Odete & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Revista de Direito e Política ano IV, vol. 14, julho a setembro, Letras Jurídicas, IBAP, São Paulo: 2007, págs. 87-117.

²⁹⁸ GAZOTO, Luís Wanderley. *Terras indígenas*. Universitas JUS, n. 13, págs. 155-172, jan./jun, Uniceub, Brasília: 2006.

²⁹⁹ ARAÚJO, Ubiracy. *A presença indígena nas Unidades de Conservação*. Advocacia Pública n. 8, 1999.

³⁰⁰ SILVA SAMPAIO, Orlando. *Circunstância Atenuante ou Dirimente. Compromisso Ético do Antropólogo* In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 33-35.

³⁰¹ RIVERA, 1994, Op. Cit. pág. 464

Para as terras de uso comum, relatam-se, na literatura antropológica, as terras de santo, as terras de preto e as terras de índio, não se devendo confundir estas com terras indígenas, pois havidas do regime de sesmarias, como os índios Gamela no Maranhão no séc. XVIII, habitadas por descendentes de indígenas, caboclos e caracterizada pelo direito costumeiro do trabalho familiar e uso comum dos palmerais, juçarais, cupuzais, buritizais, fontes, lagos, igarapés, reservas de palha, de madeira e de caça³⁰² (ANDRADE, 1994, pág. 95), com áreas preteritamente cultivadas, as capoeiras, e áreas cultivadas, com cerca comum, a “*roça de união, roça de junção, roça de sociedade*”, podendo somente o quintal da moradia ser apropriado e vendido³⁰³ (ANDRADE, 1994, págs. 95-98). A perícia antropológica pode reconhecer a composesse tradicional, a propriedade comum, o direito costumeiro e os terreiros de candomblé³⁰⁴ (PEREIRA, 1994, págs.77-78).

Os relatórios antropológicos de identificação étnica tem abordagem em Giovanna Bonilha Milano. A Portaria MJ 14/96, dispõe sobre normas para elaboração do relatório circunstanciado de identificação e o Decreto 1775/96 dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. O art. 17³⁰⁵ do Decreto 4.887/2003 prescreve às comunidades

³⁰² ANDRADE, Maristela de Paula. *Uma experiência de elaboração de Laudo Antropológico sobre uma situação de terra de índio no Maranhão*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 94-98.

³⁰³ ANDRADE, 1994, op. Cit. págs. 95-98

³⁰⁴ PEREIRA, João Baptista Borges. *O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 77-78

³⁰⁵ “Art. 17. *A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas*”, Decreto 4.887 de 20 de novembro de 2003.

quilombolas tituladas representarem-se por meio de associações civis³⁰⁶ (MILANO, 2009, pág. 2).

Refere as categorias “*estabelecimento rural*”, do IBGE, e “*imóvel rural*”³⁰⁷, do INCRA (MILANO, 2009, pág. 4) e clama pelo reconhecimento de outros registros de memória, história, território e identidade, na abordagem jurídica dos direitos étnicos, uma vez implicada a reconstrução da história oral, expressando a possibilidade de aplicação analógica dos direitos indígenas aos demais grupos étnicos, “*seringueiros, ciganos, ribeirinhos, cipozeiros, faxinalenses, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu, fundos de pasto, e tantas outras coletividades, em um rol não taxativo de sujeitos*”³⁰⁸ (MILANO, 2009, pág. 2). Relata conflito epistemológico entre a expectativa de objetividade e certificação da perícia judicial e administrativa e o exercício de construção da alteridade do grupo etnicamente diferenciado (MILANO, 2009, pág. 6). Viveiros de Castro entende o trabalho do antropólogo pela “*elucidação das condições de autodeterminação ontológica do outro*”³⁰⁹ (CASTRO, 2008 apud DARELLA & DE MELLO, 2011, pág. 273).

Ao antropólogo cabe a descrição da área imemorial, das terras de uso e ocupação necessárias à reprodução cultural do grupo. As ações demarcatórias sofrem impugnações judiciais: mandados de segurança, reintegrações de

³⁰⁶ MILANO, Giovanna Bonilha. *Ensaio sobre Direito e Antropologia nas demarcações étnico-territoriais: memória, território e oficialidade*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR, Encontro Nacional de Antropologia do Direito da Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009. Veja também: TESKE, Wolfgang. *Cultura Quilombola na Lagoa da Pedra Arrais – TO*, Ed. Senado Federal e MALIGHETTI, Roberto. *O quilombo de Frechal*. Ed. Senado Federal.

³⁰⁷ MILANO, Op. Cit. pág. 2

³⁰⁸ MILANO, Op. Cit. pág. 2

³⁰⁹ DARELLA & DE MELLO, 2011, op. Cit. pág. 273

posse e ações indenizatórias, como ocorrido com os indígenas transferidos/deslocados pela FUNAI da Amazônia para o Cerrado, Vale do Guaporé³¹⁰ (VALADÃO, 1994, págs. 36-41). Maria Hilda Paraíso ressalta a necessidade de teoria sobre história oral, para aferição de credibilidade a esta fonte de informação e a necessidade do uso da arqueologia³¹¹ (PARAÍSO, 1994, págs. 42-47).

Para Sylvania Caiubi Novaes, a produção do parecer/laudo antropológico consiste em ato político (NOVAES, 1994, pág. 68), considerando várias aldeias hoje constituírem cidades. *“É necessário avaliar, junto com os índios, qual a atitude a se tomar, se o objetivo é recuperar uma área perdida, reivindicar uma indenização pelas perdas ou uma outra área em local diverso³¹² (...)”* (NOVAES, 1994, pág. 70).

Há casos de demarcação, como os dos Kaxixó, MG (CALDEIRA, 2006 apud apud DARELLA & DE MELLO, 2011, pág. 174), e Kaingang, RS, a envolver miscigenação³¹³ (ALMEIDA, 2005 apud DARELLA & DE MELLO, 2011, pág.177). Atualmente a FUNAI deve adotar o critério da autodeclaração étnica, a consciência de identidade tribal, conforme art. 1 da Convenção 169 da OIT.

³¹⁰ VALADÃO, Virginia. *Perícias Judiciais e Relatórios de Identificação*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, Págs. 36-41.

³¹¹ PARAÍSO, Maria Hilda B. *Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 42-47.

³¹² NOVAES, Sylvania Caiuby. *Laudos antropológicos: algumas questões e inquietações*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs.67-70

³¹³ DARELLA & DE MELLO, 2011, Op. Cit. págs. 174 e 177

A Corte interamericana de direitos humanos obrigou a adoção de medidas legislativas e administrativas para a titulação coletiva de terras tradicionais no caso Comunidade Moiwana, Suriname³¹⁴ e considerou desproporcional a demora de edição de decreto de reconhecimento de personalidade jurídica, no caso Comunidade Indígena Yakye Axa, Paraguai³¹⁵, considerando haver violação ao direito de propriedade, com menção aos artigos 62 a 65 da Constituição do Paraguai³¹⁶, e no caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa, Paraguai³¹⁷.

2.2.5 Patrimônio Cultural

Por grupos sociais a desenvolver e manter identidade social comum entende-se o que a antropologia denomina de grupo étnico. *“Esse grupo tem uma*

³¹⁴ RAMÍREZ, Sergio García (Coord.). *Caso de la Comunidad Moiwana, Suriname*. La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 168.

³¹⁵ RAMÍREZ, Sergio García (Coord.). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Paraguay*, La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 191

³¹⁶ *“Artículo 62. De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo. Artículo 63. De la identidad étnica . Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Artículo 64. De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos. Artículo 65. Del derecho a la participación. Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales.”* Constituição Nacional da República do Paraguai, disponível em www.leyes.com.py, acesso em: 05/08/2010.

³¹⁷ RAMÍREZ, Sergio García (Coord.). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Paraguai*. La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 204.

identidade, é dizer, reconhece-se como um nós em contraste com os outros”
(BATALLA, 1993).

Guillermo Bonfil Batalla parte de categorias de cultura, patrimônio cultural, identidade étnica e grupo étnico para esclarecer a noção de controle cultural³¹⁸.

Questiona sobre o que repousa a identidade étnica das formações sociais históricas: herança, forma de organização social, conhecimentos, símbolos, expressões e valores. Reflete sobre o manejo do patrimônio cultural³¹⁹.

“(...) estes elementos culturais não são como uma caixa de sapato, em que se mesclam arbitrariamente elementos de distintas procedências, mas estão articulados e tomam significação porque o grupo desenvolve uma cultura, e basicamente a cultura é uma matriz cultural, é dizer, um plano geral a permitir ordenar, valorar e hierarquizar também os elementos culturais materiais ou imateriais formadores desse patrimônio cultural exclusivo do grupo”³²⁰
(BATALLA, 1993).

Cada grupo reclama o direito de tomar decisões sobre os elementos culturais componentes do patrimônio cultural, em situação de contato assimétrico, de relação interétnica, em condição conflitiva e de dominação, à exceção de

³¹⁸ BATALLA, Guillermo Bonfil. *Implicaciones éticas del sistema de control cultural*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 190

³¹⁹ Veja também: LEAL, Luis Augusto Pinheiro. *A política da capoeiragem: a história social da capoeira e do boi-bumba no Pará republicano (1888-1906)*, Edufba, Salvador: 2008 e VIEIRA, Sergio Luiz de Souza. *Da Capoeira como patrimônio cultural*, Doutorado, PUC SP, São Paulo: 2004.

³²⁰ BATALLA, Op. Cit. Pág. 191

algumas situações da selva amazônica. Contextualiza o controle do patrimônio cultural em virtude das relações de dominação interétnicas.

O grupo dominado perde capacidades de decisão em âmbitos da vida, da cultura, do cotidiano e do cerimonial, com decisões sobre estes aspectos tomadas pelo grupo dominante.

Vale-se das técnicas de agricultura, a terra e os recursos utilizados, a medicina tradicional de comunidade indígena e camponesa tradicional, as festas e feiras populares, por um lado, e de outro, a escola, a clínica, o *stand* de cervejaria com show de rock, para introduzir as noções de elementos culturais próprios e elementos culturais alheios, referindo a apropriação cultural, como o arado na agricultura e a gravação de músicas e festas, e a expropriação cultural, a imposição cultural, como o *stand* de cervejaria em festa popular, a resistência cultural, e também o processo de exclusão e negação cultural como “*a proibição de certos aspectos e certas práticas próprias da cultura dominada*”³²¹ (BATALLA, 1993).

Sobreleva mencionar o esquema teórico interpretativo das relações interétnicas proposta pelo autor, subjacente ao juízo de valor de que todas as culturas são legítimas e à defesa ao direito ao livre exercício do patrimônio cultural em constante atualização.

³²¹ BATALLA, Op. Cit. Págs. 193, 194 e 196.

Para a situação de contato cultural assimétrico, para a situação de dominação, entende haver o âmbito de cultura autônoma com elementos culturais e decisões culturais do grupo; o âmbito de cultura apropriada em que as decisões são próprias do grupo, porém os elementos culturais não o são; o âmbito de cultura expropriada em que os elementos culturais são próprios, mas as decisões são alheias; e o âmbito de cultura imposta em que os elementos culturais e as decisões culturais são alheias ao grupo³²² (BATALLA, 1993).

A construção da teoria constitucional de proteção dos bens culturais e a concepção da Constituição como cultura estão em Peter Häberle. Discorre sobre a percepção da humanidade no Estado Constitucional.

Peter Häberle compara a proteção constitucional com a proteção universal dos bens culturais, as Convenções da UNESCO de 1970 e 1972 de patrimônio cultural comum da humanidade. Refere o direito de guerra em matéria de bens culturais³²³ (TUNER, 1991 apud HÄBERLE, 1998, pág. 11), em particular as Convenções de Haia sobre guerra terrestre de 1907 e 1954, e também o direito privado, o direito administrativo e o direito internacional público, apresentando estudo comparativo de Constituições.

Do direito alemão, destaca o acento educacional da Constituição de Brandemburgo de 1992, em referência aos arts. 28 de *“promover a disposição para a paz e solidariedade na convivência das culturas e dos povos e a*

³²² BATALLA, Op. Cit. Pág. 195

³²³ HÄBERLE, Peter. *La proteccion constitucional y universal de los bienes culturales: un analisis comparativo*. Revista Española de Derecho Constitucional Año 18, Núm. 54, Septiembre-Diciembre, 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 1998, pág. 11.

responsabilidade em respeito à natureza e o ao ambiente” e 34.2, a dispor “os poderes públicos promoverão a vida cultural em sua pluralidade e o acesso ao patrimônio cultural. As obras de arte e os monumentos culturais estão sob a proteção do Land³²⁴” (HÄBERLE, 1998, pág. 15). Sobre paisagem, patrimônios histórico e cultural da nação, proteção de lugares, monumentos e objetos históricos, indica o arts. 9.2 e 24.6 da Constituição da Itália de 1947 e o art. 24.2 da Constituição Federal Suíça³²⁵ (HÄBERLE, 1998, pág. 16).

A conservação dos bens culturais do povo português consiste em princípio fundamental, de acordo com o art. 9.e da Constituição de Portugal de 1976, e deve contar com a colaboração de associações, art. 73.3., referindo o dever de todos de cuidar dos bens culturais, arts. 78.1 e 78.2d)³²⁶ (HÄBERLE, 1998, pág. 17). Dispositivo análogo encontra-se no art. 46 da Constituição da Espanha de 1978, assinalando competência concorrente, no art. 149.1.28, das Comunidades Autônomas, e a correlação das proteções ambiental e cultural, arts. 45 e 46³²⁷ (HÄBERLE, 1998, pág. 18 e pág. 30).

Sobre patrimônio cultural, este professor pervaga o art. 118 da Constituição Política do Peru de 1979, os arts. 57, 58, 59, 62 e 65 da Constituição da Guatemala de 1985, com destaque ao art. 57 desta, direito de participação na vida cultural, seguindo pelos arts. 172.1 e 172.4 da Constituição de Honduras de 1982, sobre a preservação do patrimônio cultural constituir dever de todos hondurenhos, os arts. 81.1, 81.2 da Constituição do Paraguai de 1992, a

³²⁴ HÄBERLE, Op. Cit. pág.15

³²⁵ HÄBERLE, Op. Cit. pág. 16

³²⁶ HÄBERLE, Op. Cit. pág. 17

³²⁷ HÄBERLE, Op. Cit. págs. 18 e 30

respeito do dever estatal de recuperação de bens culturais próprios no estrangeiro e memória coletiva da nação, e o art. 72 da Constituição da Colômbia de 1991, sobre bens culturais conformadores da identidade nacional³²⁸ (HÄBERLE, 1998, pág. 20).

A liberdade do indivíduo desenvolve-se a partir da socialização cultural, UNESCO e direitos humanos dependem do pluralismo cultural (HÄBERLE, 1998, págs. 32, 33 e 34).

Neste interregno, pode-se aportar às Convenções Internacionais. O Estado brasileiro ratificou a Convenção 169 da OIT pelo Decreto Legislativo n. 143/2002 e o promulgou pelo Decreto Presidencial n. 5051/2004, merecem leitura os arts. 1.2, 7.1, 8.1, 14.1 e 15.1³²⁹.

³²⁸ HÄBERLE, Op. Cit. Págs. 32, 33 e 34

³²⁹ “art. 1.2: A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida com critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

(...)

art. 7.1: Os povos interessados deverão ter o direito escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

(...)

art. 8.1: Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

(...)

art. 14.1: Dever-se-á, com isso, reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

(...)

Art. 15.1: Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.” Decreto 5051/2004

O direito à identidade cultural e o direito à proteção do patrimônio cultural estão previstos nos arts. 215, § 1º, § 3º, incs. I e V e 216, incs. I, II e § 1º da C.F.³³⁰.

O Decreto 3.551/2000 prevê o registro dos bens culturais imateriais pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, estabelecendo no art. 1º que o registro do patrimônio imaterial pode ser feito em quatro livros de registro: o dos saberes, o das celebrações, o das formas de expressão e o dos lugares. Inclusive, a Convenção para salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003 foi promulgada pelo Decreto n. 5.753/2006, estabelece a obrigação de reconhecimento internacional e recíproco do patrimônio cultural imaterial, devendo ser mencionados os arts. 2.1, 2.2 c) d)³³¹.

³³⁰ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

(...)

V – valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver (...)

§ 1º O Poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” Constituição da República Federativa do Brasil

³³¹ “Artigo 2: Definições

Para os fins da presente Convenção,

Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

A Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da UNESCO, promulgada pelo Decreto n. 6.177/2007 relaciona a defesa da diversidade cultural com o respeito à dignidade humana, ao estabelecer no art. 2: “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones³³²”.

O Decreto 13 de julho de 2006 estabeleceu a competência da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais e o Decreto n. 6.040/2007, que em seu art 3º³³³ define “povos tradicionais”, “territórios tradicionais” e “desenvolvimento sustentável”.

O “patrimônio cultural imaterial”, conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:

(...)

c) práticas sociais, rituais e atos festivos;

d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;” Decreto 5.753/2006

³³² A Declaração Universal da UNESCO sobre Diversidade Cultural de 2001, costume internacional, além de referir o pluralismo cultural no art. 2, relaciona a defesa da diversidade cultural com o respeito à dignidade humana em seu art. 4.

³³³ “Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se:

I – Povos e Comunidades tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II – Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e

III – Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras (...). Decreto n. 6.040/2007

Ainda pode ser mencionado o direito humano à participação na vida cultural, conforme o art. 15 § 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591/92 e o art. 14. 1 a) do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de São Salvador”, promulgado pelo Decreto 3321/99.

Sobre o procedimento de tombamento e a participação da comunidade, em referência ao art. 216, parágrafo 1º, C.F, ao exercício de direito de petição, art. 5º, inc. XXXIV, C.F. com pedido de proprietário ou qualquer pessoa, e o tombamento voluntário previsto no art. 6º do Decreto-lei 25/37, reporta-se o estudo de Elida Sá.

Para Sérgio de Andréa Ferreira o tombamento consiste em limitações e ingerência administrativa. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o tombamento constitui restrição sobre a propriedade privada. Lúcia Valle Figueiredo e Adilson Abreu Dallari conceituam como servidão administrativa. R. Reis Friede entende tratar-se de modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada. Para Paulo Affonso Leme Machado há regime jurídico de tutela pública. Para Hely Lopes Meirelles e Sonia Rabello de Castro, o tombamento constitui domínio público³³⁴ (SÁ, 1995, pág. 154).

Por sacrifício de direito, como a desapropriação e a servidão administrativa, com direito à indenização, com referência aos arts. 5, XXIII, XXIV, 23, III e 24,

³³⁴ SÁ, Elida. *Tombamento e Comunidade*. Revista de Direito da Defensoria Pública a. 6, n. 8, Rio de Janeiro: 1995, Págs. 147-159

VII e 170, III, C.F., posiciona-se sobre o tombamento Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁵ (MELLO, 2009, págs. 350-361).

Eduardo Tomasevicius Filho conceitua o tombamento por “*uma das formas pela quais é feita a proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural e natural. (...) O fundamento do tombamento é a função social da propriedade, que modificou o conteúdo do direito de propriedade, ao impor ao titular desse direito a harmonização de seu exercício com o interesse público, o qual está na preservação, implicando a produção de efeitos sobre o conteúdo desse direito, por meio de obediência aos deveres instituídos ao titular de direito*”³³⁶ (FILHO, 2004, pág. 233).

Refere a Lei nº 3.924/1961, sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei nº 6.292/1975, sobre tombamento de bens pelo IPHAN, e competência concorrente estabelecida no art. 24, incs. VII e VIII, C.F.³³⁷ (FILHO, 2004, pág. 234). Alude o art. 216, §5º, C.F., sobre documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, para o tombamento por meio de lei, e o Decreto-lei nº 25/37 e Lei 9.784/1999, para o tombamento por processo administrativo com respeito ao devido processo legal, o art. 246 da Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/1973 e a Ap. nº 7.377, Rel. Min. Castro Nunes, de 1943, do STF, sobre arguição de inconstitucionalidade de tombamento compulsório, e a Conferência de Haia de 1954, sobre proteção

³³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Tombamento e Dever de Indenizar*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo: 2009, págs. 350-361.

³³⁶ FILHO, Eduardo Tomasevicius Filho. *O tombamento do direito administrativo e internacional*. Revista de Informação Legislativa a. 41 n. 163 jul./set. Senado Federal, Brasília: 2004.

³³⁷ FILHO, Op. Cit. pág. 234

dos bens culturais em caso de conflito armado e o art. 11 da Convenção da UNESCO de 1972 relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, para inclusão em lista do patrimônio mundial³³⁸ (FILHO, 2004, págs. 236, 237, 240, 242 e 243).

2.3. Relativismo Cultural, Democracia e Política

Sobre a *epistémè* do século XVI discorre Edgard de Assis Carvalho, “*tentativa de assimilação compulsória*”³³⁹, (CARVALHO, 1997, pág. 140), sobre a universalização de co-presenças mitificadas, destacando três movimentos: “*um desejo primário de contemplação do outro, um desejo secundário de saber os segredos maravilhosos contidos no exotismo e um desejo explícito de dominar para civilizar e instituir a racionalidade instrumental na fisionomia do mundo*”³⁴⁰, (CARVALHO, 1997, pág. 141).

Externa sobre a ciência nova, a subjetividade metamorfoseante de si mesma, a pensar simultaneamente, a unidade e a diversidade, sobre a percepção

³³⁸ FILHO, Op. Cit. págs. 236, 237, 240, 242 e 243

³³⁹ CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho. *Estrangeiras imagens*. Pág. 139-151, In: CASTRO, Gustavo de & CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho & ALMEIDA, Maria da Conceição de. (org.) *Ensaio da Complexidade*, Sulina, UFRN, Porto Alegre, 1997.

³⁴⁰ CARVALHO, Op. Cit. Pág. 141.

transhistórica, falando em pensamento multidimensional e em bricolagem instaurativa, sobre experiência de estrangeiridade e questionamento da própria cultura.

“Ao vocabulário único, essa discursividade renovada conteria vários vocabulários oriundos de terrenos míticos, imaginais, históricos, inconscientes, numa espécie de bricolagem instaurativa capaz de recriar o outro e o mesmo³⁴¹” (CARVALHO, 1997, pág. 145).

A preocupação com os outros trata-se de pulsão pelo reconhecimento crítico de si através do assujeitamento valorativo do outro³⁴² (CARVALHO, 1997, pág. 139).

O antropólogo Viveiros de Castro, em conferência sobre diversidade cultural³⁴³, apresenta a etimologia da palavra interesse³⁴⁴, entre-ser, e a identidade cultural ser o resultado, conseqüência, e não a causa da diversidade, com base no

³⁴¹ CARVALHO, Op. Cit. Pág. 145

³⁴² CARVALHO, Op. Cit. Pág. 139

³⁴³ CASTRO, Viveiros de. *O Brasil como realidade e multiplicidade*. Conferência SESC Pinheiros, 21 de maio de 2009, São Paulo, SP, Seminário Identidade e Diversidade Cultural, para uma cultura da convivência do diverso, 19 a 21 de maio de 2009.

³⁴⁴ “interesse/ê/s.m. (sXV cf. FichIVPM) 1 aquilo que é importante, útil ou vantajoso, moral, social ou materialmente (um serviço de i. público) 2 estado de espírito que se tem para com aquilo que se acha digno de atenção, que desperta a curiosidade, que se julga importante (escutar com i.) (falta de i.) 3 qualidade daquilo que retém a atenção, que prende o espírito (um romance cheio de i.) 4 importância dada a alguma coisa (um assunto de i. capital) 5 atitude de benevolência para com uma pessoa e para com tudo que lhe diz respeito (mostrar i. pela saúde de alguém) 6 apego àquilo que só é vantajoso ou beneficia a si mesmo; vantagem pessoal (é incapaz de fazer algo que não seja por i.) 7 participação nos lucros dada ao empregado por um estabelecimento 8 lucro decorrente dos juros produzidos pelo capital GRAM a) dim. irreg.: *interessículo* b) a construção ter muito interesse em que foi consid.gal.pelos puristas, que sugeriram em seu lugar: importar-se que, tomar a peito que ETIM substv. Do v.lat.cl. *interest,erta,fuit,esse*’ importar, ser do interesse de; ver s(er);f.hist. sXV *interesse,sXV interesse, sXV ynterese SIN/VAR* ver sinonímia de impulso, lucro e antonímia de desleixo, desprendimento, indiferença ANT *desapego*;ver tb. sinonímia de desleixo, desprendimento e indiferença HOM *interesse* (fl. *Interessar*)” HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, Pág. 1633.

conceito de “*diferença relacionante*”³⁴⁵ (CASTRO, 2009, pág.1). A identidade é ao mesmo tempo individual e coletiva, pois “*dentro de determinados contextos e em relação a algo (alguém) é que percebemos uma identidade*”³⁴⁶ (KEMP, 2005, pág. 30).

A “*diferença diferenciante que se quer produzir, promover, favorecer*”³⁴⁷ (CASTRO, 2009, pág. 1) consiste em uma diferença diferenciada, “*estática, sedimentada em identidades separadas, embaladas e prontas para o consumo*”³⁴⁸ (CASTRO, 2009, pág.1). Narra o narcisismo e a identidade do consumidor, distingue a “*perseveração na diferença*” da “*preservação da identidade*”, sendo a diversidade de modos de vida expressão de uma “*diversidade de modos de nos relacionarmos com a vida em geral*” (CASTRO, 2009, pág. 1).

Este antropólogo fala em “*generosidade ativa*”, “*grandeza da imaginação*”, “*determinação política*” e “*paz criativa das diferenças*” (CASTRO, 2009, pág.1), e afirma o contrário da intolerância não ser a tolerância, mas o respeito, “*ter respeito é estabelecer uma relação*” (CASTRO, 2009, pág. 1), indicando a possibilidade de apropriação criativa da cultura alheia, para reforçar os valores mais importantes de nossa cultura.

Discorre sobre a tese dos dois Brasis, apresenta versão de um Brasil da expansão pela Amazônia e Cerrado, da fazenda de soja, gado, eucaliptos,

³⁴⁵ CASTRO, Op. Cit. Pág. 1

³⁴⁶ KEMP, Kênia. *Corpo modificado, corpo livre?* Paulus, São Paulo: 2005, pág. 30.

³⁴⁷ CASTRO, Op. Cit. Pág. 1

³⁴⁸ CASTRO, Op. Cit. Pág. 1

cultura country, agrotóxicos e transgênicos, de imaginação de desenvolvimento de Barretos a São Bernardo, de Barretos à FIESP, do petróleo, do minério, das montadoras de veículos, do consumo; e outro Brasil, de negros, migrantes nordestinos, índios, pobres, favelados, da floresta, do desenvolvimento sustentável com felicidade humana, da economia de energia, do cuidado com às águas, da reciclagem, da consciência de não ser Estados Unidos ou Europa, da agricultura doméstica, do pequeno produtor, do camponês, dos quilombolas e das minorias em geral, afirmando se tratar, embora um país mestiço e racista, de um Brasil da multiplicidade, de muitos Brasis (CASTRO, 2009, págs. 5, 8 e 9), propõe sociedade como arte das distâncias, com desenvolvimento de sensibilidade para potencial criativo da diferença fundadora da relação (CASTRO, 2009, pág. 1), concebendo a diversidade como valor vivificante, confirmam-se valiosas passagens de magistral conferência:

“A relação como respeito e o respeito como relação: isso traduz uma concepção do laço social não como mesmificação, assimilação, identificação pelas semelhanças, fusão de consciências unificadas em torno de um credo, um ideal, um país, ou qualquer outro avatar do Todo Transcendente” (CASTRO, 2009, pág. 1).

“(...) amar é respeitar o outro em sua irredutibilidade e eventualmente sua inintegridade³⁴⁹ (...)” (CASTRO, 2009, pág. 2).

³⁴⁹ CASTRO, Op. Cit. Pág. 2

“Para poder sê-lo; quero dizer, para poder ser eu, preciso desinteressar do eu e me interessar pelo que não é meu, pelo que não sou eu. Por isso, identidade é resultado e não causa da diversidade” (CASTRO, 2009, pág. 2).

“A vida vive da diferença; toda vez que uma diferença se anula, há morte. A diversidade é um valor superior para a vida; ela é a própria idéia de valor, é o valor de todo o valor³⁵⁰” (CASTRO, 2009, pág. 1).

Conta ser a construção do Brasil obra de violenta homogeneização cultural do território nacional, afirma o ser índio e o ser branco não se tratarem de jogo de soma zero, *“mas uma relação em que ambos os termos podem se reforçar em vez de enfraquecer mutuamente³⁵¹”* (CASTRO, 2009, pág. 12), cumprindo transcrever o dilema indígena de se apropriar da cultura do branco sem ter de engolir e se envenenar pela sociedade do branco, fazendo com que a tecnologia do branco sirva de alimento, aprendendo a separar o suco tóxico e os ingredientes venenosos antes de consumi-lo, como na mandioca brava³⁵² (CASTRO, 2009, Pág. 13). A 27ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia, 2010, teve por tema: *“Brasil Plural: Conhecimentos, Saberes Tradicionais e Direitos à Diversidade”*.

A reconfiguração do pensar desde a complexidade e a diversidade vem constatada em Xiomara Martínez Oliveros, ao tematizar o espaço público como espaço de confrontação e resolução de problemas coletivos e a política como

³⁵⁰ CASTRO, Op. Cit. Pág. 1

³⁵¹ CASTRO, Op. Cit. Pág. 12

³⁵² CASTRO, Op. Cit. Pág. 13

um “*modo específico de um ser-juntos humanos*”³⁵³ (RANCIERE, 1996, pág. 128 apud OLIVEROS, pág. 344, 2000), para questionar os critérios normativos de validade da esfera pública.

Com base no enfoque da “*política como luta por construir critérios de convivência*” (PELAYO, 1983, pags.1-4 apud OLIVEROS, 2000, pág. 345), questiona o modelo constitucional de vertente jurídico-institucional, da democracia formal, e de vertente sociopolítica, realizável através do exercício cidadão da opinião pública livre, plural e crítica (OLIVEROS, 2000, pág. 346).

Apresenta o consenso não como constituinte das relações entre indivíduos e coletivos em circunstâncias particulares, mas como um *telos* predeterminado, instaurado *a priori*, distribuído assimetricamente e desproporcionalmente às distintas particularidades coletivas (OLIVEROS, 2000, pág. 348). O lugar central do cidadão desaparece, dando lugar à uma idéia de Estado separado da Sociedade e à uma idéia de cidadania, reduzida à mediação formal entre Sociedade Civil e Estado, erigindo-se este como núcleo retor da integração societal (OLIVEROS, 2000, pág. 346).

O problema colocado consiste quando um grupo nacional não pode e não quer acordar com os limites consituídos pela moral para a livre efetuação de distintos planos de vida, das diversas formas de ser feliz e sentir-se livre (OLIVEROS, 2000, pág. 349).

³⁵³ OLIVEROS, Xiomara Marínez. *La política es lo político: el giro de pensar desde la complejidad y la diferencia*. Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología, Vol. 9, n. 3, Julio-Septiembre de, Asociación Venezolana de Sociología y International Sociological Association, Astro Data, S.A., Maracaíbo-Venezuela: 2000, Págs. 341-354.

Indaga sobre a convivência respeitosa da alteridade e sobre a democracia como associação e conflito, com o objetivo de reconfigurar o conceito de cidadania, para além de lista de direitos e deveres, em vista dos diferentes vínculos e pertencimentos sociais, crenças, normas e procedimentos, para então conceituá-la como condição efetiva de participar em, nesse sentido, fazer-se cidadão também significa fazer-se cidade: “*hacer la ciudad es la manera de hacerse ciudadano*” (THIEBAUT, 1998 apud OLIVEROS, 2000, pág. 352).

No debate sobre a crise da modernidade restam claros os limites de episteme com taxonomias cognitivas tradicionais de rasgos etnocêntricos, nacionalistas, racistas e sexistas, base da concepção da razão moderna, da idéia de tempo histórico e da idéia de progresso tecno-científico. Sugere diálogo empático com outras civilizações (OLIVEROS, 2000, pág. 343).

O pecado do poder e da dominação revela-se na aceitação retórica dos diferentes modos de vida, pois a aceitação implica o estabelecimento de normas de comportamento recíproco, com alusão a concepções particulares sobre justiça, sociedade justa, indivíduo, bem estar, felicidade, ao valor sobre a forma de vida e à autonomia política para definição dos direitos humanos (OLIVEROS, 2000, págs. 349 e 350).

Sérgio González Moena expressa os ideais de liberdade, governo do povo e igualdade da democracia na antiga Atenas estarem inalcançáveis “(...) *em um*

*mundo onde a brecha entre os que têm e os que não têm se alarga sem cessar; o governo do povo resulta uma ironia feroz em um mundo cada vez mais dominado pelos tecnocratas e especialistas de todos os tipos*³⁵⁴, (MOENA, 1997, pág. 230).

Com suporte em Edgar Morin, afirma a política depender da sociedade e sociedade depender da política: *“a tomada de consciência da convergência entre política e existência, seja esta pessoal ou coletiva”* (LECHNER apud MOENA, 1997, pág. 232).

Assume a complexidade da política na proposta de Edgar Morin, a antropolítica em face dos problemas da civilização: a lógica do *homo economicus*, a tecnificação da vida social, a monetarização das relações sociais e o desenvolvimento urbano, com possibilidades individuais de entretenimento, e correlativamente, com ruptura das antigas solidariedades, com sensação de solidão, indiferença, desamparo e mal-estar do viver. Pensa a política da crise da civilização (MOENA, 1997, págs. 234, 235, 236). O capitalismo desconfia do gratuito e reprime-o. Entende as sociedades baseadas em *“outras lógicas”* de existência em crise, com desestruturação cultural, social, familiar, com desemprego e empobrecimento, assumindo o Estado a função de solidariedade, *“ao estilo do ‘monstro filantrópico’ de Octavio Paz, isto é, de maneira impessoal e fria, anônima e tardia”* (MOENA, 1997, pág. 234).

³⁵⁴ MOENA, Sérgio Gonzalez. *A complexidade da política e a política da complexidade*. In: CASTRO, Gustavo de & CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho & ALMEIDA, Maria da Conceição de. (org.) *Ensaio da Complexidade*, Sulina, UFRN, Porto Alegre, 1997, págs. 229-240.

Para Sérgio González Moena a política deve integrar a dimensão mítica, “visto que o mito organiza uma cosmovisão e dá sentido à vida social”, sendo o pensamento complexo, “enorme esforço para saber ver, saber pensar, saber pensar o seu pensamento, saber atuar”, devendo este esforço trasladar-se para o campo político e para a reflexão sobre política (MOENA, 1997, pág. 239).

2.3.1 Relativismo Cultural e Filosofia do Direito

Por tese ética entende Roberto J. Vernengo o relativismo cultural em nível descritivo: “proposta normativa de duvidosa aceitabilidade lógica³⁵⁵”, por haver generalização indutiva da verdade empírica.

O esquema teórico utilizado na descrição confere distinta relevância aos dados recolhidos e considerada a distinção entre o enunciado do fato e a descrição, pode esta ser “apropriada, minuciosa, torpe, enganosa³⁵⁶”. Indica haver condicionantes sócio-culturais diversos e questiona a admissão de possibilidade de identificação de atos sociais pertencentes a culturas distintas ou a admissão de princípios morais traduzíveis. Não admite a separação entre fatos e valores³⁵⁷ (VERNENGO, 1993).

³⁵⁵ VERNENGO, Roberto J. *El relativismo cultural desde la moral y el derecho*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 153;

³⁵⁶ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 155

³⁵⁷ VERNENGO, Op. Cit. Págs. 156 e 157

Pelo Pacto da Organização das Nações Unidas, “ONU”, obriga-se o Estado a garantir o exercício do direito individual de participar da vida cultural de seu grupo, o direito individual de participar da vida cultural da comunidade a que pertence³⁵⁸, trata-se, para o autor, de “*valor puramente programático*”³⁵⁹, a ser compensado pelos deveres para com a comunidade³⁶⁰.

O direito de desenvolver e desfrutar a própria cultura cabe ao povo, atributo de grupo social. Refere a jurisprudência e o marco teórico aceito do direito a desfrutar e desenvolver a própria cultura diante dos restantes direitos internacionalmente protegidos, afirmando haver imprecisão nos instrumentos internacionais, com respeito à definição do sujeito adstrito a tais direitos e deveres, levantando dúvida sobre se todo grupo social discernível antropologicamente titula tais direitos, se qualquer minoria política ou religiosa conta com direitos de determinação da condição política e difusão de sua cultura, quando presentes atividades contrárias às decisões políticas do Estado³⁶¹(VERNENGO, 1993).

³⁵⁸ “Artigo XXVII 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.”

³⁵⁹ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 157

³⁶⁰ “Artigo XXIX 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.” Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

³⁶¹ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 159

Em comentário ao art. 231³⁶² da Constituição de 1988, questiona os direitos humanos dos indígenas dependentes da proteção e reconhecimento estatal³⁶³ (VERNENGO, 1993).

Sobre a jurisprudência brasileira ter permitido o homicídio ritual de membros de cultura tribal indígena, afirma haver discricionariedade do juiz, faculdade dos órgãos jurisdicionais, não necessariamente um dever exígível pelos membros do grupo indígena³⁶⁴ (VERNENGO, 1993)

Trata-se, para Roberto J. Vernengo, de circunscrever os códigos jurídicos e códigos morais incompatíveis, considerando o Estado não intervir no juízo moral da conduta individual não danosa a terceiros. Instituições educativas e

³⁶² “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

³⁶³ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 163

³⁶⁴ VERNENGO, Op. Cit. Págs. 164 e 165

religiosas renunciam a por em prática seus princípios morais em desobediência ao direito vigente do Estado, mantendo-se a crítica verbal e a resistência passiva³⁶⁵ (VERNENGO, 1993).

Compara pautas culturais de grupos minoritários com pautas morais individuais. Refere a atitude monista, em se tratando de como os Estados modernos aceitam a validade de normas criadas dentro de grupo social³⁶⁶ (VERNENGO, 1993). Indaga sobre como compatibilizar o respeito a decisões autônomas de terceiros, quando implicarem violação de direitos humanos, pretensamente universais³⁶⁷(VERNENGO, 1993).

Como sugerido por Roberto J. Vernengo, da autonomia moral das pessoas parte Carlos Pereda para afirmar o princípio do consentimento efetivo, considerando-se em quase todas as relações entre pessoas, grupos ou povos de tradições diferentes poder haver conflito entre formas de vida, como a modificação de horário de alimentação entre um americano e uma mexicana casados, consistindo em uma aceitação livre, tendo-se em vista não terem se casado sob o influxo de drogas ou ameaça de morte. Sustenta por ilegítima qualquer relação não fundada em um consentimento efetivo, apresentando oposição básica entre o consentimento efetivo e o consentimento hipotético, nominando de “*lógica regulativa*” o exercício da lógica do consentimento efetivo³⁶⁸ (PEREDA, 1993).

³⁶⁵ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 168

³⁶⁶ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 170

³⁶⁷ VERNENGO, Op. Cit. Pág. 171

³⁶⁸ PEREDA, Carlos. *Lógica del Consentimiento*. In: OLIVÉ, León. Ética y diversidad cultural, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 102

Discorre sobre o consentimento prévio e o consentimento coletivo mas não individual, do que derivam o consentimento efetivo e não efetivo, pontuando o consentimento prévio ao médico ou ao dentista e o consentimento coletivo mas não individual de indivíduo a consentir previamente em votação com aumento de taxa em associação e, ao depois, descumprir. Sobre o médico e o dentista, coloca em questão se o consentimento derivado consiste em um consentimento efetivo: *“até onde alcança o consentimento prévio com respeito à minha saúde? Quais são limites de ação próprios de um dentista ou de um médico³⁶⁹”* (PEREDA, 1993).

Afirma o silêncio modalidade tanto de consentimento efetivo, como de consentimento não efetivo, a depender da situação: política econômica implementada por governo e ausência de protesto, em contra ou a favor; representante político eleito com base em programa partidário e, diante de um problema em particular, justifica sua posição com base em consentimento hipotético de seus representados, com apontamento da imaturidade, da desinformação e da ausência como dados de interpretação para o consentimento hipotético. Refere como exemplo o professor contrário ao consentimento efeito de seus alunos adolescentes a proibir o fumo em sala, respaldando sua proibição: *“se meus alunos estivessem bem informados e atuassem de maneira racional consentiriam em não fumar³⁷⁰”* (PEREDA, 1993).

Discute John Stuart Mill, em referência à ação voluntária não danosa a terceiros e à ação involuntária, cuja classificação entende ser perigo

³⁶⁹ PEREDA, Op. Cit. Pág. 107

³⁷⁰ PEREDA, Op. Cit. Pág. 105

epistêmico, sustentando, inclusive, o direito de estar equivocado³⁷¹ (MILL, 1970 apud PEREDA, 1993).

Os argumentos em torno do consentimento hipotético podem constituir cheque em branco em favor do abuso de poder, havendo “*perigo epistêmico*”, não considera possíveis critérios de imaturidade, incompetência coletiva, desinformação ou irracionalidade. Alude o conceito de necessidade humana, posto algo considerado indispensável para viver bem em uma sociedade poder ser concebido com preconceito e indiferença por outra sociedade³⁷² (PEREDA, 1993). Afirma ter-se reprimido e exterminado pessoas em contraposição ao consentimento efetivo de grupos e povos, com condenação da diversidade cultural e do desvio individual³⁷³ (PEREDA, 1993). Sobre a lógica regulativa do consentimento efetivo, ressalta a interpretação das próprias necessidades de grupo ou pessoa ter precedência sobre a interpretação externa.

Acerca do princípio do respeito às autonomias culturais escreve Raúl Cervini, estribado em teoria normativa da cultura, o que resulta e mantém a experiência simbólica compartilhada, traduzindo o princípio do respeito às autonomias culturais “*na impossibilidade de se criminalizar condutas aceitas socialmente, em culturas minoritárias*”. A Lei penal “*não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito*³⁷⁴” (BARATTA, 1987 apud CERVINI, 1995).

³⁷¹ PEREDA, Op. Cit. Págs. 109-117

³⁷² PEREDA, Op. Cit. Págs. 114 e 115

³⁷³ PEREDA, Op. Cit. Pág. 126

³⁷⁴ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª Edição revista da tradução. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 1ª Edição, 1995, São Paulo, pág. 163.

Introduz o termos subcultura “*com conflitos abertos ou encobertos*” e valores compartilhados, aprendidos, adotados e exibidos com “*transcendência simbólica*” aos da cultura dominante, com concepção de norma antropológicamente fundamentada³⁷⁵(CERVINI, 1995).

Assume o tema importância em vista dos modelos de Códigos Penais Europeus aplicados na América Latina, com suporte em Zaffaroni³⁷⁶ (ZAFFARONI, 1984 apud CERVINI, 1995). Afirma o autor haver desencontro entre textos normativos e culturas nativas na América Latina, entre ideologia penal e realidade sociocultural, com conseqüências no campo dos direitos humanos das comunidades indígenas e outros agrupamentos sociais “*culturalmente diferenciados por sua história, origem, religião, isolamento geográfico e outras características que lhes são próprias*”³⁷⁷ (CERVINI, 1995).

Para além das minorias étnicas e a violação dos direitos humanos, arts. 2 e 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁷⁸, arts. 4, 14, 18, 26 e 27 do Pacto da ONU³⁷⁹ e arts. 1 e 12 da Convenção da OEA³⁸⁰, ingressa na

³⁷⁵ CERVINI, Op. Cit. Pág. 164

³⁷⁶ CERVINI, Op. Cit. Pág. 165

³⁷⁷ CERVINI, Op. Cit. Pág. 165

³⁷⁸ “Artigo II. 1 Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (...) Artigo XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.” Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

³⁷⁹ “Artigo 4º. 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações

que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer derrogação dos artigos 6º, 7º, 8º (parágrafos 1 e 2), 11, 15, 16 e 18. 3. Os Estados-partes no presente Pacto que fizerem uso do direito de derrogação devem comunicar imediatamente aos outros Estados-partes no presente Pacto, por intermédio do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham derogado, bem como os motivos de tal derrogação. Os Estados-partes deverão fazer uma nova comunicação igualmente por intermédio do Secretário Geral das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão. (...) Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião de justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) a ser julgada sem dilações indevidas; d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; e) a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável aos jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, e não-revelação do fato desconhecido em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país. (...) Artigo 18. 1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. (...) Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de

antropologia da pobreza³⁸¹ (LEWIS, 1961 apud CERVINI, 1995), tecendo considerações sobre a não compreensão de ilicitude de certas condutas e a proibição de outras, inclusive, em *villas miseria, cantegriles*³⁸² e favelas, posicionando-se pelo entendimento do erro de compreensão culturalmente condicionado e pelo reconhecimento da diversidade cultural. O contrabando assume o significado de meio vida e a delação premiada o significado distinto de alcagüete. Propõe a exclusão do marco normativo penal de proibições cujo cumprimento não se deve esperar em virtude de diferentes regras de minorias étnicas ou grupos sociais³⁸³ (CERVINI, 1995).

Versa sobre soluções da dogmática latino-americana: manutenção do princípio da igualdade perante a lei em relação aos indígenas; aplicação de sistema jurídico-penal específico para indígenas, com preceitos especiais para as características particulares dos indígenas para declaração de imputabilidade ou

outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente como outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua". Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, Decreto nº 592, 6.7.92.

³⁸⁰ "Artigo 1º. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (...) Artigo 12. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções." Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 1969, Decreto nº 678, 6.11.92.

³⁸¹ Op. Cit. Pág. 167

³⁸² Op. Cit. Pág. 179

³⁸³ Op. Cit. Pág. 180

individualização da pena de acordo com a culpabilidade; e erro de proibição, sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta, culturalmente condicionado, com recomendação de supressão de perseguição ou criminalização de grupos culturais ou religiosos, e respeito às regras de grupo cultural, com a ressalva do respeito à dignidade humana.

O erro de proibição invencível consiste na falta de “*internalização*” suficiente a permitir a compreensão da antijuridicidade³⁸⁴ (ZAFFARONI, 1985 apud CERVINI, 1995).

“(...) *um direito penal que não tenha a capacidade de servir como garantia externa da existência dos indivíduos integrantes de uma determinada comunidade, não será efetivo, mas, ao contrário, gerará permanentes tensões e conflitos sociais, que destruirão sua eficácia*³⁸⁵” (ZAFFARONI, 1985 apud CERVINI, 1995).

Sobre regionalismo cultural e lei penal, Estado Democrático de Direito, consciência dissidente, direito à diferença, identidade cultural e teorias penais escreve Enrique García Vitor, apontando devermos reconhecer a diversidade cultural e seu “*parente temático*”, a liberdade de consciência, como “*interessantes e conflitivos pontos de análise tanto para a filosofia jurídica, como para a criminologia, a política criminal e a dogmática penal*³⁸⁶” (VITOR, 1996).

³⁸⁴ CERVINI, Op. Cit. Pág. 176

³⁸⁵ CERVINI, Op. Cit. Pág. 177

³⁸⁶ VITOR, Enrique García. *Diversidad Cultural y Derecho Penal (Aproximación al Tema). Aspectos Criminológicos; Político-Criminales y Dogmáticos*. Revista Brasileira de Ciências

Ao direito constitucional remete o conflito de deveres jurídicos, “*a disjuntiva de cumprir com um dever da própria cultura e outro imposto por norma da cultura hegemônica*”³⁸⁷ (VITOR, 1996), justificando-se o exercício da liberdade de consciência de identidade cultural indígena. Indica, todavia, para o caso de objeção de consciência, a necessidade de previsão em lei da exclusão de punibilidade, destarte, conceitualmente destacando e conferindo sentido próprio ao erro de compreensão culturalmente condicionado, com alusão ao art. 15 do Código Penal Peruano de 1991³⁸⁸.

Aceita a solução proposta por Zaffaroni nos erros culturalmente condicionados obrados em defesa própria, justificação putativa, “*como os membros da cultura Ahuca, convencidos de que o homem branco sempre os matará enquanto os veja, devendo, deste modo, adiantar-se, matando-os*”³⁸⁹ (VITOR, 1996).

Ernesto Garzón Valdés considera o sistema político nacional relevante para a análise do problema da diversidade cultural e da violação da identidade coletiva de minorias, propõe crítica de formas de vida com substituição do termo identidade étnica por consciência étnica³⁹⁰ (BARTOLOMÉ, 1979, pág. 318 apud VALDÉS, 1993, págs. 41-59). Refere os dyaks, “*povo de caçadores de*

Criminais, ano 4, n. 15, julho-setembro de 1996, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, Págs. 22-38.

³⁸⁷ VITOR, Op. Cit. Pág. 30

³⁸⁸ “*Artículo 15. Error de comprensión culturalmente condicionado*

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena.” Código Penal Peruano, 1991.

³⁸⁹ VITOR, Op. Cit. Pág. 34

³⁹⁰ VALDÉS, Ernesto Garzón. *El problema ético de las minorias étnicas*. In: OLIVÉ, León. Ética y diversidad cultural, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, págs. 41-59.

cabeças”, em discussão sobre relativismo ético³⁹¹ (VALDÉS, 1993, pág. 45), com vinculação entre sistema moral e hábito social³⁹² (FIRTH, 1951, pág. 183 apud VALDÉS, 1993, págs. 38 e 39).

Julio Armaza Galdos arrola: a mutilação de cadáver; a mão de morto na chicha – milho fermentado – para melhoria de vendas; o cultivo e comercialização de folhas de coca por camponês; a *utjasiña*, Departamentos de Puno, Ayacucho e Huancavelica, Peru - o rapto de mulher com obrigação de relações amorosas por um ano, podendo haver casamento ou devolução aos pais, em caso de gravidez há a aplicação do *warmichakuy*, abandono do filho nascido de união frustrada nas cordilheiras; a agressão mútua de agricultores todo 15 de setembro da comunidade *Huaylluni* como forma de prognóstico a quem as colheitas favorecerá; três cortes do coro cabeludo de aguaruna adúltero, Alto Marañon; a superstição da falta de água com ausência de sacrifício humano em fonte de manancial com deficiente mental embriagado; a crença dos *trillizos* serem anticristo com justificativa de morte de recém-nascidos, a crença de morte de incestuosos ou monstruosos³⁹³; a lesão de contramalefício ao feiticeiro de quem se acredita enfeitizado, Pueblo de Huamanguilla, Ayacucho; o entendimento tácito de não se tratar de furto o apoderamento de animal utilizado com propósito de cura; e, em setores da coletividade aymara e quechua, a violência contra a mulher³⁹⁴ (GALDOS, 2003, págs. 31-38).

³⁹¹ VALDÉS, Op. Cit. pág. 45

³⁹² VALDÉS, Op. Cit. Págs. 37-62.

³⁹³ Veja também sobre o assunto: MEIRA, Silvio. *Os seres monstruosos em face do direito romano e do civil moderno*. Revista de Informação Legislativa v. 24 n. 96, out./dez. Brasília: 1987, págs. 315-22. Disponível em www.senado.gov.br

³⁹⁴ GALDOS, Julio Armaza. *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano. (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP)* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 43, RT, São Paulo: 2003, Págs. 31-38. disponível em www.scielo.org.br acesso em 10/01/2011.

Igualmente alude a colheita e a comercialização de folha de coca interpretado pelo Tribunal Superior Peruano como erro de compreensão culturalmente condicionado, quando destinado ao sortilégio e ao *chascar*. Refere Hanz Wezel acerca da teoria da adequação social, considerando por atípicas certas condutas, como alguns excessos produzidos nas festas de carnaval³⁹⁵ (WEZEL, 1977 apud GALDOS, 2003, págs. 41 e 42).

Clifford Geertz menciona o casamento espiritual (*ghost marriage*), a destruição ritual da propriedade, a felação iniciática, a imolação real e o sexo casual entre adolescentes, em artigo sobre relativismo cultural³⁹⁶ (GEERTZ, 1988, pág. 7).

Os esquimós praticam poliandria, o empréstimo da mulher quando a esposa está doente, senilicídio, invalidicídio, infanticídio, suicídio, consideradas as condições severas de trabalho e canibalismo, em casos de extrema falta de comida³⁹⁷ (HOEBEL, 2006, págs. 76 e 77).

Mercedes Manriquez Roque analisa o impacto da invasão de território na relação de gênero e o regime de distribuição de territórios entre famílias indígenas da amazônia peruana, podendo-se encontrar normas internas a dispor “*se uma mulher Yanesha contrai matrimônio com pessoa ribeirinha ou colono deve abandonar a comunidade*”, ao passo em se tratando de homem, este não perde a condição de comunero, podendo seguir vivendo na

³⁹⁵ GALDOS, 2003, Op. Cit. págs. 41 e 42.

³⁹⁶ GEERTZ, Clifford. Tradução por André Villalobos. *Anti-anti-Relativismo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais n. 8 vol. 3 out. de 1988, pág. 7

³⁹⁷ HOEBEL, E. Adamson. *The Law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. Harvard, Cambridge, Massachusetts, London, England: 2006, págs. 76-77.

comunidade³⁹⁸ (ROQUE, pág. 40). Entre os Awajun, não há proibição de casamento, porém o art. 57 do Regulamento Interno das Comunidades Nativas Aguarunas del Alto Mayo dispõe não caber aos não-aguaruna o direito sobre terras (ROQUE, pág. 40).

A antropóloga Carmen Junqueira pesquisou a mobilidade matrimonial, a troca de mulheres, a família, o casamento, a violência em contexto específico e a liberdade sexual dos Cinta-larga, classificando-os por “*namoradores*”³⁹⁹ (JUNQUEIRA, 2002, pág. 86).

Os homens a ocupar posição de “*dono de casa*” (*zabway*) esforçam-se em ter mais de uma mulher, tornando-se assim intermediário importante entre homens desejantes de obter esposa⁴⁰⁰ (JUNQUEIRA, 2002, pág. 83). Se a mulher resolve deixar o marido, em casamentos de curta duração e sem filhos, passa a integrar o processo de circulação através do pai ou irmãos para selação de nova aliança. Quando o marido cede diretamente a esposa para outro homem, obtém crédito⁴⁰¹ (JUNQUEIRA, 2002, pág. 83).

Há agressão à mulher em caso de desconfiança ou surpresa da mulher com forasteiro. Quando a mulher resolve fugir da aldeia com o homem, há desequilíbrio nos acordos recíprocos de aquisição de mulheres. “*Confirmada a transgressão, o homem ofendido mobiliza aliados e sai ao encalço dos fujões,*

³⁹⁸ ROQUE, Mercedes Manriquez. *Mujeres indígenas amazónicas y derechos territoriales. Chacarera n. 34, Especial: Aproximándonos a la realidad de las mujeres indígenas amazónicas*, págs. 40 e 41, disponível em www.flora.org.pe/pdfs/Chac34.pdf, acesso em: 05/08/2010.

³⁹⁹ JUNQUEIRA, Carmen. *Sexo e Desigualdade entre os Kamaiurá e os Cinta Larga*. Olhodágua, São Paulo: 2002, pág. 86.

⁴⁰⁰ JUNQUEIRA, Op. Cit. pág. 83

⁴⁰¹ JUNQUEIRA, Op. Cit. pág. 83

*firme na intenção de reaver a mulher e matar o raptor que, desse momento em diante, é qualificado como 'ladrão de mulher'*⁴⁰² (JUNQUEIRA, 2002, págs. 106 e 107)

Esta antropóloga pesquisou a situação da mulher Kamaiurá, com participação secundária em postos de prestígio e cerimoniais de pajelança, havendo normas e valores a limitar as relações sexuais em certas ocasiões, e no atinente às relações de gênero, afirma haver: “*áreas de comando próprias*”⁴⁰³ (JUNQUEIRA, 2002, pág.53), sendo na esfera doméstica e nas atividades rotineiras, em que recebe e passa conhecimentos tradicionais para “*ser dona do próprio corpo*”⁴⁰⁴ (JUNQUEIRA, 2002, pág. 52).

O status de casada não obriga relação momentaneamente não desejada, porque o sexo deve ser praticado como “*coisa prazerosa e compartilhada*”⁴⁰⁵ (JUNQUEIRA, 2002, págs. 51 e 52).

As mulheres fazem uso de ervas para evitar a concepção e garantir maior espaçamento entre uma gravidez e outra. Em caso de gestação indesejada, mulheres “*momentaneamente sem marido ou cujo marido esteve ausente por um período longo de tempo recorrem a práticas abortivas, que geralmente conjugam ingestão de drogas à base de ervas e massagens abdominais. Não há qualquer condição de se dar à luz uma criança sem pai, sem um homem que esteja legitimamente investido nesta tarefa. Em vista disso, tanto a mulher*

⁴⁰² JUNQUEIRA, Op. Cit. págs. 106 e 107

⁴⁰³ JUNQUERA, Op. Cit. pág. 53

⁴⁰⁴ JUNQUEIRA, Op. Cit. pág. 52

⁴⁰⁵ JUNQUEIRA, Op. Cit. págs. 51 e 52.

solteira como a casada orientam seu comportamento dentro do padrão da liberdade sexual culturalmente aceito, mas não transgridem as regras que regem a formação da família e a inserção da prole na estrutura social” (JUNQUEIRA, 2002, págs. 53 e 54). Quando os anticoncepcionais e as técnicas de abortamento falham, resta, mesmo sem seccionar o cordão umbilical, enterrar o recém-nascido com a placenta. *“O infanticídio é eticamente aceito como forma de impedir a sobrevivência daqueles sem lugar na sociedade”* (JUNQUEIRA, 2002, págs. 53 e 54). O mesmo procedimento é adotado com recém-nascidos defeituosos e com gêmeos, por razões míticas, temendo-se os gêmeos serem imagem terrena de Kwat e Yai, respectivamente Sol e Lua, netos de Mavutsinin, a réplica nascida em forma de gêmeos humanos, carente de poderes sobrenaturais, pode ameaçar ou destruir o equilíbrio que sustenta o mundo⁴⁰⁶” (JUNQUEIRA, 2002, págs. 53 e 54).

Em matéria de infanticídio também escreve Melissa Volpato Curi, sobre a *“análise diferenciada de cada cultura sobre o ato de levar à morte crianças recém nascidas*⁴⁰⁷” (CURI, 2009, pág. 12), diferenciando o *“direito individual à vida”* e o *“direito à vida de sujeitos coletivos”* (SEGATO, 2007 apud CURI, 2009), com alusão ao pluralismo jurídico.

“A mãe, considerando a rejeição da comunidade à criança parida, renuncia ao direito individual à vida da criança e legitima o direito coletivo da comunidade como garantia da ordem social” (CURI, 2006, págs. 12 e 13).

⁴⁰⁶ JUNQUEIRA, Op. Cit. págs. 53 e 54.

⁴⁰⁷ CURI, Melissa Volpato. *Os direitos humanos e os povos indígenas*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009, pág. 12

Com relação ao projeto de lei de 2007 de criminalização e supervisão de tribos indígenas, em leitura etnocêntrica, da prática do infanticídio, Karina Leão Rodrigues constata a ausência de representatividade dos povos indígenas no Congresso Nacional e alude a concepção de “*vida boa de se viver*” dos Suruahá e a não coincidência entre nascimento biológico e nascimento na esfera humana, a se dar com a socialização da criança na cultura do povo, dos lanomani, afirmando haver dissensos nos povos em que é praticado, sobre a escolha da mãe da ida da criança à aldeia ou permanência na floresta, fazendo referência às “*tomadas de decisões baseadas em valores locais*”⁴⁰⁸ (SEGATO, 2007 apud RODRIGUES, 2009, pág. 2).

Em oficina de direitos humanos com mulheres indígenas em 2002, em Brasília, Rita Laura Segato, além de referir o art. 8º da Convenção 169 da OIT sobre direito consuetudinário dos povos indígenas, afirma terem as mulheres indígenas recomendado “*pensar e sugerir maneiras de modificar os costumes que as prejudicavam*”⁴⁰⁹ (SEGATO, 2006, pág. 210). O desafio consiste na modificação de costumes com continuidade cultural.

⁴⁰⁸ RODRIGUES, Karina Leão. *Cidadania indígena e pluralismo jurídico: infanticídio em foco*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009, pág. 2

⁴⁰⁹ SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. MANA 12(1), 2006, pág. 210. Sobre desigualdade de gênero, veja também o capítulo I: BALANDIER, Georges. *Antropológicas*. Cultrix, São Paulo: 1976.

2.3.2 Universalidade e Relativização

Do paradoxo do universalismo trata Giacomo Marramao, “*algo em contraste com a doxa, com a opinião corrente e o sentido comum em torno ao universalismo*⁴¹⁰” (MARRAMAO, 1994).

Trata do caráter etnocêntrico, da lógica de identidade e de identificação do racionalismo ocidental moderno universalista, de sua promessa emancipatória justificadora das organizações e instituições políticas do ocidente.

Aponta para a irrupção de diferenças ético-culturais irreduzíveis, para o desnível cultural produzido pelo conflito entre valores e sua tradução existencial, em pensamento crítico sobre a chance e oportunidade de relançamento da democracia contemporânea⁴¹¹ (MARRAMAO, 1994).

Sobre os princípios liberdade, igualdade, fraternidade, entende por palavras proprietárias da realidade, por “*hiperreais*”, apontando haver dupla oscilação no pensamento pós-moderno entre uma hermenêutica da euforia e uma heurística do medo, entre intelectuais integrados e apocalípticos, havendo desafio neocomunitário.

⁴¹⁰ MARRAMAO, Giacomo. *Paradojas del universalismo*. *Revista Sociedad*. Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Fragmentación cultural y nuevas identidades, n. 4, mayo de 1994, Pág. 25.

⁴¹¹ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 27

Entende por etnocêntrico o dispositivo estratégico-instrumental do universalismo, as regras formais da democracia e sua razão comunicativa, seu ideal de diálogo racional, como forma civilizada de conversão do bárbaro e do infiel, com neutralização da alteridade⁴¹² (MARRAMAO, 1994).

Indica, no plano conceitual, um fundamento individualista para os valores da igualdade e liberdade, referindo a lógica moderna de autodecisão individual, a lógica nacionalista e a lógica de classe, questionando a conjugação entre universalismo e diferença.

No plano da experiência, indica uma coincidência entre a afirmação do universalismo moderno com a ruptura dos vínculos comunitários, com o “*desenraizamento universal*”⁴¹³ da modernidade capitalista, afirmando ser o modelo individualista, em oposição ao modelo holista, a base do princípio da igualdade⁴¹⁴ (DUMONT apud MARRAMAO, 1994). Entende o pertencimento a classe social como aporia insolúvel do universalismo, pois faz do laço social coágulo em face da fragmentação induzida pelo princípio individualista⁴¹⁵ (MARRAMAO, 1994).

Aponta para o fenômeno de resistência ao universalismo, a consistir em reivindicação de autonomia irreduzível de sujeitos parciais, a reivindicação de cidadania de indivíduos ou grupos culturalmente diferenciados, sejam reais ou

⁴¹² MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 29

⁴¹³ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 31

⁴¹⁴ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 31

⁴¹⁵ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 32

construídos de forma mitológica, como raça, etnia e *Volk*⁴¹⁶, com referência à crise de valores. Entende a doutrina do comportamento racional como veículo de colonização de outras culturas: o totalitarismo contemporâneo do universalismo individualista.

Indica a proposta do pluralismo cultural e da interação simbólica com busca de compreensão das conseqüências culturais da modernização diante dos problemas da exploração e da marginalização, terminando por chamar a democracia de comunidade paradoxal, *“comunidade dos que não tem comunidade”* (MARRAMAO, 1994).

“Nenhuma ética, nenhuma racionalidade do atuar forma-se sozinha, mas sim em um alvéolo de tradição e de linguagem: em uma palavra, em um simbolismo específico. Cada cultura, pois, dispõe de parâmetros próprios e de uma própria hierarquia de valores diversa das demais.” Postular o critério do comportamento racional como única medida constitui prova de cegueira do que faz humanos os seres humanos: *“a capacidade de diferenciar-se culturalmente”*⁴¹⁷ (MARRAMAO, 1994).

Sobre racionalismo ocidental, as identidades sociais premodernas e o risco de violência ou tendência xenófoba, racista, agressiva, demagógica e *“claramente irracional”* na afirmação da própria identidade sociocultural, com o resultado da aniquilação do outro e dos outros, escreve Mansilla. Estende-se a opinião no terceiro mundo dos direitos humanos, da filosofia racionalista, da ética do

⁴¹⁶ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 33

⁴¹⁷ MARRAMAO, Op. Cit. Pág. 36

respeito ao indivíduo, das instituições da democracia ocidental consistirem em forma encoberta de eurocentrismo e dominação cultural. As tendências posmodernistas impugnam a validade de uma ética universal em nome da pluralidade e inconmensurabilidade de outras culturas: *“todo consenso ético reinante em uma dada sociedade e época é tão valioso ou tão execrável como qualquer outro”*⁴¹⁸ (MANSILLA, 1994).

Este autor escreve sobre tolerância e reconhecimento democrático da diversidade. A magia e a ciência moderna compõem um mesmo *logos* humano, dependem do contexto cultural, social e histórico e o reconhecimento dessa relatividade permite o *“consenso universalista de tolerância”*⁴¹⁹ (MANSILLA, 1994, pág. 42), com abandono do conceito de raça e ênfase no conceito de cultura⁴²⁰ (MANSILLA, 1994, pág.42).

Prossegue sobre a atuação de determinados intelectuais e a história humana de mestiçagem, aculturação e transculturação, afirmando a cultura como mudança, contato com o estrangeiro e compreensão do estranho. A concepção de conjunto social fechado, homogêneo e singular consiste em ato arbitrário de intelectuais a essencializar língua, raça e religião próprias de ideologia a reiventarem passado mítico, autêntico e incontaminado pela globalização⁴²¹ (MANSILLA, 1994, pág. 44).

⁴¹⁸ MANSILLA, H.C.F. *El racionalismo occidental y las identidades sociales premodernas*. Revista Sociedad, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Fragmentación cultural y nuevas identidades, mayo de 1994, págs. 39-61

⁴¹⁹ MANSILLA, Op. Cit. Pág. 42

⁴²⁰ MANSILLA, Op. Cit. Pág. 42

⁴²¹ MANSILLA, Op. Cit. Pág. 44

Retrata o reconhecimento jurídico-constitucional dos povos indígenas no Brasil e na Bolívia, apesar da expansão da fronteira agrícola, da extração de recursos naturais, da expansão demográfica, relatando a tensão entre universalismo e particularismo na Conferência da ONU sobre direitos humanos de 1993, ressaltando os regimes autoritários, ao advertir: “*O fundamento étnico-cultural de um Estado engendra um intrumentário ideológico e até material, podendo ser usado para reprimir qualquer etnia menor a se sentir discriminada ou qualquer idéia ou corrente política a parecer incômoda aos olhos dos novos governantes*”⁴²² (MANSILLA, 1994, pág. 51).

Questiona o modelo social premoderno, a cultura política de autoritarismo na América Latina e assinala por existosos os Estados a lograr conversão das demandas étnico-culturais ou separatistas em “*interesses políticos normais*” com descentralização e desburocratização com “*devolução de direitos históricos toleráveis para a realidade contemporânea*”⁴²³ (MANSILLA, 1994, pág. 56).

Sobre o processo de aculturação, no âmbito econômico-organizativo, com conservação de modos de pensar e atuar premodernos e particularistas: “*Já na China do começo do século XIX fazia-se uma diferença entre religião, cultura, filosofia e política dos ‘bárbaros’ ocidentais, por um lado, e suas técnicas militares e industriais, por outro*” (WAGNER, 1981 apud MANSILLA, 1994, pág. 58).

⁴²² MANSILLA, Op. Cit. Pág. 51

⁴²³ MANSILLA, Op. Cit. Pág. 56

Escreve sobre o resgatável e o censurável do particularismo, refere a autonomia cultural e administrativa, “*um regime de tolerância prática e igualdade jurídica*”⁴²⁴ (FEJTÖ, 1990 apud MANSILLA, 1994), das regiões constituintes do Império Austro-Húngaro, sob dinastia dos Habsburgo, e a necessidade de enfoque teórico de “*relativo relativismo cultural*” (PREISWERK, 1980 apud MANSILLA, 1994), conclui ser a tradução de uma cultura a outra: “*a metáfora de uma visão tolerante do mundo*” (ECO, 1993 apud MANSILLA, 1994).

Sobre a confusão entre identidade étnica e desígnio nacional, a “*representação dominante da nação alemã*”, “*com as conseqüências que conhecemos*”, advertiu Segato, deve a racionalidade combater⁴²⁵ (SEGATO, 2006, pág. 211).

2.3.3 Ciência política latino-americana e direito brasileiro

Os estudos latino-americanos vêm classificados por César Cansino em tipos de posições intelectuais: direita dura, direita suave, esquerda dura e esquerda suave, para o diagnóstico da democracia na América Latina, com diagnóstico de crise da democracia representativa e ressurgimento da sociedade civil⁴²⁶ (CANSINO, 1998).

Para a direita dura, de influência da ciência política dos E.U.A., identifica os institucionalistas e os transitólogos, com visão reducionista da democracia e

⁴²⁴ MANSILLA, Op. Cit. Pág. 58

⁴²⁵ SEGATO, Op. Cit. Pág. 211

⁴²⁶ CANSINO, César. *Democracia y Sociedad Civil en América Latina. Una Revisión Crítica de los Diagnósticos Latinoamericanos en los años ochenta y noventa*. Revista Metapolítica vol. 2, num. 7, Pág. 436

definição minimalista e procedimental, concebida como mecanismo de seleção de representantes com certas condições e garantias de pluralismo partidário e participação cidadã⁴²⁷ (CANSINO, 1998), acompanhada de crise do Estado burocrático-autoritário, o que coloca tais intelectuais também como reformadores do Estado.

O triunfo do neoliberalismo nos anos oitenta e noventa produziu maior exclusão social e desigualdade, com emergência de poderes fáticos e informalização da política: a ameaça de ingovernabilidade, “*com todo seu caudal de violência e corrupção incontáveis*”⁴²⁸ (CANSINO, 1998).

Para a direita suave, apresenta autores liberais, com preocupação pela diversidade e desigualdade, com o desenvolvimento democrático, sendo atribuído relevante papel ao Estado.

Quanto à esquerda dura, indica autores sociólogos e culturalistas, com fundamento na crise da modernidade, na crise do discurso científico, no individualismo privatista e imediatista, veiculando o conceito de hibridização, em referência ao antropólogo Garcia Canclini, o que entende como “*falsa expectativa onicompreensiva*”, com crítica à proposta de políticas culturais para culturas híbridas.

A hibridização consiste em processo de mescla no mundo da cultura com desafio para o conhecimento e para mutidisciplinaridade. No processo de

⁴²⁷CANSINO, Op. Cit. Pág. 440

⁴²⁸ CANSINO, Op. Cit. Págs. 443 e 444.

modernização econômica e política inconcluso na América Latina, as culturas autoritárias tem chocado com a transformação dos anos oitenta dos “*mercados simbólicos*”, com a expansão urbana, com a mescla de cultos populares e massivos, com a “*esfera pública imaginária desintegrada*”⁴²⁹ (CANCLINI, 1990 apud CANSINO, 1998). O conceito de hibridização da cultura assinala a diferença e o conflito, “*condição sine qua non da sociedade*”⁴³⁰ (CANSINO, 1998).

Para os sociólogos, aponta o estudo dos movimentos sociais, o projeto socialdemocrata de redistribuição dos recursos públicos e a conclusão de Zermeño da globalização consistir em dissolvente social das identidades coletivas e dos espaços de interação comunicativa. Em nova etapa neoliberal, a América Latina apresenta modernização com exclusão⁴³¹ (ZERMEÑO, 1996 apud CANSINO, 1998).

Quanto à esquerda suave, relata a crítica da concepção de democracia como espaço de engenharia política, não se podendo restringir à reestruturação do regime político, das instituições políticas, devendo-se atentar para a estrutura social, expondo os pós-modernos e os desenvolvimentistas para a democratização.

Destaca as produções teóricas européia e anglosaxã, o que nomina de “*modas intelectuais*”⁴³², a ideologia universalizante da razão ocidental, o fim do grande

⁴²⁹ CANSINO, Op. Cit. Pág. 446

⁴³⁰ CANSINO, Op. Cit. Pág. 447

⁴³¹ CANSINO, Op. Cit. Pág. 449

⁴³² CANSINO, Op. Cit. Pág. 451

discurso racionalizador, o diagnóstico de fim de uma época, o refúgio do indivíduo no espaço privado e o projeto moderno de emancipação do indivíduo⁴³³ (CANSINO, 1998).

É a desconfiança radical da verdade, da liberdade, da justiça e da igualdade. O pós-modernismo reivindica o predomínio da identidade a pequenos grupos, ligados por interesses específicos, como a sexualidade, a sensibilidade artística e experiências místico-religiosas, consensos locais, conjunturais e rescindíveis⁴³⁴ (CANSINO, 1998).

Sobre os desenvolvimentistas, sustenta haver desafio de estratégia alternativa ao debate econômico contemporâneo entre neoliberalismo cosmopolita, desregulação, abertura externa e privatização, e o populismo nacionalista, industrialização subsidiada, inclinação inflacionária e desequilíbrio fiscal, com necessidade de incorporação de discurso sobre a sociedade civil⁴³⁵ (PIPITONE, 1994a, 1994b, 1997 apud CANSINO, 1998).

Sobre sociedade civil, Alfredo Echegollen Guzmán discute o lugar comum do tema cultura política⁴³⁶ (GUZMÁN, 1998). No meio acadêmico, a teoria da cultura política apresenta-se como um conjunto de estados psicológicos dos indivíduos diante do sistema político aferido por pesquisa empírica, em que se busca relacionar a atitude da gente com a instituição política, a cultura nacional

⁴³³ CANSINO, Op. Cit. Págs 451, 452 e 453.

⁴³⁴ CANSINO, Op. Cit. Pág. 453

⁴³⁵ CANSINO, Op. Cit. Pág. 455

⁴³⁶ GUZMÁN, Alfredo Echegollen. *Cultura e Imaginários Políticos en América Latina*. Revista Metapolítica vol. 2, num. 7, Pág. 495

com o regime político, com recuperação das noções de imaginário coletivo e processo de estruturação de práticas sociais⁴³⁷ (GUZMÁN, 1998).

No direito brasileiro relaciona-se cultura política com democracia⁴³⁸ (DI RUFFIA apud MELLO, 2009, pág. 372). Celso Antônio Bandeira de Mello distingue Estados formalmente democráticos, Estados substancialmente democráticos e Estados em transição para a democracia⁴³⁹ (MELLO, 2009, págs. 371 e 372). A despeito do “*painel aparatoso*” dos Estados formalmente democráticos, há falta de “*consciência de cidadania*” e pluralismo informacional, no Brasil. Denuncia a importação de instituições jurídico-políticas, com ausência de engajamento político, como na emenda constitucional da reeleição. Denuncia as condições econômico-sociais, a falta de acesso à educação e cultura para constituição mínima de cultura política, com destaque para a participação do cidadão e das associações civis nas decisões da Administração⁴⁴⁰ (MELLO, 2009, págs. 375, 376 e 381). Os Estados em transição para a democracia tiveram classificação, em Guillermo O’Donnel, de democracias delegativas com eleitores-delegantes, espectadores passivos em contextos de crise econômica e tendência *caudillista*⁴⁴¹ (O’DONNEL, 1992, pág. 13).

⁴³⁷ GUZMÁN, Op. Cit. Págs. 501 e 502

⁴³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo: 2009, pág. 372.

⁴³⁹ MELLO, 2009, Op. Cit. pags. 371 e 372

⁴⁴⁰ MELLO, 2009, Op. Cit. págs. 375, 376 e 381

⁴⁴¹ O’DONNEL, Guillermo. *Democracia Delegativa?* Revista Uruguaya de Ciencias Sociales, Cuadernos Del CLAEH n. 61, ano 17, Montevideo: 1992.

2.3.4 O debate liberais e comunitaristas

Conforme Rubén Ortega Cotarelo, a reflexão filosófico-política recupera, desde os anos setenta, o seu papel no meio acadêmico com a controvérsia entre liberais e comunitaristas⁴⁴², apresentando a concepção de ser humano como ser estruturalmente dependente (MACINTYRE, 2001 apud COTARELO, 2002), com concepção de pessoa e identidade desenvolvida a partir das relações estabelecidas com os grupos dos quais faz parte⁴⁴³ (COTARELO, 2002).

Para Charles Taylor a compreensão do que se aprecia como valioso para a vida pode transformar-se por meio do disfrute comum com as pessoas que ama, considerando certos bens serem obtidos pelo disfrute comum⁴⁴⁴ (TAYLOR, 1966 apud COTARELO, 2002).

Nas polis gregas, compartia-se de cosmovisão da natureza e do bem comum, diferentemente dos Estados modernos, conjunto de “*instituições grandes e complexas*” a combinar de forma incoerente o *ethos* de uma grande empresa com apelação para a justiça e liberdade⁴⁴⁵ (MACINTYRE, 2001 apud COTARELO, 2002).

⁴⁴² COTARELO, Rubén Ortega. *Las Comunidades Primarias y El libre Desarrollo de la Personalidad*, DOXA 25, 2002, Cuadernos de Filosofía del Derecho, <http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>, Págs. 689-700.

⁴⁴³ COTARELO, Op. Cit. Pág. 692.

⁴⁴⁴ COTARELO, Op. Cit. Pág. 692

⁴⁴⁵ COTARELO, Op. Cit. Pág. 693

O erro comunitarista consiste em infundir à política do Estado os valores e mecanismos de participação próprios das pequenas comunidades. Em análise da realidade social, Rubén Ortega Cotarelo destaca: a determinação do poder de negociação político e econômico na manipulação profissional da opinião de massa, com retórica de persuasão de elite e a oligarquia como realidade política vigente⁴⁴⁶ (MACINTYRE, 2001 apud COTARELO, 2002).

Destacam-se o associacionismo, a solidariedade, a cidadania responsável, o pluralismo social ascendente, a deliberação sobre o público, e, em argumento liberal, sustenta a solidariedade monopolizada pelo Estado anular a livre colaboração, sem deixar de atentar para o risco de mercantilização com a subtração das políticas sociais do Estado, devendo as funções permanecer de algum modo públicas. Entende a autonomia como ausência de coerção, mas também como a capacidade de envolvimento em tarefas públicas⁴⁴⁷ (COTARELO, 2002).

Nesse sentido, é de se reivindicar cotas para indígenas nos concursos públicos da FUNAI, bem como participação política no Congresso Nacional.

2.3.5 A democracia como mito

Antonio Carlos Wolkmer tem por hipótese de ineficácia do modelo de legalidade liberal-individualista, para repensar os fundamentos da produção jurídica, com proposta de democratização, legitimação do Direito e “*redefinição*

⁴⁴⁶ COTARELO, Op. Cit. Pág. 695

⁴⁴⁷ COTARELO, Op. Cit. Pag. 699.

de uma ordem normativa identificada com as carências e as necessidades cotidianas de novos sujeitos coletivos⁴⁴⁸ (WOLKMER, 2005).

Expõe teoria crítica, com projeto de acesso democrático à justiça, referindo as condições de vida. “Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas⁴⁴⁹” (WOLKMER, 2005).

Susan Street pesquisou o movimento social mexicano dos professores das escolas federais de Chiapas (1979-1992), a relação entre as bases e os dirigentes sindicais, em meio ao protagonismo autogestionário, a tomada de terras, a criação de regiões indígenas autônomas, a destituição dos presidentes municipais, a constituição de conselhos municipais e comunitários, a insurgência civil pacífica do “*Ya Basta*”, e escreve sobre o esforço da luta popular para democratização e por fazer-se respeitar, o processo de justiça popular, e conceitua a democracia, para além do procedimento eleitoral: “*desde abajo*⁴⁵⁰”.

Susan Street apresenta a “*idéia de dignidade conquistada e reconquistada*⁴⁵¹”, referindo a descoberta ética da dignidade do outro, na transcendência de uma razão violenta eurocêntrica, desenvolvimentista e hegemônica⁴⁵² (DUSSEL,

⁴⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma de Legitimação*. Capítulo 5. In: VIAL, Sandra Regina Martini. *Temas atuais em sociologia jurídica*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005, pág. 55.

⁴⁴⁹ WOLKMER, Op. Cit. Pág. 62

⁴⁵⁰ STREET, Susan. *La democracia “desde abajo”: construyendo “la dignidad” a partir del movimiento magistral chiapaneco*. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, Vol. I No. 3, mayo/agosto de 1995. Págs. 61 e 63.

⁴⁵¹ STREET, Op. Cit. Pág. 63

⁴⁵² STREET, Op. Cit. Pág. 62

1994 apud STREET, 1995, pág. 62), com reconstrução do terreno do diálogo, a modificar as relações de poder e afetar interesses⁴⁵³ (STREET, 1995, pág. 64).

A autora passa a compreender conceitualmente a diversidade democrática, no processo de democratização de construção cultural popular investigado, nas experiências de autogestão e participação popular, e afirma não haver receita fixa ou resultado certo, nos entendimentos culturais sobre a formação do consenso (STREET, 1995, Pág. 67).

Os estudos sobre democracia no México identificam-se com freqüência com a versão liberal de democracia, cada cidadão, um voto, como se tratasse de conceito universal. Susan Street analisa as experiências de participação e autogestão popular para pensar a democracia. O desmantelamento do regime autoritário imprimiu características especiais à democratização '*desde abajo*', com entendimentos culturais sobre a formação de consenso⁴⁵⁴ (STREET, 1995, págs. 67 e 68).

Inferre a ética da reciprocidade do professor democrático das assembleias, como o ser respeitoso com os demais, com o movimento e com os trabalhadores, honesto, responsável, com atuação solidária e combativa, sendo a reciprocidade: emoção coletiva; a dignidade, experiência vital; a criação de identidade coletiva e a vivência do processo de autogoverno, humanização⁴⁵⁵ (STREET, 1995, Págs. 65 e 69).

⁴⁵³ STREET, Op. Cit. Pág. 64

⁴⁵⁴ STREET, Op. Cit. Pág. 67

⁴⁵⁵ STREET, Op. Cit. Págs. 65 e 69

Problematiza o caminho elaborado e experimentado para os professores de base para serem tomados em consideração e verdadeiramente respeitados pelos dirigentes sindicais, para aceder à dignidade⁴⁵⁶ (STREET, 1995, Pág. 70) e à identidade democrática, o que na experiência de democracia sindical pela luta de controle de escolas, pôde assumir o caráter de tomada de posição de lealdade de grupo, ao invés do que, necessariamente, o exercício ou a representação de um modo de vida democrático (STREET, 1995, Pág. 73).

Interroga o processo de intersubjetividade democrática e indaga, com base nas entrevistas dos professores democráticos, sobre a distinção entre a motivação de participar na luta social por democracia dos objetivos explícitos da luta democrática (STREET, 1995, pág. 74). Como compreender a participação de indivíduos na universidade, na escola, na fábrica, para além de demandas explícitas salariais e de condições de trabalho, indaga. Investiga a intersubjetividade democrática para transformação de cultura política autoritária em cultura política democrática⁴⁵⁷ (STREET, 1995, pág. 74).

Em suma, relata e estuda o movimento dos professores de base de fazer sentirem-se respeitados no processo de diálogo com os dirigentes sindicais, de controlar a delegação sindical, e de denunciar as práticas de corrupção, de votar em assembléia, de vigiar o cumprimento do direito, em face de hierarquias burocráticas, administrativa e sindical, antes, a subordiná-los ao diretor da escola, ao supervisor da zona e a instrumentalizarem seus rostos.

⁴⁵⁶ STREET, Op. Cit. Pág. 70

⁴⁵⁷ STREET, Op. Cit. Pág. 74

A situação de exclusão e dominação consiste na negação do outro, na ausência do “cara a cara”, consistindo a construção da nova ordem “onde o oprimido pode viver e estar em igualdade com os outros⁴⁵⁸” (SCHELKESHORN, 1994 apud STREET, 1995, págs. 79 e 80).

Quanto à proposta de democracia popular, esta autora sinaliza o propósito de “culturizar a democracia⁴⁵⁹” (STREET, pág. 09, 1999), substancializar a democracia, com história e humanização, passando a entender a democracia como subjetividade, como experiência vital, como emotividade significadora da dignidade, como afirmação de seres humanos excluídos com direitos à autodeterminação e ao autogoverno, como história, prática, e também como mito e discurso, depois de analisar, e co-produzir como investigadora social, a memória coletiva, a história oral, dos professores de Chiapas.

“Yo recuerdo que me intrigaba la emotividad compartida entre los maestros. Quise entenderla de manera más profunda como una expresión del ‘corazón común’ indígena, del ser ‘laján’ o ‘lajanotik’ (el concepto tojolabal de un nosotros basado en la reciprocidad entendida como mutuo apoyo y respeto y como corresponsabilidad en el trabajo colectivo). Opté por un enfoque más cultural. Concebí al movimiento como creador de nuevas identidades y recurrí a la sociología epistémica para abordar las ‘gramáticas de conceptualización’

⁴⁵⁸ STREET, Op. Cit. Págs. 79 e 80.

⁴⁵⁹ STREET, Susan. *Historia oral y subjetividad: culturizando la democracia a partir del movimiento magisterial chiapaneco*. Secuencia, Revista de historia y ciencias sociales, núm. 43, enero-abril, Instituto Mora, México: 1999.

*involucradas en formas (diversas) de pensar la democracia como experiencia*⁴⁶⁰ (STREET, pág. 11, 1999).

Conclui a memória coletiva da democracia dos maestros chiapanecos constituir-se de história e mito, por terem conhecido a democracia real na medida da experiência do autogoverno, como forma de vida, sendo esta vivência ofuscada pela construção da democracia também como mito⁴⁶¹ (STREET, pág. 15, 1999).

Chiapas concentra 13% da população indígena no México, com alto índice demográfico e maiores índices de pobreza e analfabetismo. Carlos Salinas firmou o Tratado de Livre Comércio em 1992, entrando em vigor, em 1994, o processo de privatização. Quatro povoados foram ocupados no Estado de Chiapas, exigindo-se autonomia, restituição de terras e estabelecimento de regime democrático, com extensão dos serviços de saúde e educação para toda a população indígena. Foi a ofensiva do EZLN, Exército Zapatista de Liberación Nacional, votando-se, em janeiro de 1994, Decreto de cessar fogo do Exército Mexicano e Decreto de Anistia. Constituíram-se Comissões para Reconciliação e Paz, com presença de ONGs, imprensa e Cruz Vermelha, firmando-se diálogos, em 1995, sobre projeto de Lei sobre Direitos e Cultura Indígenas. Questionou-se a reforma do art. 27 da Constituição do México e invocou-se o art.39, para soberania do povo, relatando-se massacre em dezembro de 1997, a culminar com a paralização da UNAM, em 1998 e 1999⁴⁶²

⁴⁶⁰ STREET, Op. Cit. Pág. 11.

⁴⁶¹ STREET, Op. Cit. Pág. 15

⁴⁶² NAVARRETE, Eurídice González. *América Latina entre el Estado y la sociedad: el zapatismo en México*. Revista Veredas do Direito n. 1, jan./jun. de 2004. Disponível em:

(NAVARETE, 2004). Reivindica-se participação de minorias e povos indígenas em todos níveis de governo.

2.3.6 Justiça Comunitária, Justiça Indígena e Pluralismo Jurídico

Tércio Sampaio ensina haver dois modelos de retribuição em ensaio sobre a justiça como retribuição: o modelo vertical, com implicação da emoção; e o modelo horizontal, a indenização negociada como compensação de um dano, sobre a retribuição com penas pecuniárias dos povos germânicos até a alta Idade Média, “*mesmo os atos criminais mais pesados*”⁴⁶³ (BURKERT apud FERRAZ JÚNIOR).

Para o modelo vertical, alude à idéia da justiça como ordem legal, vinculada à reposição de status ofendido, à conservação da honra, afirmando haver interpenetração dos dois modelos de retribuição, referindo a via aristotélica da justiça como virtude, de retribuir, atribuir e distribuir para o “*modelo horizontal de retribuição na determinação do equilíbrio*”⁴⁶⁴ (FERRAZ JÚNIOR, 2007, pág. 6).

Aristóteles concebia a justiça como virtude, ação a aperfeiçoar a conduta na busca de bens relacionados com a convivência, devendo-se evitar o excesso

www.domhelder.edu.br/veredas-direito/ Veja também: RAJCHENBERG, Enrique. *O perfil de um novo pensamento político: o zapatismo* In: BAQUERO, Marcello (org.) Desafios de democratização na América Latina. Debates sobre cultura política. La Salle, UFRS, Canoas: 2000, págs. 135-146.

⁴⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Justiça como retribuição – da razão e da emoção na construção do conceito de justiça*. In: PISSARA, Maria Constança Peres & FABBRINI, Ricardo Nascimento (coordenadores). *Direito e Filosofia. A noção de justiça na história da filosofia*. Ed. Atlas, 2007, Pág. 3.

⁴⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit. pág. 6

(*hybris*). A justiça como virtude relaciona com atribuir e distribuir, submetida ao critério da proporção entre dois, justiça comutativa e entre quatro, justiça distributiva. “Nesta comparação aparecia o conceito de valor (*axion*), substantivo que, por sua vez, decorria do movimento da balança (*agein* como *movimentar o contrapeso*)” (FERRAZ JUNIOR, 2007, pág. 6). Prepondera em Aristóteles “o modelo horizontal da retribuição na determinação do equilíbrio” da razão proporcional. Afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. trazer a hierarquia o modelo vertical da retribuição na igualdade proporcional a perturbação do equilíbrio pelo influxo da emoção⁴⁶⁵ (FERRAZ JUNIOR, 2007, pág. 6).

Aponta o sentimento da inveja como necessário ao controle social, presente tanto na denúncia pública, quanto na exigência de compensação da retribuição civil, referindo a igualdade e o conteúdo emotivo do sentimento de justo ou injusto, afirmando haver a dissimulação – fingir não ter aquilo que se tem – da inveja, encoberta pela explicação ideológica, nos modelos verticais de justiça (FERRAZ JUNIOR, 2007).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. refere, em outra oportunidade, a crença no equilíbrio proporcional como princípio da racionalização dos conflitos⁴⁶⁶ (FERRAZ JUNIOR, 1983-84, pág. 134), afirmando haver a idéia de dar a cada um o que é devido e haver a idéia de igualdade perante a lei (conceito de justiça formal). Para a delimitação do conteúdo do que é devido (conceito de justiça material) afirma haver variação, conforme seres cooperativos ou competitivos.

⁴⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Op. Cit. pág. 6.

⁴⁶⁶ FERRAZ JUNIOR Jr., Tércio Sampaio. *Justicia material*. Anales de la Cátedra F. Suarez nº 23-24, 1983-84, Universidad de Granada: Espanha, pág. 134.

Há quem conceba o sistema judiciário como racionalização da vingança. Nas sociedades sacrificiais a situação crítica recebe resposta do sacrifício a impedir a espiral de vingança⁴⁶⁷ (GIRARD, 1998, pág. 31)

A justiça consiste na idealização da necessidade de vingança, tendo a solidariedade de clãs e famílias contribuído para a compensação pecuniária. Quando hordas estão em conflito, há necessidade de acordo no momento de perigo comum⁴⁶⁸ (LETOURNEAU, 1966, págs. 117-121).

Segundo Vicente Ráo, cessa a prática de vingança de sangue, em Roma, com o surgimento da religião da cidade, para além da religião do lar, exercendo o *Rex* a atividade de magistrado e sacerdote entre grupos patriarcais⁴⁶⁹ (RÁO, 2004, pág. 277).

Hans Kelsen distingue sanção transcendente, em comentário à sanção intragrupal e sanção socialmente imanente, em comentário à sanção intergruppal, ao “*dever de vingança*”⁴⁷⁰ (KELSEN, 2006, págs. 30 e 31).

Concebe-se o castigo como sublimação da ira coletiva, como “*descarga nervosa da turba*”⁴⁷¹ (HESE & GLEYSE, 1966, pág. 130), diferenciando-se a

⁴⁶⁷ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Tradução Martha Conceição Gambini; Revisão Técnica Edgard de Assis Carvalho, Universidade Estadual Paulista, São Paulo: 1990.

⁴⁶⁸ LETOURNEAU, Ch. *Da vingança ao direito*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social*. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, págs. 117-121

⁴⁶⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. RT, São Paulo: 2004, pág. 277

⁴⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo: 2006, págs. 30 e 31

reação espontânea de grupo fortuito, linchamento, do procedimento judicial, julgamento, remanescendo as funções de pacificação da “*consciência social*” e de salvação do Estado, o que em casos de crise, redundando na necessidade de sanção “*a todo preço*”, legitimando-se a ficção de responsabilidade por meio do exercício de fabricação de responsáveis, pois “*é o crime que chama a pena, e não o criminoso*”. A responsabilidade fictícia supre a responsabilidade verdadeira, evidenciando o exercício do que se nomina de “*razão de Estado*” HESE & GLEYSE, 1966, págs. 131-132).

“*A pena tem por fim satisfazer os espíritos inquietos com a violação das regras até então respeitadas*⁴⁷²” (HESE & GLEYSE, 1966, pág. 133). “*Se o crime cessa de comover, a pena não tem mais razão de ser*⁴⁷³” (HESE & GLEYSE, 1966, pág. 134), como na prescrição e na anistia.

Como dito por Paul Fauconnet: “*Tomar do ladrão a coisa roubada para entregá-la a seu legítimo proprietário seria negar muito suavemente o ato do ladrão. O caráter sacrossanto da propriedade foi posto diretamente em causa: e é por isso que o roubo é um crime*⁴⁷⁴” (FAUCONNET, 1966, pág. 138). O importante é a confiança social na autoridade, “*curar os sentimentos que o crime não punido deixaria irritados*⁴⁷⁵” (FAUCONNET, 1966, pág. 139). Paul Fauconnet entende a desorientação ser característica da vingança, as sanções

⁴⁷¹ HESE, A. & GLEYZE, A. *O crime e a pena*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, págs. 131-132

⁴⁷² HESE & GLEYZE, 1966, Op. Cit. pág. 133

⁴⁷³ HESE & GLEYZE, 1966, Op. Cit. pág. 134

⁴⁷⁴ FAUCONNET, Paul. *As primeiras formas de reação contra o crime*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, pág. 138

⁴⁷⁵ FAUCONNET, 1966, Op. Cit. pág. 139

retributivas permanecem indeterminadas. É o que Steinmetz, conforme estudos sobre vingança, nomina de “*vingança desorientada*” (STEINMETZ apud FAUCONNET, 1966, pág. 140). É a crença da anulação do crime. “*A relação de símbolo à coisa simbolizada é completamente indefinida. Somente a consciência que o põe o percebe e o tem por válido*⁴⁷⁶” (FAUCONNET, 1966, pág. 140).

Nas sociedades ágrafas, atribui-se ao comportamento indesejado doença, “*intromissão de espíritos ruins no corpo*⁴⁷⁷” (ROCHA, 2008, pág. 47), com ação do curandeiro. Relata-se obediência espontânea e sentimento de grupo⁴⁷⁸ (MALINOWSKI, 1966, págs. 122-126). Ressaltam-se a sanção familiar, a sanção comunitária, a sanção espontânea e a restituição, a restauração, em se considerando, inclusive, sociedades nômades, diferentemente do sistema judicial sedentário⁴⁷⁹ (ROCHA, 2008, págs. 45-50).

Relatam-se experiências de justiça comunitária: a participação de familiares nos *maglis al’urfi*, Egito, conselhos tradicionais nas vilas do interior, com listagem de atos lesivos, sem preocupação de culpado ou vítima; a participação de vizinhos nas *gacaca*, Ruanda, “*corte que toma assento na sombra das bananeiras*”, com atribuição, por vezes, ao espírito mau; e os Inuit no norte do Quebec, Canadá, com preponderância de análise às conseqüências à coesão

⁴⁷⁶ FAUCONNET, 1966, Op. Cit. pág. 140 Como sugestão de pesquisa, veja também a recepção de N. Luhmann no direito penal.

⁴⁷⁷ ROCHA, 2008, Op. Cit. pág. 47

⁴⁷⁸ MALINOWSKI, Bronislaw. *A lei e a ordem nas sociedades primitivas*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, Págs. 122-126.

⁴⁷⁹ ROCHA, 2008, Op. Cit. págs. 45-50

social, dadas as condições de existência⁴⁸⁰ (PARADELLE, 2009, págs. 221-232).

A expressão justiça comunitária também serve de referência para: práticas judiciais, com participação no diálogo, como no modelo de Stuttgart, com diálogo entre partes, advogados e juízes e discussão sobre projeto de sentença (CAPPELETTI & GARTH, 1988, pág. 78 apud BORGES, 2011, pág. 280), como em TJs do Brasil (BORGES, 2006, pág. 179 apud BORGES, 2011, pág. 280); práticas de mediação, como na Colômbia (LOPES, 2000 apud BORGES, 2011, pág. 286), no Brasil, com o balcão de direitos da Viva Rio (STROZENBERG, 2001 apud BORGES, 2011, pág. 286); e práticas comunitárias, como tribunais de vizinhança, nos EUA e Inglaterra, centros de conciliação na França (CAPPELETTI & GARTH, 1988, págs. 114-115 apud BORGES, 2011, pág. 283), e tribunais comunitários na Bolívia e na Guatemala⁴⁸¹ (PADILLA, 2005 apud BORGES, pág. 284).

A sentença judicial não necessariamente acaba com o conflito, posta a solução baseada em preceitos legais prescindir de acordo intermediário das partes. Sylvio do Amaral Rocha Filho pergunta: *“Porque as partes, em geral, saem insatisfeitas do processo? E o processo afinal deve ser terminado manu militari*

⁴⁸⁰ PARADELLE, Muriel. *Dos mesmos juízes, climas diferentes: justiça tradicional no Egito, Rwanda e no norte de Quebec*, Notícia do Direito Brasileiro n. 15, Unb, Brasília: 2009, págs. 221-232. Como sugestão de pesquisa, veja também: www.commission-on-legal-pluralism.com/

⁴⁸¹ BORGES, Marina Soares Vital. *Justiça Comunitária, Administração de Conflitos e Antropologia Jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana*, In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*, Conceito, São Paulo: 2011, págs. 271-298

*por um juiz ou uma juíza ou deve satisfazer o reclamo de justiça das partes?*⁴⁸²”
(ROCHA FILHO, 2005, pág. 190).

Para a crise do sistema judicial, em contexto de crise financeira do Estado dos anos 80, duas propostas de reforma judicial são comentadas por Boaventura de Sousa Santos: a primeira com aumento de recursos, melhor gestão administrativa na divisão do trabalho, com alteração das leis processuais e inovações técnicas; e, a segunda, na criação de processos e instâncias descentralizados, informais e desprofissionalizados a substituir ou complementar a administração judicial, para torná-la mais rápida, barata e acessível⁴⁸³ (SANTOS, 1982, pág. 11).

*“Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez de estrita obediência normativa. Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor/vencido). Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum. Escolha de um não-jurista como terceira parte (ainda que com alguma experiência jurídica) eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver. Diminuto ou quase nulo o poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome*⁴⁸⁴” (SANTOS, 1982, pág. 17).

⁴⁸² ROCHA FILHO, Sylvio do Amaral. *Previsibilidade decisória. A busca da sentença que satisfaça os atores do Direito*. Mestrado em Filosofia do Direito, PUC SP, 2005, pág. 190.

⁴⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 10, dezembro de 1982, Centro de Estudos Sociais, Coimbra: 1982, págs. 9-40.

⁴⁸⁴ SANTOS, Op. Cit. pág. 17

Caracteriza a legalidade capitalista, o sistema jurídico, em três componentes estruturais básicos: a retórica, a burocracia e a violência⁴⁸⁵ (SANTOS, 1982, págs.12 e13). Sobre cultura oral, caracteriza-a por coletivizada e sobre cultura escrita, caracteriza-a pela individualização⁴⁸⁶ (SANTOS, 1982, pág. 16). Em análise das propostas de justiça informal e de justiça comunitária, sustenta hipótese de que a justiça comunitária tutelada pelo Estado consistiria em forma de desorganização das classes trabalhadoras, em contexto de relações sociais desiguais ou assimétricas.

A justiça Indígena vem problematizada por Roque Espinosa, posta a concepção etnicista de cultura autônoma, em discussão sobre proposta de lei de funções de justiça às autoridades indígenas no Equador⁴⁸⁷ (ESPINOSA, 2002).

A Constituição do Peru, arts. 88, arts. 89 e 149⁴⁸⁸ e o art. 18, inc. 3⁴⁸⁹ do Código Processual Peruano garantem a justiça comunal.

⁴⁸⁵ SANTOS, Op. Cit. págs. 12 e 13

⁴⁸⁶ SANTOS, Op. Cit. pág. 16

⁴⁸⁷ ESPINOSA, Roque. *Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena*. Revista Aportes Andinos Quito, 2002, Disponível em: www.uasb.edu.ec Acesso em: 21/03/2011

⁴⁸⁸ “Art. 88 *El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Art. 89 Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta. (...) art. 149 Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* Constituição Política do Peru, disponível em www.congreso.gob.pe, acesso em: 05/08/2010.

Antonio Peña Jumpa estuda o caso da justiça comunal Aguaruna, refere a crença na feitiçaria e sobre as sanções: “castigos físicos como a aplicação da machadada sobre a cabeça tem cedido à aplicação do calabouço ou o pagamento de fortes multas ou indenizações fruto de conciliação ou acordo⁴⁹⁰” (JUMPA, 2009, pág. 47).

O direito penal guarani estabelece sanções para o desrespeito a um Oporaíva ou a um Tekoaruwicha, dano corporal, adultério, roubo, homicídio, bruxaria, violência sexual e alvoroço⁴⁹¹ (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2010).

O esquimó, quando tem uma queixa contra outro, desafia-o para um concurso de tambor, com reunião festiva de clã ou tribo, com canções insultuosas, cabendo aos espectadores decidir o vencedor⁴⁹² (HUIZINGA, 2004, pág. 97).

Entre os ciganos, há a figura da *Phuri-Dai* - matriarca com assento e palavra final no tribunal do *Kris*, tribunal - a desempenhar “*papel de líder, conselheira,*

⁴⁸⁹ “Uno de los aspectos novedosos que nos trae el nuevo código procesal penal, es la incorporación del artículo 18, inciso 3, por el cual, se señala que la justicia penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles resueltos por la jurisdicción especial o comunal a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución Política” FIGUEROA, Wuille M. Ruiz, *reforma procesal penal desde una mirada intercultural*, disponível em www.servindi.org, acesso em: 04/08/2010.

⁴⁹⁰ JUMPA, Antonio Peña. *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal de Aguaruna en el Alto Marañón*. Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional, LIMA, 2009.

⁴⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Catálogo. Bicentenario de la Independencia Nacional 1811-2011, Corte Suprema de Justicia, Museo de la Justicia. Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos, Asunción, Paraguay: 2010.

⁴⁹² HUIZINGA, 2004, Op. Cit. pág. 97

*parteira, e, em algumas ocasiões, palavra final na solução de pendências ou desavenças*⁴⁹³ (CAVALCANTI, 1996).

Luís Roberto Cardoso de Oliveira trata do problema da “*interpretação e/ou compreensão do universo jurídico/legal nas sociedades não ocidentais*”, de “*situações ou processos de resolução de disputas*”, expondo as abordagens normativista e processualista, com preocupação com as questões de equidade e legitimidade para análise de decisões, na tarefa de tradução e comparação⁴⁹⁴ (OLIVEIRA, 1992, pág. 23). Atesta a noção de indivíduo como categoria do pensamento moderno⁴⁹⁵ (DUMONT, 1965, 1972, 1977, 1986 apud OLIVEIRA, 1992, pág. 26). Questiona os conceitos adequados para a descrição e assume a necessidade da posição auto-reflexiva do cientista social participante, com atenção para as questões de significado, nas dimensões do contexto cultural e da situação do caso específico⁴⁹⁶ (OLIVEIRA, 1992, pág. 27 apud OLIVEIRA, 1989, págs. 185,186).

Crítica a tradução cultural do “*conhecimento local*”, das “*sensibilidades jurídicas*” de Geertz, bem como sua concepção de direito como “*maneira distinta de imaginar o real*” (GEERTZ, 1983, pág. 174 apud OLIVEIRA, 1992, págs. 28 e 29), para afirmar “*que existem situações que são mais abertas à*

⁴⁹³CAVALCANTI, Sônia Maria Ribeiro Simon. *Ciganos: caminheiros do destino*. Dissertação defendida em outubro de 1994. Orientação: Yvone Dias Avelino. Programa de Estudos Pós-graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Boletim de Pesquisa n. 6, São Paulo: 1996.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. *Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica*. Anuário Antropológico n. 89, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, págs. 23-46.

⁴⁹⁵ OLIVEIRA, Op. Cit., pág. 26

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Op. Cit. pág. 27

negociação do que outras” (OLIVEIRA, 1983, pág. 34), sem deixar de apontar o empreendimento antropológico como crítica cultural⁴⁹⁷.

Roger Bartra inquieta-se com a revalorização do pensamento contemporâneo, “*uma espécie de medievalização*” das sociedades ágrafas⁴⁹⁸ (BARTRA, 1998, pág. 742).

Comenta a visão do filósofo francês Giles Lipovetsky de interpretar a violência destas sociedades como código de honra e vingança, o que constitui uma transladação do imaginário eurocêntrico da história medieval ao mundo primitivo, enfim sobre a mitologia indigenista do guerreiro guaicurú ou do valente pele vermelha, em contraposição à sugestão de René Girard, segundo o qual o sacrifício ritual consiste em forma de estabilização do instinto vingativo, a interromper a espiral da vingança, como forma de proteção da comunidade.

Comenta também a interpretação da Guerra do Chaco de Pierre Clastres, indicando a desintegração das sociedades indígenas por efeito da colonização e de confrontações históricas pré-hispânicas e as variadas formas de violência, simbólica ou efetiva, das sociedades não-européias, para então tecer considerações sobre a transposição de formas coloniais de dominação no estabelecimento de autonomia ao sistema indígena de normas, usos e costumes, a propósito da irrupção do Exército Zapatista de Libertação Nacional em 1994 (BARTRA, 1998, págs. 742, 743 e 744).

⁴⁹⁷ OLIVEIRA, Op. Cit. págs. 28, 29 e 34.

⁴⁹⁸ BARTRA, Roger. *Violencias Salvajes: usos, costumbres y sociedad civil en México*. In: YAMAMOTO, Tetsuji. ed. *Philosophical Designs for a Sócio-Cultural Transformation. Beyond violence and the modern era*. École des Hautes Études en Sciences Culturelles Co-Published by Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Tokyo: E.H.E.S.C. ,1998, Págs. 742-749.

Certos traços da colônia espanhola foram elevados à categoria de elementos normativos indígenas⁴⁹⁹ (BARTRA, 1998, pág. 744). Arrola formas de governo descritas pela etnologia dos povos indígenas do México: de máxima autoridade a governador, chefe ou cacique, freqüentemente um ancião, cujo símbolo de poder consiste em uma vara ou bastão, insígnia de origem colonial da autoridade real; de casos em que a nomeação do governador, chefe ou cacique dá-se por meio de conselho de anciões ou assembléia, incluindo-se o plebiscito, com origem em parte nos sistemas préhispanicos de governo comunal, e em parte com a prática de sistemas coletivos de governo local coloniais; a fusão do poder religioso com o poder civil, por um lado com o caráter sagrado préhispanico de certas funções e por outro com a influência da Igreja Católica colonial nos âmbitos da vida social; e, por conta, de guerras e insurreições no séc. XIX, a adoção de nomenclatura e hierarquia militares, na forma indígena de exercício do poder (BARTRA, 1998, págs. 745 e 746).

A máxima autoridade pode recair em um governador, cacique, “*mandón*”, com funções de vigilância, controle, castigo, em alguns casos, vitalícias⁵⁰⁰ (BARTRA, 1998, pág. 746). O sistema de governo congrega administração de justiça, organização de culto, manutenção de ordem e organização de festas religiosas⁵⁰¹ (BARTRA, 1998, pág. 746). Os sistemas normativos indígenas consistem em formas coloniais político-religiosas de exercício de autoridade, modificada por guerras e repressão, com ingredientes democráticos como o

⁴⁹⁹ BARTRA, Op. Cit. Pág. 744

⁵⁰⁰ BARTRA, Op. Cit. Pág. 746

⁵⁰¹ BARTRA, Op. Cit. Pág. 747

plebiscito e as assembleias “*em que mulheres e as alternativas minoritárias devem ser excluídas ou vencidas*” (BARTRA, 1998, pág. 747).

Este autor problematiza as conseqüências de sistemas de governo, eleição, justiça diferentes em comunidades ou regiões indígenas. Entende necessária reforma política nacional para solucionar o problema “*desde arriba*”, ao invés de solução regional ou municipal, em diagnóstico de esgotamento do modelo autoritário mexicano.

Questiona as propostas híbridas de livre determinação e autonomia, indagando se não haveria confusão entre o caráter indígena com “*formas de governo integristas, sexistas, discriminatórias, religiosas, corporativas e autoritárias*”, referindo as iniciativas de reformas constitucionais de 20 de novembro de 1996 da Comissão de Concórdia e Pacificação, aprovada pelo EZLN, estabelecadoras do direito indígena, com respeito “*às garantias individuais, os direitos humanos e, em particular, a dignidade e integridade das mulheres*”⁵⁰² (BARTRA, 1998, Pág. 748). Propõe reforma política “*desde arriba*”, no México.

O uso, entre os índios tenetehara do Maranhão, de *cannabis* - um dos casos de assimilação por parte de comunidade indígena, na primeira metade do século XIX com negros angolanos – pesquisou Anthony Richard Henman, em contexto de reuniões noturnas, caça e roça. Menciona o artigo 47⁵⁰³ do Estatuto do Índio

⁵⁰² BARTRA, Op. Cit. Pág. 748

⁵⁰³ “Art. 47. É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão”, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973.

e relata caso de tortura na década de 70 com conflito de atribuições entre polícia federal e FUNAI⁵⁰⁴ (HENMAN, 1983, págs. 61, 63, 64).

“O aspecto ritualístico desses encontros é pouco desenvolvido, sendo bem menos elaborado nos gestos e nas expressões do que o da roda de guaraná-e-tabaco entre os saterê-mawéé, de coca-e-tabaco entre os vários grupos tukano, ou até mesmo do chimarrão entre índios e brancos no Sul do Brasil”⁵⁰⁵ (HENMAN, 1983, pág. 63).

Estella Libardi de Souza estudou o caso Basílio, singular na prática jurídica brasileira, processo penal de indígena Macuxi, em Roraima, em que ao final fora absolvido pelo júri popular pelo fato de cumprir pena de acordo com os usos e costumes indígenas, não obstante o fato de Ministério Público Federal e Justiça Federal terem descosiderado o laudo antropológico a ressaltar as conseqüências do crime em questão - assassinato de Valdenísio, também Macuxi, na aldeia em que viviam, em sendo Basílio *“Segundo Tuxaua”*, quem substitui o *“Principal Tuxaua”* e cumpre missões como parte do sistema de lideranças Macuxi eleitos em assembléia. Na reunião dos Tuxauas com discussão e destino de Basílio: *“o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem*

⁵⁰⁴ HENMAN, Anthony Richard. *A guerra às drogas é uma guerra etnocida. Um estudo do uso de maconha entre os índios Tenetehara do Maranhão*. In: ZALUAR, Alba (org.) *Drogas e Cidadania. Repressão ou Redução de Riscos*. Brasiliense, São Paulo: 1999, págs. 47-75.

⁵⁰⁵ HENMAN, Op. Cit. pág. 63

*direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo*⁵⁰⁶ (SOUZA, 2008, pág. 5).

Segundo esta autora incorrem em etnocentrismo Ministério Público Federal e Justiça Federal, ao pressupor grau de aculturação no juízo de imputabilidade, e que embora a Constituição Federal, “C.F.”, estabeleça o direito coletivo e permanente à diferença cultural. Não obstante, as práticas administrativa e judicial correspondem ao Estatuto do Índio, Lei 6001 de 1973, expressão de colonialismo jurídico⁵⁰⁷ (OSCO, 2001 apud ARAÚJO, 2004, pág. 9 apud SOUZA, 2008), a merecer Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para interpretação conforme e/ou Mandado de Injunção, de acordo com o caso concreto.

2.4 Minorias e Direitos Humanos

A tese da inseparabilidade dos direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais vem do costume internacional, parágrafo 5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993: *“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase*⁵⁰⁸ (PIOVESAN, 2002, pág. 37).

⁵⁰⁶ SOUZA, Estella Libardi. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008, disponível em www.nepe.usfc.br, acesso em: 29/07/2010, pág. 5.

⁵⁰⁷ SOUZA, Op. Cit. págs. 4 e 9.

⁵⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Boletim Científico a. I n. 4, jul./set, ESMPU, Brasília: 2002, p. 35-50. Veja também: LEÃO, Renato Zerbini. *La Construcción Jurisprudencial*

Flávia Piovesan averbou a Declaração de 1948 combinar os discursos liberal e social da cidadania “*conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade*⁵⁰⁹” (PIOVESAN, 2002, pág. 37). Escora-se no movimento de internacionalização dos direitos humanos, “*invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução*⁵¹⁰” (ARENDR, 1979 apud PIOVESAN, 2002, pág. 36) e veicula a concepção contemporânea de direitos humanos: indivisibilidade, universalidade e internacionalização.

Jeremy Colwil indica a preocupação do pós-guerra com a prevenção da discriminação, com definição de minoria do estudo de subcomissão da ONU para a prevenção da discriminação e proteção das minorias:

“um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em uma posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais do Estado – possuem características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes do resto da população e mostram, mesmo implicitamente, um sentido de solidariedade dirigido à preservação de sua cultura, tradições, religião ou língua (U.N. Doc E/CN, 4/Sub 2/384/Add 1-7, U. N. Sales No. E. 78. XIV.1)⁵¹¹” (COLWILL, 1994, pág. 210).

de los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Núria Fabris Editor, Porto Alegre: 2009.

⁵⁰⁹ PIOVESAN, Op. Cit. pág. 37

⁵¹⁰ PIOVESAN, Op. Cit pág. 36

⁵¹¹ COLWILL, Jeremy. *Los derechos humanos, la protección de las minorias y el agotamiento del universalismo*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 31, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1994, págs. 209-218.

Com suporte em estudo sobre discriminação racial da ONU⁵¹², as políticas estatais, segundo este autor, podem ser compreendidas em termos de assimilação, integração, segregação e pluralismo – relação de interdependência mútua, respeito e igualdade, com manutenção de maneiras peculiares de ser⁵¹³ (COLWILL, 1994, pág. 211). Comenta, em especial, o art. 1(4)⁵¹⁴ da Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e o art. 27⁵¹⁵ do Pacto Internacional sobre Direitos e Civis e a Declaração das Minorias de 1992, com foco de atenção aos desenvolvimentos regionais e às iniciativas regionais para reformulação do discurso dos direitos humanos⁵¹⁶ (COLWILL, 1994, págs 213, 215 e 218).

O constitucionalismo regional tem sustento em Flávia Piovesan: as Convenções da Organização dos Estados Americanos, “OEA”, com mecanismos de implementação, monitoramento e medidas judiciais em caso de urgência ou gravidade. Destaca o art. 75,22⁵¹⁷ da Constituição Argentina e

⁵¹² “U.N. Sales No. 71.XIV.Z” (COLWILL, 1994, pág. 210)

⁵¹³ COLWILL, Op. Cit. pág. 211

⁵¹⁴ “Art. 1.4 Não serão consideradas como discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que careçam da proteção que possa ser necessária para lhes proporcionar igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos.” Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

⁵¹⁵ “Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.” Decreto nº 592, 6.7.92.

⁵¹⁶ COLWILL, Op. Cit. págs. 213,215 e 218

⁵¹⁷ “Art. 75. Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

art. 5º, §2º⁵¹⁸ da Constituição do Brasil. Com fundamento no art. 29⁵¹⁹ da Convenção Interamericana, defende o princípio da prevalência da norma mais benéfica e protetiva de direitos humanos (PIOVESAN, 2002, págs. 40 e 41).

Sobre hierarquia dos direitos humanos internacionais, esta autora enfatiza o art. 5º, §§1º⁵²⁰ e 2º, C.F, e indica o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, não cabendo invocação de direito interno para descumprimento de tratado, conforme a Apelação Cível 7.872 do STF, 1943 e a Apelação Cível 9.587 do STF, 1951.

Quanto à equiparação do tratado internacional à lei federal, no RE 80.004 do STF, 1977, apresenta o entendimento de ausência de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, recusa de prevalência sobre a Constituição no HC 72.131 do STF, 1995, entendimento reiterado nos julgados

Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” Constituição Nacional da República Argentina.

⁵¹⁸ “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁵¹⁹ “Art. 29 Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, Decreto nº 678, 6.11.92.

⁵²⁰ “Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

do STF, ADI 1.480, 1997, RE 206.482, 1998, HC 76.561, 1998 e RE 243.613, 1999.

Sobre a posição infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos: RE 466.343, 2008, RE 349.703, 2008 e HC 87.585, 2008 e o art. 5, §3º⁵²¹, C.F.⁵²² (PIOVESAN, 2009, págs. 130 -145).

Há referência indireta às Convenções Internacionais de Tortura no HC 70389. No HC 76561, há menção ao art. 7º, n. 7 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no HC 91657, sobre liberdade provisória, ao art. 7º, n. 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Quanto à utilização de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se mencionar o RE 511961, com suporte em decisão de 13 de novembro de 1985 da Corte Interamericana sobre violação ao art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, caso do diploma para jornalistas.

Sobre a proteção das minorias no Supremo Tribunal Federal escreve Cláudia Giovannetti Pereira dos Anjos, com indicação dos MS 25.483, RE 416.144, e MS 21.892, sobre demarcação de terras e competência da União, do RE 100.319, com fixação de pena em grau mínimo por crime cometido por índia, e do RE 419.528, com definição de competência da Justiça Comum em crime

⁵²¹ Emenda Constitucional 45/2004: “Art. 5º (...) § 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”, Constituição Federativa do Brasil, 1988.

⁵²² PIOVESAN, Flávia. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, págs. 130-145.

cometido entre indígenas, no interior de reserva indígena⁵²³ (ANJOS, 2009, págs. 345 e 346). Menção deve ser feita ao caso da Raposa Serra do Sol, com 19 condições para demarcação do Ministro Carlos Alberto Menezes do STF⁵²⁴ (ARRUDA, 2009).

Em 2006, o Tribunal Constitucional do Peru determinou ao Ministério da Saúde a distribuição gratuita de contraceptivos orais de emergência, uma conquista de direito das mulheres pobres, e, em 2009⁵²⁵, este Tribunal Constitucional resolve por proibir a distribuição gratuita de contraceptivos orais de emergência. Decisão análoga pode ser referida do Tribunal Constitucional do Chile, sobre a pílula do dia seguinte, interpretada por abortiva.

Do Tribunal Constitucional da Colômbia reúne Christian Courtis demanda de inconstitucionalidade da Lei Geral Florestal, com referência aos arts. 6 e 15⁵²⁶

⁵²³ ANJOS, Cláudia Giovannetti Pereira. *O Supremo Tribunal Federal e a Proteção às Minorias*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, págs. 345 e 346

⁵²⁴ ARRUDA, Roldão. *Decisão do Supremo impôs limite às pretensões*. *Jornal o Estado de São Paulo*, 29 de março de 2009, A13.

⁵²⁵ Decisão disponível em <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html> acesso em: 08/08/2010.

⁵²⁶ *Artigo 6. 1. Ao aplicar às disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (...)*
Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou

da Convenção da OIT, anulação de ato administrativo, em licença de exploração de hidrocarboneto, por ausência de consulta apropriada à comunidade indígena U'wa, com omissão de municipalidade em repasse de recursos orçamentários de convênio administrativo à comunidade indígena; do Tribunal Constitucional do Equador, suspensão de concessão de mineração em atendimento a comunidades indígenas chachis e comunidades afrodescendentes; do Tribunal Constitucional da Costa Rica, declaração de inconstitucionalidade de concessão de exploração e aproveitamento de hidrocarbonetos, omissão administrativa em reparação de ponte de acesso à Reserva Indígena do Guaymí; do Tribunal Constitucional da Bolívia, acolhimento de pedido de tutela de casal com base no art. 8 da Convenção da OIT⁵²⁷, em vista de sanção de comunidade indígena de expulsão e corte de energia e água, com ordem às autoridades comunitárias de informar ao Tribunal “*se os recorrentes adaptaram sua vida aos costumes da comunidade*”; e da Superior Corte Argentina, em caso de “*situação de extrema miséria de comunidades da etnia toba*”, com determinação de previsão orçamentária para assuntos indígenas, com execução de programas de saúde, alimentação, habitação, água e educação, e, em medida cautelar, fornecimento de água potável, alimentos e meios de transporte e comunicação para postos de saúde.

exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades” Convenção 169 da OIT, Decreto nº 5051/2004

⁵²⁷ “*Artigo 8. 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”* Convenção 169 da OIT, Decreto nº 5051/2004

Quanto ao direito penal em matéria de indígenas, este autor refere os arts. 9.2, 10.1, 10.2 e 12⁵²⁸ da Convenção da OIT⁵²⁹ (COURTIS, 2009, págs. 65, 70, 72, 74, 75).

A Corte Interamericana de direitos humanos reconheceu a poligamia, em contexto de indenização familiar⁵³⁰, no Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname, Sentença de 10 de setembro de 1993.

Sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos indígenas, podem ser referidos trechos de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a primeira em referência aos arts. 26⁵³¹, da Convenção Interamericana e 12⁵³² do

⁵²⁸ “Art. 9.2 As autoridades e solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto. Art. 10. 1 Quando as sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento. (...) art. 12. Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes” Convenção 169 da OIT, Decreto nº 5051/2004

⁵²⁹ COURTIS, Christian. *Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina*, Revista Sur de Direitos Humanos ano 6, n. 10, págs. 53-82, disponível em www.surjournal.org, acesso em: 29/07/2010.

⁵³⁰ “(...) Respecto de las personas que tendrían derecho a una indemnización material, la Comisión explica que es preciso tomar en consideración la estructura familiar de los maroons a la cual pertenecen los saramacas, tribu de las víctimas, y que es esencialmente matriarcal, en la cual es frecuente la poligamia. En Suriname los matrimonios deben registrarse para ser reconocidos por el Estado, pero por la escasez de oficinas de registro civil en el interior del país generalmente no lo son, lo cual, a criterio de la Comisión, no debería afectar el derecho a indemnización de los parientes o cónyuges de matrimonios no registrados. (...) La Comisión ha ofrecido diversas pruebas acerca de la estructura social de los saramacas según la cual esta tribu presenta una configuración familiar fuertemente matriarcal, con casos frecuentes de poligamia. El principal conjunto de parientes sería el “bêè”, formado por todas las personas que descienden de una misma mujer. Este grupo asumiría la responsabilidad por los actos de cualesquiera de sus miembros y, en teoría, cada uno de éstos sería responsable ante el grupo en conjunto. Esto significaría que la indemnización que deba pagarse a una persona, se da al “bêè” y su representante la distribuye entre sus miembros” Corte Interamericana dos Direitos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname, Sentença de 10 de setembro de 1993, págs. 5, 15 e 16.

⁵³¹ “Art. 26. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, possuindo a saúde individual dimensão coletiva, reconhecendo-se a perda de recursos alimentícios e a falta de acesso à água limpa como falta de saúde e com impacto na existência digna, no meio de vida tradicional, nas condições de exercício dos direitos à educação e identidade cultural, na prática de medicina tradicional de prevenção e cura, pela ausência de recursos naturais. Determinou-se o dever de garantir a propriedade comunitária à Comunidade Yakye Axa com obrigação do Estado do Paraguai em acudir os anciãos enfermos, pela referência à cultura tradicional, conforme a decisão. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, par. 175⁵³³ (IKAWA & KWEITEL & MATTAR, 2008, págs. 1263, 1264 e 1265).

David Sánchez Rubio afirma haver uma confiança quase ingênua a respeito do nível normativo-positivo dos ordenamentos jurídicos, em comentário à decisão do Tribunal Superior da Índia de 1996 desautorizadora da indústria de aqüicultura de lagostim e autorizadora de produção previamente estabelecida,

econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, Decreto nº 678, 6.11.92.

⁵³² “Art. 12 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essa doença. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, Decreto nº 591, 6.07.1992.

⁵³³ IKAWA, Daniela Ribeiro & KWEITEL, Juana & MATTAR, Laura Davis. *Convenção Americana sobre direitos humanos (1969) Pacto de San José da Costa Rica* In: PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral) Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado, Dpj, São Paulo: 2008, págs. 1263, 1264 e 1265.

de caráter tradicional e popular, com ordem de retirada das indústrias desautorizadas, indenização pelas perdas econômicas e ambientais, e ordem ao governo federal de execução da sentença⁵³⁴ (RUBIO, 2005, págs. 9 e 10).

Aponta este autor para o contexto cultural das relações de força e os processos sociais em que se situa o direito, sob pena de incorrer em “*falácia garantista*”⁵³⁵ (FERRAJOLI, 1995 apud RUBIO, 2005, pág. 10). Indústrias de lagostim continuaram funcionando.

Estriba-se em Johan Galtung para conceber o “*individualismo*”, o “*casuísmo*” e a “*seletividade*” dos direitos humanos (RUBIO, 2005, pág. 12), estatuidando haver, na palmilha de Alejandro Medici, o constitucionalismo dos negócios e o constitucionalismo das garantias dos direitos humanos (RUBIO, 2005 apud MEDICI, 2001/2002, págs. 12 e 15).

Este autor sinaliza o conflito da *lex mercatoria* com os direitos humanos, inclusive entre as normas da Organização Mundial do Comércio e da Convenção sobre Diversidade Biológica, com objetivo de proteção dos conhecimentos tradicionais, exigência de consentimento informado prévio à concessão de patente e distribuição eqüitativa dos benefícios advindos da patente (RUBIO, 2005, pág. 15). Com supedâneo em Boaventura de Sousa Santos, exorta o direito de todos os povos de opinar e participar no manejo e distribuição dos recursos naturais e materias (RUBIO, 2005 apud SANTOS,

⁵³⁴ RUBIO, David Sánchez. *Reversibilidad del Derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza*. Revista de Estudios Criminales n. 17, Ano 5, Jan./Mar., NOTADEZ, Sapucaia do Sul: 2005, págs. 9-19.

⁵³⁵ RUBIO, 2005, Op. Cit. pág. 10 Cabe recordar na simulação, finge-se ter o que não se tem, e na dissimulação, finge-se não ter o que se tem.

1998, pág. 19). E consigna as causas estruturais da violação dos direitos humanos estarem ocultas, assumindo os sistemas criminais as conseqüências de tais violações, terminando por resolver “*como um conflito entre bons e maus*” (RUBIO, 2005, pág. 13).

David Sánchez Rubio consignou: “*Uma Constituição alheia ao mercado não serve de nada para os cidadãos, embora seja tudo para quem privilegiadamente controla esse mercado*”⁵³⁶ (RUBIO, 2000, pág. 287).

David Sánchez Rubio esboça críticas ao formalismo, à concepção de direito como mera forma ou procedimento, ocultando-se os processos sociais e seus atores (RUBIO, 2000, pág. 285). Os espaços de luta a favor da dignidade humana e da transformação do instituído não devem ter por única expressão a técnica normativa formal ou procedimental (RUBIO, 2000, Pág. 287).

Rosely Aparecida Stefanés Pacheco alude o art. 129, V⁵³⁷, C.F., denuncia a omissão legislativa quanto aos parágrafos terceiro e sexto do art. 231, C.F. Notícia tramitação de projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas. Explicita os ideais protecionistas e integracionistas do Estatuto do Índio. Narra a articulação desde a década de 70 sobre etnodesenvolvimento na América Latina e a prática da *Aty Guasu*, a grande assembléia com presença de lideranças tradicionais, no Mato Grosso do Sul, diante da inviabilidade do modo

⁵³⁶ RUBIO, David Sanchez. *Derechos Humanos y Democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica*. Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho n. 17, 2000, Pág. 287.

⁵³⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” Constituição da República Federativa do Brasil, 1998.

de vida nas reservas, com reocupação de territórios considerados seus⁵³⁸ (PACHECO, 2005, págs. 3, 7 e 8).

“(...) os guarani Kaiowá e Nadeva ocupam, no Estado do Mato Grosso do Sul, menos de 1% de seu território tradicional, encontram-se aldeados em pouco mais de 30 pequenas áreas⁵³⁹” (MONTEIRO, 2003 apud PACHECO, 2005, pág. 2).

O Mato Grosso do Sul apresenta quadro de assassinatos, tentativas de assassinatos, suicídios, problemas de desnutrição e violência sexual⁵⁴⁰ (PACHECO & FILHO, 2006, pág. 3). Os indígenas reivindicam espaço de relações sociais e políticas mais justas com seu entorno⁵⁴¹ (PACHECO & FILHO, 2006, pág. 5).

O Conselho Indigenista Missionário apresentou Relatório de Violência contra os Povos Indígenas para o ano de 2009, com casos de assassinatos, mortes por dessassistência à saúde, desnutrição, suicídio, tentativa de suicídio e desrespeito ao direito de oitiva da Convenção 169 da OIT diante de obras de centrais hidrelétricas, programas de ecoturismo, gasodutos, exploração mineral, ferrovias e hidrovias. Noticia-se conflito em Buerarema, Bahia com os Tupinambá e os Xukuru, em Pernambuco. Em Mato Grosso do Sul, há 20 áreas em processo de regularização e Termo de Ajustamento de Conduta foi

⁵³⁸ PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. *A dinâmica das mobilizações sociais indígenas e os novos desafios para o direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 43, 2005, págs. 3,7 e 8.

⁵³⁹ PACHECO, Op. Cit. pág. 2

⁵⁴⁰ PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos & FILHO, Carlos Frederico Mares de Souza. *Os povos indígenas e os difíceis caminhos de diálogo intercultural*, 2006, disponível em www.conpedi.org, acesso em: 29/07/2010.

⁵⁴¹ PACHECO & FILHO, Op. Cit. pág. 5

assinado pela FUNAI. As comunidades do povo Guarani Kaiowá, do Mato Grosso do Sul, a viver acampadas à beira de rodovias, confirmam os dados da publicação⁵⁴² (CERQUEIRA, 2010, pág. 8).

Há notícia da tragédia de Bagua, no Peru, com morte de vinte e três policiais e dez civis, sobre conflito em relação a projeto governamental, com menção à decisão do Tribunal Constitucional Peruano de aplicação de Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, “OIT”, sobre o direito à consulta, necessidade de consentimento a qualquer medida legislativa ou administrativa a envolver a população indígena⁵⁴³ (CORDERO, 2010).

Há o fenômeno do índio sem terra⁵⁴⁴. De 28 aldeias no Estado de São Paulo, somente 12 estão homologadas, porém a maioria não possui terras demarcadas (TOMAZELA, 2009). Há o fenômeno dos indígenas migrantes, como os pankararu, povo originário de Pernambuco, com território de pequenas dimensões e com associação constituída na Favela do Real Parque, Cidade de São Paulo.

Merecem os excertos de Carlos Marés e Theo Marés sobre a situação fundiária dos ciganos e os pankararu:

⁵⁴² CERQUEIRA, Cleymenne. *A estreita relação entre os conflitos pela posse da terra e a violência*. In: Porantim. Ano XXXIII, n. 326, Brasília, junho/julho, 2010.

⁵⁴³ CORDERO, Jaime. *Peru e Equador pedem espaço aos indígenas como na Bolívia*. El País de 25/06/2010, disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2010/06/25/peru-e-equador-pedem-espaco-aos-indigenas-como-na-bolivia.jhtm>, acesso em: 27/07/2010

⁵⁴⁴ TOMAZELA, José Maria. Índios de SP pressionam por terras. Tribos vivem precariamente e, para atendê-las, seria preciso demarcar área três vezes maior à que têm hoje. Jornal o Estado de São Paulo, 29 de março de 2009.

“Aproximadamente dois mil indígenas dessa etnia vivem na periferia paulista em três favelas distintas. (...) Reclamam um espaço territorial para manter seus costumes, suas danças etc, porque continuam vivendo em comunidade, apesar das adversidades da vida urbana” (MARÉS & MARÉS, 2008, págs. 177 e 178).

“Em geral, os povos são identificados com o território onde vivem, e o direito ocidental tem oscilado na interpretação desse território como terra privada ou como espaço geográfico de gestão cultural, mas sempre referindo-se às populações por sua área, terra ou território específico⁵⁴⁵” (MARÉS & MARÉS, 2008, págs. 177 e 178).

Fazem falta espaços culturais urbanos, *“desde praças públicas, equipamentos de arte, até áreas reservados, por exemplo, para os acampamentos ciganos, porque em algumas cidades nem mesmo isso os povos viajantes encontram⁵⁴⁶”* (MARÉS & MARÉS, 2008, págs. 177 e 178).

Sobre o tempo feminino da manhã, o tempo de não-trabalho, à tarde e o tempo da memória, à noite dos ciganos, confira-se, trechos de relato historiográfico de Sônia Maria Ribeiro Simon Cavalcanti.

Durante a manhã não se vê homem pelo acampamento, pois cuidam dos cavalos, ordenham ou estão fazendo negócios na cidade. As mulheres fazem conversas íntimas e ensinam as mais novas a costurar, cozinhar e a cuidar das crianças.

⁵⁴⁵ MARÉS & MARÉS, Op. Cit. págs. 177 e 178

⁵⁴⁶ MARÉS & MARÉS, Op. Cit. págs. 177 e 178

“A manhã das mulheres ciganas é o tempo de fazer; de construir o seu mundo, organizar o cotidiano, transmitir para as herdeiras escolhidas o ensinamento ancestral da quiromancia, o segredo do conhecimento do Drom (caminho) que percorre as linhas das mãos na tessitura da trama do destino. É um tempo extremamente feminino do qual se excluem os homens, cuja ausência nunca é explicada pelas mulheres que, ao serem perguntadas sobre onde eles estão, sempre respondem: ‘eles não estão, estão fora’. A manhã também está diretamente ligada à ‘reconstrução do mundo’, quando as tarefas são executadas para fazer com que o dia todo caminhe dentro de uma certa organização, estruturada no trabalho feminino de arrumar a casa, lavar a roupa, cozinhar, ensinar as lições de vida, tecer com ‘fios feitos de lágrimas passadas’ a própria história e a sobrevivência do bando. (...) À tarde as mulhres dedicam-se à leitura da buena-dicha, aos cuidados pessoais, a passeios, num absoluto ‘não fazer’. (...) Também o homem cigano não está presente no tempo da tarde. É momento de lazer, dedicado às brigas de galo, às visitas aos bares (...) ver os amigos, jogar cartas, ‘não fazer nada’⁵⁴⁷”

(CAVALCANTI, 1996, págs. 10-16).

Quando começa a noite, é tempo de recordar e reunir-se à volta da fogueira, tomar chá de canela, ouvir violão, a evocar castanholas “o ‘cante-jondo’ rasqueado que sai do fundo da alma e enche de saudades aqueles homens e mulheres feitos de cobre e de sentimentos, telúricos símbolos de uma liberdade

⁵⁴⁷ CAVALCANTI, Sônia Maria Ribeiro Simon. *Ciganos: caminheiros do destino*. Dissertação defendida em outubro de 1994. Orientação: Yvone Dias Avelino. Programa de Estudos Pós-graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Boletim de Pesquisa n. 6, São Paulo: 1996.

atávica que está dentro de cada ser humano e que se agita em nós gajões⁵⁴⁸, quando ouvimos o apelo da estrada, quando sentimos a magia da noite cálida invadida pelos gritos alegres dessa gente. As reuniões à volta da fogueira, quando alguém entra no labirinto do passado resgatando suas representações e, principalmente, o papel dos ciganos nesta história antiga como eles, deixa aflorar esse sentido de defender-se do inimigo maior que ronda a etnia: o esquecimento⁵⁴⁹” (CAVALCANTI, 1996, págs. 10-16).

Feita a menção à rinha de galo, estudo de referência tem-se em Sérgio Alves Teixeira. Escreve sobre a rinha de galo e os atributos morais da masculinidade, como a coragem e o brio. Afirma ser rara a presença feminina em rinhedeiros e *“quando acontece, se dá, sobretudo, na condição de acompanhante de algum galista e é marcada pela discriminação⁵⁵⁰”* (TEIXEIRA, 1992, pág. 153). Refere a proibição pelo Decreto 50.620 de 18/5/61, à época de Jânio Quadros e sua revogação pelo Decreto 1.233 de 22/6/62, com o primeiro ministro Tancredo Neves (TEIXEIRA, 1992, pág. 154). *“O uso de esporas de aço ou armas na linguagem galística, traz à cena a questão da morte em combate”* (TEIXEIRA, 1992, pág. 156).

Os galistas, em favor de sua causa, apresentam-se como preservacionistas, *“se não fosse pelas rinhas, a espécie Bankiwa deixaria de ser objeto de criação, com risco de extinção”* (TEIXEIRA, 1992, pág. 152).

⁵⁴⁸ Gajão, não cigano.

⁵⁴⁹ CAVALCANTI, 1996, Op. Cit. págs. 10-16

⁵⁵⁰ TEIXEIRA, Sérgio Alves. *As brigas de galos e os atributos morais da masculinidade*. In: TEIXEIRA, Sérgio Alves & ORO, Ari Pedro (orgs.), *Ensaio de Antropologia Social*, Brasil & França, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 1992, Págs.151-167.

Sobre manifestações culturais e as decisões do STF estuda Fernando Fernandes da Silva, havendo ausência de fundamentação em direitos humanos culturais.

O STF decidiu sobre as rinhas de galo na Adi-Mc 1.856, sobre inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro, em afronta ao art. 225, §1º, inc. VII, C.F. e ao art. 64 da Lei de Contravenções Penais, na Adi 2.514, sobre inconstitucionalidade de lei do Estado de Santa Catarina, em referência ao RE 153.531, sobre a farra do boi, e na Adi 7.380, sobre inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Norte⁵⁵¹ (SILVA, 2009, págs. 668-672).

Sobre direitos humanos e minorias, Marcelo de Araújo, filósofo do direito, discute as teses de Will Kymlicka. Sobre a tese do caráter individualista das teorias de direitos humanos e a oposição proposta entre direitos individuais e direitos de grupos, considera a liberdade de consciência e a liberdade de associação - direitos individuais com proteção de práticas coletivas, a tese da inseparabilidade dos direitos humanos - com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, e a teoria dos direitos fundamentais, sobre liberdade de direito e liberdade de fato⁵⁵² (ARAÚJO, 2006, págs. 95, 115, 116, apud ALEXYS e118).

⁵⁵¹ SILVA, Fernando Fernandes. *O Direito internacional, os direitos humanos e os direitos culturais*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, Pág. 657-674.

⁵⁵² ARAÚJO, Marcelo de. *Direitos individuais e direitos das minorias nacionais: uma crítica à política de "suplementação" dos direitos humanos em contextos multiculturais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 55, ano 14, abril-junho, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, págs. 89-127.

Elenca haver direitos especiais para os maiores de sessenta e cinco anos nos transportes públicos, a menores de dezoito anos no sistema penal, a mulheres durante a fase de gestação nas relações trabalhistas e a deficientes físicos nos acessos a prédios públicos⁵⁵³ (ARAÚJO, 2006, pág. 90) e expõe demandas de específicas culturas, como o direito de populações indígenas, em terem o ensino básico na língua da tribo, a demanda de imigrantes muçulmanas ao direito de uso do véu na sala de aula, em França, a demanda dos *québécois* pelo francês como língua oficial, no Canadá, e a demanda de grupos *sikhs* pelo direito à isenção do uso obrigatório de capacete na condução de motociclistas, em vista de seus turbantes⁵⁵⁴ (ARAÚJO, 2006, pág. 91).

Afirma haver multiplicidade de grupos denominados de minorias, tanto minorias nacionais quanto minorias étnicas, e grupos diversos como populações indígenas, imigrantes, refugiados, afro-descendentes e grupos religiosos, entre outros⁵⁵⁵ (ARAÚJO, 2006, págs. 107 e 108).

Colaciona as teses das “*restrições internas*”, limitações de grupos minoritários sobre a liberdade de seus respectivos membros e das “*proteções externas*”, limitações às decisões de grupo majoritário com consequência de desintegração da cultura de grupo minoritário, com a ressalva do direito de seus membros abandonarem suas próprias tradições, língua e território originais⁵⁵⁶ (KYMLICKA apud ARAÚJO, 2006, págs. 97 e 105).

⁵⁵³ ARAÚJO, Op. Cit. pág. 90

⁵⁵⁴ ARAÚJO, Op. Cit. pág. 91

⁵⁵⁵ ARAÚJO, Op. Cit. págs. 107 e 108

⁵⁵⁶ ARAÚJO, Op. Cit. págs. 97 e 105

Quanto à insuficiência para se impedir injustiças contra as minorias, como nas migrações internas e as políticas de assentamento em territórios de minorias nacionais, na demarcação de territórios e na necessidade de estipulação de idioma para veiculação de demanda no debate público, refere a proposta de Will Kymlicka de arbitragem imparcial e monitoramento internacional das minorias nacionais⁵⁵⁷.

Quanto ao monitoramento internacional, o Brasil parece cooperar com os procedimentos especiais de peritos, representantes e relatores especiais enviados pela Comissão de Direitos Humanos⁵⁵⁸ (OLIVEIRA, 2005).

Conclui Marcelo de Araújo ser a demanda de direitos especiais compatível com a teoria dos direitos humanos e fundamentais, ressaltando a condição de “*vida decente*” (GUTMAN apud ARAÚJO, 2006, pág. 117), com dignidade e autonomia, com menção ao possível conflito de direitos fundamentais no caso concreto, como na expressão de identidade de associação, a incluir a liberdade

⁵⁵⁷ Para estudo da questão nos EUA, veja também: STEINMAN, Erich W. *Legitimizing American Indian Sovereignty: mobilizing the constitutive power of Law through institutional Entrepreneurship*. Law and Society Review v. 39 n. 4 p. 759-91, 2005. Para compreensão da situação dos grupos minoritários indígenas nos EUA, a respeito do constitucionalismo multicultural, veja também: CLAVERO, Bartolomé. *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la Constitución de Estados Unidos de América*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2005. Veja também: COSTA, Luciana. *Índios e Parlamentos*. Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília: 2004. Veja também: MORENO, Jamile Coelho. *Conceito de minorias e discriminação*. Revista USCS, Direito e Humanidades, ano X, n. 17, jul. dez. São Caetano do Sul: 2009, disponível em <http://seer.uscs.edu.br>, págs. 21-37. Veja também: BÁRCENAS, Francisco López. *Autonomía y Derechos indígenas en México*. CEIICH/UNAM, Coyoacán, México, D.F.: 2005; e SOCHET, Martha Singer (coord.) *Participación política desde la diversidad*. UNAM, Plaza y Valdes, México D.F.: 2008. Para declaração sobre efetiva participação de minorias e povos indígenas em todos os níveis de governo, inclusive Poderes Legislativos Nacional e Estadual, veja também: International Parliamentary Conference, Chiapas, 31 oct-3 nov, 2010, disponível em: www.ipu.org/news-e/latest.htm acesso em: 10/01/2011

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. *Os peritos dos procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das nações unidas: seu status jurídico e outras questões pertinentes*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100, jan./dez., São Paulo: 2005, pág. 575-614

de rejeição ao ingresso de alguns indivíduos em grupo constituído e a liberdade de exclusão de alguns indivíduos previamente aceitos no grupo, como expressão pública de identidade do grupo⁵⁵⁹ (GUTMAN apud ARAÚJO, 2006, pág.113).

Nesse passo, cumpre registrar os apontamentos de Andreas Hofbauer, referente a crítica de A. Reckwitz sobre a concepção de cultura inspirada no “*modelo de bola*”, por não condizer com a experiência de vida das pessoas⁵⁶⁰ (RECKWITZ, 2000, pág. 503, cf. tb. VERMEULEN e SLIJPER, 2000 apud HOFBAUER, 2006 pág. 49).

T. Hyland Eriksen também critica o direito à diferença propagado pelo projeto multiculturalista, pois não contempla o direito a não assumir uma identidade étnica específica ou optar por mais de uma ao mesmo tempo e viver formas híbridas. A epistemologia ao baseiar a qualidade de vida do indivíduo na cultura deste “*não pavimenta o caminho para mais tolerância, mais respeito e para um ecumenismo global*”⁵⁶¹, (ERIKSEN, 2002, págs. 135, 136 apud HOFBAUER, 2006, pág. 49).

Não propriamente ecumenismo global, mas por cosmopolitismo ético clamam Oscar Vilhena Vieira e A. Scott DuPree, com fundamento no art. 28⁵⁶² da Declaração Universal de Direitos Humanos. Nominam de exclusão moral a

⁵⁵⁹ ARAÚJO, Op. Cit. Pág. 49

⁵⁶⁰ HOFBAUER, Andreas. *Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil*. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, n. 68, Questões Pendentes, CEDEC, São Paulo: 2006, pág. 49.

⁵⁶¹ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 49

⁵⁶² “Art. XXVIII Toda Pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.” Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

invisibilidade e demonização dos excluídos, refletem sobre a importância da sociedade civil aos direitos humanos para: “*oferecer esfera de ação para todos os grupos sociais; tornar pública a injustiça; proteger o espaço privado da incursão do Estado e do mercado; intervir e interagir nos sistemas legais e políticos; promover a inovação social*”; garantir o acesso à justiça e constituir rede de direitos humanos internacional⁵⁶³ (VIEIRA & DUPREE).

Contestam a existência de privilégios, “*a título religioso ou hierárquico*”, como o sistema de castas, o porte de armas, a punição de pena de morte, a utilização de crianças como soldados e a mutilação de órgãos genitais femininos (VIEIRA & DUPREE).

Feita a menção à mutilação genital feminina, pode-se ressaltar, neste íterim, a conotação etnocêntrica do termo. Segundo Cláudia Fioretti Bongianino, em 1984 foi criado o Inter African Committee com campanhas sobre os direitos das mulheres e os efeitos nocivos das “*práticas invasivas tradicionalmente adotadas para limitar a atividade sexual das mulheres*”, quando não praticado com instrumentalização asséptica, e em, 1997, a Organização Mundial da Saúde passou a definir a mutilação genital feminina: “*todos os procedimentos que envolvem a remoção parcial ou total dos órgãos genitais femininos ou que provoquem lesões nos mesmos, tendo por bases razões culturais ou fins não terapêuticos*”. Adveio o Protocolo de Maputo em 2003, com recomendação da proibição nas legislações domésticas de prática religiosa contrária aos direitos

⁵⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena & DUPREE, A. Scott. *Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos*. Revista Internacional de direitos humanos n. 1, disponível em: <http://www.surjournal.org>, acesso em 25/07/2010.

humanos das mulheres⁵⁶⁴ (BOTTI, 2007 apud BONGIANINO, 2009, págs. 1 e 2).

A intervenção genital feminina alberga tanto a “*female genital cosmetic surgery*”, quanto a “*circuncisão feminina*” (SHELL-DUNCAN, 2000 apud BONGIANINO, 2009, pág. 6), contrapondo-se, a “*estética da beleza e do prazer*” à “*estética da pureza e da dor*”⁵⁶⁵ (BONGIANINO, 2009, pág. 11)

Quanto à circuncisão feminina, há reivindicação de grupos de mulheres para sua realização em hospitais nos países ocidentais, como expressão de identidade étnica e de gênero e contraposição ao poder dos homens, havendo formas mais brandas de intervenção, como a incisão, e mais graves, como a remoção e a punção, em idades variadas, durante a primeira semana de vida, infância, adolescência, na maioria, realizadas em práticas obrigadas, com conseqüências variadas, de lesão, morte por hemorragia e infecção por HIV, quando feita sem instrumentos assépticos, em práticas tradicionais⁵⁶⁶ (BONGIANINO, 2009, págs. 6-10). Em Uganda há o reconhecimento de identidade étnica e de gênero, do “*direito a preservar a própria particularidade*”⁵⁶⁷ (BOTTI, 2007 apud BONGIANINO, 2009, pág. 5).

⁵⁶⁴ BONGIANINO, Claudia Fioretti. *Manipulando corpos, construindo identidades, ferindo dignidades*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009

⁵⁶⁵ BONGIANINO, Op. Cit. Pág. 11

⁵⁶⁶ BONGIANINO, Op. Cit. Págs. 6-10

⁵⁶⁷ BONGIANINO, Op. Cit. Pág. 5

Calha a pergunta: “o que acontece quando o direito das minorias é sim incompatível com o direito nacional e/ou direitos humanos internacionais?”⁵⁶⁸ (BONGIANINO, 2009, pág.1).

Segundo esta autora, buscam acomodar costumes diferentes “em uma única lei geral” com retirada do poder de mulher praticante de intervenções genitais femininas em nome do Estado e do Poder Judiciário “sob a justificativa de que as mulheres estariam subordinadas, oprimidas e condicionadas pela cultura e pelos homens de sua sociedade”. É o que nomina de “empoderamento tutelado”. Retira-se a mulher da subordinação machista e subordina-a ao Estado⁵⁶⁹, (BONGIANINO, 2009, pág. 3).

2.4.1 Diversidade Cultural e Pobreza

Em reflexão sobre a vinculação entre diversidade cultural e pobreza, Maurício Langon menciona a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural⁵⁷⁰, afirmando haver possibilidade de relações interculturais construtivas.

Coloca atenção nos diferentes processos de emprobecimento e apresenta a seguinte definição de cultura: “a cultura deve ser considerada como um conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos,

⁵⁶⁸ BONGIANINO, Op. Cit. Pág. 1

⁵⁶⁹ BONGIANINO, Op. Cit. Pág. 3

⁵⁷⁰ “Art. 1 A diversidade cultural, patrimônio mundial da humanidade. A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.” Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, 2001

*que caracterizam uma sociedade ou um grupo social, e que ela inclua, além disso, as artes, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valor, as tradições e as crenças*⁵⁷¹” (Mundialcult, México, 1982 apud LANGON, 2003, págs. 76 e 78).

Identifica estarmos diante “*de um único processo*”, por uma parte a produzir empobrecimento e por outra a gerar destruição da diversidade cultural⁵⁷² (LANGON, 2003, pág. 75).

Demonstra o fato da maioria dos pobres pertencer a culturas oprimidas e de se procurar erradicar a pobreza, conservando-se a riqueza, destacando o conceito de pobreza como privação de meios materiais e oportunidades de desenvolvimento humano (LANGON, 2003, págs. 74 e 83), pois no par conceitual riqueza/pobreza, o pólo oposto à pobreza concentra todas as características positivas: “*ninguém fala de erradicar ou de reduzir a riqueza (...) o bom é ter a oportunidade de se tornar rico*⁵⁷³” (LANGON, págs. 82 e 83).

Não se trata de distribuição equitativa de bens, de mundo sem pobres, nem ricos. Procura-se erradicar pobreza com conservação de riqueza. A pobreza é considerada um mal, como o cólera ou a AIDS, epidemia, a ser erradicada. E o que é pior: passa-se “*a considerar a pobreza como um perigo e os pobres*

⁵⁷¹ LANGON, Maurício. *Diversidade Cultural e Pobreza*. In SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e Multiculturalismo*. Editora Unijuí, Rio Grande do Sul, 2003, págs. 76 e 78

⁵⁷² LANGON, Op. Cit. pág. 75

⁵⁷³ LANGON, Op. Cit. págs. 82 e 83

como delinqüentes (...) a luta contra a pobreza adquire características de uma luta contra os pobres⁵⁷⁴”(LANGON, 2003, pág. 82).

Este autor destaca a ausência de plural no enfoque da pobreza, não há diversas “pobrezas”. Quantifica-se a pobreza com recorte unilateral “da diversidade real de necessidades, desejos e carências humanas.” Perde-se o pobre concreto, com aspirações, desejos e símbolos culturais⁵⁷⁵ (LANGON, 2003, págs. 79 e 80). Uns vêem os pobres como seres humanos com necessidades básicas iguais, outros vêem, em primeiro lugar, a diversidade cultural, “o sentido da vida dos pobres e sua autonomia – até o extremo de recusar ajudas humanitárias⁵⁷⁶” (LANGON, 2003, pág. 84).

2.4.2. Racismo e Identidade Cultural

Maria Palmira da Silva destaca a inferiorização e a diferenciação presentes no fenômeno do racismo⁵⁷⁷. Relaciona a identidade pessoal com a identidade social, concebendo-a como produto social resultante de situação de conflito “envolvendo discriminação, exclusão social, exploração e opressão individual ou coletiva⁵⁷⁸” (SILVA, 2002, pág. 55), com internalização de imagem desfavorável de si mesmo.

⁵⁷⁴ LANGON, Op. Cit. pág. 82

⁵⁷⁵ LANGON, Op. Cit. págs. 79 e 80

⁵⁷⁶ LANGON, Op. Cit. pág. 84

⁵⁷⁷ SILVA, Maria Palmira da. *Identidade e consciência racial brasileira*. In: SEYFERTH, Giralda; SILVA BENTO, Maria Aparecida; DA SILVA, Maria Palmira; BORGES PEREIRA, João Baptista; SIQUEIRA, Maria de Lourdes; SILVÉRIO, Valter Roberto; DA SILVA, Maria Aparecida; e GOMES, Joaquim Barbosa. *Racismo no Brasil*, Fundação Petrópolis, ABONG, São Paulo: 2002

⁵⁷⁸ SILVA, Op. Cit. pág. 55

A força do racismo e o grau de tensão social, surgida por meio da idéia de raça, “*depende da peculiaridade das relações sociais de cada sociedade*”⁵⁷⁹ (SILVA, 2002, pág. 54).

A consciência racial desenvolve-se nas experiências da criança no núcleo familiar⁵⁸⁰ (SILVA, 2002, pág. 57). Acerca do sentido social da cor de pele para a criança, do fato da consciência relacionar-se à experiência estatui:

“*A atribuição de significado social às propriedades físicas, desde a infância, resulta da compreensão que, paulatinamente, vai se adquirindo em face dos sinais de aceitação ou de rejeição implícitos nas atitudes e nas condutas dos adultos*”⁵⁸¹ (SILVA, pág. 57 apud BERGER & LUCKMAN, 1977).

A consciência racial antecede à experiência de discriminação racial e ao engajamento pessoal nas lutas de combate ao racismo, de exame de narrativas diante de situações concretas de racismo. Destaca o engajamento e também o medo do confronto aberto, a apatia e a paralisia.

João Baptista Borges afirma a identidade como resultado de “*jogo contrastivo*” sobre a construção da auto-imagem do negro no Brasil, na avaliação do não-negro do negro e negro em relação ao próprio negro⁵⁸² (PEREIRA, 2002, pág. 66).

⁵⁷⁹ SILVA, Op. Cit pág. 54

⁵⁸⁰ SILVA, Op. Cit pág. 57

⁵⁸¹ SILVA, Op. Cit. pág. 57

⁵⁸² PEREIRA, Jorge Baptista Borges. *O negro e a identidade racial brasileira*. In: SEYFERTH, Giralda; SILVA BENTO, Maria Aparecida; DA SILVA, Maria Palmira; BORGES PEREIRA, João Baptista; SIQUEIRA, Maria de Lourdes; SILVÉRIO, Valter Roberto; DA SILVA, Maria

Para este autor a identidade consitui teoria surgida na semiologia, apropriada pelas ciências humanas, conceito utilizado fora da vida acadêmica "(...) *como rótulo mágico e simplificador, para explicar as características do povo brasileiro e dos segmentos étnico-raciais que o compõem*⁵⁸³" (PEREIRA, 2002, pág. 65).

Explicita a identidade racial como construção histórica. Tratam-se das interpretações social e cultural às características biológicas a criar a identidade simbólica de grupo⁵⁸⁴ (PEREIRA, 2002, pág 65). Refere o autor os momentos históricos da identidade negra no Brasil: período abolicionista, semana de arte moderna, Frente Negra Brasileira e Movimento Negro Unificado, afirmando o negro estar procurando construir identidade positiva de grupo com inspiração na classe média emergente, com conquista de espaços sociais, antes vedados "*isto é, o negro quer ir além dos espaços que historicamente a sociedade brasileira lhe tem reservado: futebol, carnaval, música, escola de samba, terreiros religiosos*⁵⁸⁵" (PEREIRA, 2002, pág. 69).

Rechaçam Pierre Bourdieu e Loïc Wacquant a "*transfiguração conceitualizada*⁵⁸⁶" (BOURDIEU & WACQUANT, 2002, pág. 20) das teorias das relações raciais estadounidenses. O "*imperialismo cultural*" universaliza os

Aparecida; e GOMES, Joaquim Barbosa. Racismo no Brasil, Fundação Petrópolis, ABONG, São Paulo: 2002

⁵⁸³ PEREIRA, Op. Cit. pág. 65

⁵⁸⁴ PEREIRA, Op. Cit. pág. 65

⁵⁸⁵ PEREIRA, Op. Cit. pág. 69

⁵⁸⁶ WACQUANT, Loïc & BOURDIEU, Pierre. *Sobre as artimanhas da razão imperialista*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, n. 1, 2002, p. 20, Universidade Candido Mendes, MCT, CNPq, FINEP, pág. 20.

particularismos associados a uma tradição histórica singular “*tornado-os irreconhecíveis como tais*”⁵⁸⁷ (BOURDIEU & WACQUANT, 2002, pág. 15).

Andreas Hofbauer pondera ninguém poder prever o desdobramento da implementação dos programas de ação afirmativa, se por um lado, fortalecer-se-á a sensibilização e conscientização para a discriminação, ou se por outro, impulsionará o acirramento com atos discriminatórios⁵⁸⁸ (HOFBAUER, 2006, pág. 50).

Este autor contribui para a compreensão da discriminação no Brasil, alerta para o perigo da essencialização das categorias “*branco*” e “*negro*”, mostra os termos “*raça*”, “*branco*” e “*negro*” vinculados a tradições acadêmicas de estudos de relações raciais, em exame do conceito sociológico de raça, a render trabalhos empíricos com dados estatísticos. O papel dos pesquisadores e militantes negros dos E.U.A e de fundações norte-americanas para o fortalecimento de idéia essencializada da diferença ainda não foi estudado “*por constituir um tema bastante delicado*”⁵⁸⁹ (HOFBAUER, 2006, pág. 17).

Há por um lado o desmascaramento do mito da democracia racial, porém, por outro, esta postura teórico-metodológica estadunidense não compreende “*a complexa questão das identidades*”⁵⁹⁰ (HOFBAUER, 2006, pág. 18) e distorce o fenômeno do racismo.

⁵⁸⁷ Op. Cit. pág. 15.

⁵⁸⁸ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 50

⁵⁸⁹ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 17

⁵⁹⁰ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 18

De Antônio Sérgio Guimarães, tem-se a utilização de “*raça*” como instrumento acadêmico e político de luta por políticas compensatórias. Considera-se a grande quantidade de termos de cor: moreno claro, moreno escuro, moreninho, marrom. Trata-se “*a variedade e o uso flexível de denominações de cores de pele usadas no cotidiano*” como expressão de “*falta de consciência*”⁵⁹¹ (MOURA, 1998, pág. 63 apud HOFBAUER, 2006, pág. 21).

Sobre a categoria moreno, Yvonne Maggie: “(...) *é como uma chave para se falar de cor e raça sem falar de cor e raça, pois moreno contém em si mesmo tanto cor, como ausência de cor (...)*” (MAGGIE,1996, pág. 231-232 apud HOFBAUER, 2006, pág. 38).

Não é demais lembrar que o conceito biológico de raça, descartado pela antropologia e pela genética, contribuiu para a “*naturalização*” da desigualdade socialmente herdada da escravidão. Para Andreas Hofbauer a força do fenômeno racismo provém do entrelaçamento de concretudes e ideários, pela “*maneira como concretudes e ideários se entrelaçam*” e como desigualdade real e diferença simbólica “*são produzidas, articuladas e mescladas pelos atores sociais*”⁵⁹² (HOFBAUER, 2006, pág.46).

Em referência a M. Frye Jacobson, este autor indica haver uma epistemologia legal de raça⁵⁹³ (JACOBSON, 1998, pág. 226 apud HOFBAUER, 2006, pág. 26).

⁵⁹¹ HOFBAUER, Op. Ci. pág. 21

⁵⁹² HOFBAUER, Op. Cit. pág. 46

⁵⁹³ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 26

Para Montagu o termo “raça” ganha força para explicar e justificar as diferenças de contextos sociais específicos a dividir, segregar as pessoas em classes e castas⁵⁹⁴ (MONTAGU, 1997, pág. 43 apud HOFBAUER, 2006, pág. 28). Propõe-se substituição pelo termo grupo étnico, devendo a antropologia, para este autor, também ater-se as questões de relações de poder, desigualdade socioeconômica e discriminação.

A aplicação da crença na existência de cultura ou identidade particular, como essência de povo, pode surtir efeitos semelhantes aos processos de discriminação e exclusão. Vários pesquisadores criaram neologismos para essa situação. Mais uma transcrição de Andreas Hofbauer: “*Balibar criou o conceito de ‘racismo sem raças’, e usa também o termo ‘neo-racismo’ (este último tem sido usado também por Castles); Fanon, e recentemente também Hall, fala em ‘racismo cultural’; Essed cunhou o termo ‘etnicismo racial’; e Taguieff propôs o conceito ‘racismo diferencial’*”⁵⁹⁵ (ZERGER, 1997, pág. 84 apud HOFBAUER, 2006, pág. 44).

Neste marco de compreensão do racismo à brasileira, Roberto Da Matta chama atenção, à diferença do “*sistema racial bipolar dos E.U.A, que define o ‘mestiço’ como negro*”, no Brasil, as relações sociais são dominadas por ideologia de mistura e ambiguidade, “*faz com que o mestiço simbolize ‘integração’*”⁵⁹⁶ (DA MATTA, 1997, págs. 71-72 apud HOFBAUER, 2006, pág. 37).

⁵⁹⁴ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 28

⁵⁹⁵ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 44

⁵⁹⁶ HOFBAUER, Op. Cit. pág. 37

Roberto Da Matta assume sermos uma sociedade hierarquizada e dividida. Afirma o preconceito ser contextualizado. Contrapõe à tradição igualitária anglo-saxã, à moralidade individualista moderna, o mulato, essa possibilidade de relação. *“É que primeiramente devemos ressaltar como as sociedades igualitárias engendraram formas de preconceito muito claras, porque sua ideologia negava o intermediário, a gradação e a relação entre grupos que deveriam permanecer separados, embora pudessem ser considerados teoricamente iguais. (...) O fato contundente de nossa história é que somos um país feito por portugueses brancos e aristocráticos, uma sociedade hierarquizada e que foi formada dentro de um quadro rígido de valores discriminatórios. (...) A mistura de raças foi um modo de esconder a profunda injustiça social contra negros, índios e mulatos, pois, situando no biológico uma questão profundamente social, econômica e política, deixava-se de lado a problemática mais básica da sociedade⁵⁹⁷”* (DA MATTA, 2000, pág. 46).

Kabengele Munanga conceitua raça, no sentido sociológico, *“como categoria social de exclusão”*. Conceitua etnia, comunidade religiosa, comunidade econômica/classe, comunidade política/nação, assinalando as práticas racistas de rejeição verbal, evitação e discriminação – negação de igualdade de tratamento e agressão física. Defende os direitos de participação política⁵⁹⁸ e econômica, sem deixar de atentar para os critérios de mobilidade social da sociedade capitalista. *“O racismo nunca foi um fenômeno estático e, no seu*

⁵⁹⁷ DA MATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?*, Rocco, Rio de Janeiro: 2000, pág. 46

⁵⁹⁸ Constitui dever do Estado brasileiro garantir os direitos de participação política, conforme o art. 5º, “c”, o *“direito de tomar parte do governo”*, assim como na *“direção dos assuntos públicos em qualquer nível”*, e de *“acesso em igualdade de condições às funções públicas”*. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Decreto 65.810, de 08.12.1969.

*dinamismo atual, recorre com freqüência à hipervalorização das diferenças ou das identidades culturais para reestruturar-se e reformular-se*⁵⁹⁹ (MUNANGA, 1990, pág. 54). O STF decidiu, no HC 86.452, ser imprescritível ofensa de conteúdo racial e, no HC 82.424, pela condenação por idéia anti-semita⁶⁰⁰ (CYFER, 2009, pág. 361).

Pode-se reproduzir Boaventura de Sousa Santos: “*Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza*”⁶⁰¹ (SANTOS, 2003, pág. 56 apud PIOVESAN, 2008, pág. 31).

A Corte Constitucional da Colômbia decidiu pelo direito à identidade cultural à comunidade e ao indivíduo, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu no caso Lopes Álvarez, Honduras, 2006, pelo direito lingüístico⁶⁰² (CHIRIBOGA).

A Lei Municipal n. 210 de 2006, São Gabriel da Cachoeira, Estado do Amazonas, dispõe sobre a regulamentação da co-oficialização das línguas Nheengatu, Tukano, Baniwa e Portuguesa⁶⁰³ (NETO, 2009, pág. 6).

⁵⁹⁹ MUNANGA, Kabengele. *Racismo da desigualdade à intolerância*. São Paulo em Perspectiva, 4(2): 51-54, abril/junho 1990

⁶⁰⁰ CYFER, Ingrid. *O Supremo Tribunal Federal e a Proteção contra a discriminação racial*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, pág. 361

⁶⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos Direitos Humanos e Igualdade étnico-racial*. In: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins De (Coord.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2008, pág. 31

⁶⁰² CHIRIBOGA, Osvaldo Ruiz. *O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano*, disponível em: www.surjournal.org/index5.php acesso em: 10/08/2010

⁶⁰³ NETO, 2009, Op. Cit.

O Código Federal de Procedimentos Penais do México estabelece a obrigatoriedade de tradutor, em caso de indígena monolíngüe⁶⁰⁴ (RIVERA, 1994, pág. 464).

2.5. Religião e Diversidade Cultural

Lílian Moritz Schwarcz comenta o diagnóstico determinista de Nina Rodrigues e reafirma a diferença plural e relacional. Atenta: “*o perigo de ‘essencializar’ o debate é transformar identidades não em relações, mas em fronteiras*”⁶⁰⁵ (CASTRO apud SCHWARCZ, 2009, pág. 48).

Alexandre Brasil Fonseca refere passagem de Nina Rodrigues sobre as religiões afro-descendentes “*(...) não são um crime, e não justificam as agressões brutais da polícia de que são vítimas*” (RODRIGUES, 1988, p. 246 apud FONSECA, 2009, pág. 76), em estudo sobre história movimento pentecostal, “*suas tendências conservadoras e transformadoras*” (DROOGERS, 1991 apud FONSECA, 2009, pág. 83), por sua gestão transparente, com proposta de fóruns participativos e democráticos de decisão e por sua intolerância religiosa em face de grupos minoritários⁶⁰⁶ (FONSECA, 2009).

⁶⁰⁴ RIVERA, 1994, Op. Cit. pág. 464

⁶⁰⁵ SCHWARCZ, Lílian Moritz. *Nina Rodrigues e o direito penal: mestiçagem e criminalidade*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009, p. 37-52

⁶⁰⁶ FONSECA, Alexandre Brasil. *Desigualdades sociais, políticas públicas e religião: observações por ocasião dos centenários de Nina Rodrigues e Rua Azuza*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

Reflete o seguinte sobre a religião: “(...) *semântica e potencial de motivação das tradições religiosas em mundo dominado pela anomia, ceticismo político, narcisismo, corrosivos do processo democrático, a religião poderia reintroduzir valores como solidariedade e responsabilidade*” (HABERMAS apud ROUANET, apud PEREIRA, 2006 apud FONSECA, 2009, pág. 84).

A religião é cultura, portanto, diversa⁶⁰⁷ (ALBUQUERQUE, 2009). José Guilherme Cantor Magnani estuda o neoesoterismo e o “*reencantamento do mundo*”: práticas não restritas ao mundo do além, com terapias para o corpo e para a mente, fazendo parte destas uma psicologia e uma medicina: “(...) o *pluralismo religioso transbordou para os modos de cuidar de si e pôr ordem no mundo*⁶⁰⁸” (MAGNANI apud ALBUQUERQUE, 2009, pág. 92). Os processos de desenvolvimento e modernização levam a uma diferenciação social com conseqüências de descompromisso para com as instituições tradicionais e abertura para “*novas opções de pertencas sociais e culturais*”. É o que se convencionou chamar de condição pós-moderna⁶⁰⁹ (ALBUQUERQUE, 2009, pág. 94).

Sobre o sincretismo discorre Sérgio Figueiredo Ferreti. “*O sincretismo pode ser visto como característica do fenômeno religioso*⁶¹⁰” (FERRETI, 2006, pág. 114).

O termo sincretismo busca substituir termos preconceituosos como “*crendices*,

⁶⁰⁷ ALBUQUERQUE, Leila Marrach Basto de. *Pluralismo religioso no Brasil: “O sagrado está solto”*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

⁶⁰⁸ ALBUQUERQUE, Op.Cit. pág. 92

⁶⁰⁹ ALBUQUERQUE, Op. Cit. Pág. 94

⁶¹⁰ FERRETI, Sérgio Figueiredo. *Sincretismo afro-brasileiro e resistência cultural*. In: BACELAR, Jéferson & CAROSO, Carlos (org.) *Faces da tradição afro-brasileira. Religiosidade, sincretismo, anti-sincretismo, reafricanização, práticas terapêuticas, etnobotânica e comida*. Palas, Salvador: 2006.

*superstição, feitiçaria, bruxaria e/ou expressões ultrapassadas como animismo e fetichismo*⁶¹¹ (DROOGERS apud FERRETI, 2006, pág. 119).

Mundicarmo Ferreti destaca a transmissão oral das religiões afro-brasileiras e a concentração de poder e saber nos pais e mães de santo, afirmando haver possibilidade de transmissão de seus fundamentos por discos, vídeos e livros⁶¹² (FERRETI, 2009, pág. 125).

Vagner Gonçalves da Silva percorre as obras “*Os africanos no Brasil*”, 1933 e “*O animismo fetichista dos negros baianos*”, 1935 de Nina Rodrigues, Manuel Querino, sobre o “*culto aos ídolos-fetiches situados no interior dos terreiros ou aos elementos naturais, como lagos, rios e árvores, aos quais as divindades estavam associadas*”⁶¹³ (RODRIGUES apud SILVA, 2009 pág. 59). Assinala a queda do paradigma racial em Arthur Ramos e Roger Bastide nos estudos de religiões caracterizadas pela “*iniciação e segredo ritual*”. Relata, no final do séc. XIX, órgãos comprometidos com apreensão de objetos litúrgicos e repressão aos cultos associados às práticas de curandeirismo e charlatanismo. Sobre o transe religioso como manifestação de sonambulismo registra: “*delírio histero-hipnótico*”, “*uma espécie de sonambulismo provocado ou sugerido pela música sacra ao som dos atabaques*”⁶¹⁴ (RODRIGUES, 1935 apud SILVA, 2009, pág. 61).

⁶¹¹ FERRETI, Op. Cit. Pág. 119

⁶¹² FERRETI, Mundicarmo. *Oralidade e transmissão do saber nas religiões afro-brasileiras*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

⁶¹³ SILVA, Vagner Gonçalves da. *O Etnógrafo e os animistas: Nina Rodrigues e a formação da etnografia religiosa afro-brasileira*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

⁶¹⁴ SILVA, Op. Cit. Pág. 61

Arthur Ramos apresenta a herança cultural das culturas sudanesas - do Dahomey, yorubas, ewes, fanti-ashantis – e negro-maometanas, haussás, tapas, mandingas, fulahs e das culturas bantus, angola-congueses, moçambiques, entre outros⁶¹⁵ (RAMOS, 1956, págs. 97 e 98).

Com Arthur Ramos: *“A feitura do santo é uma função complexa, que comporta várias fases, com sacrifícios de animais, toques sagrados nos tambores ou atabaques, danças e cânticos pelos filhos-de-santo... O santo ou orixá exige pessoas voltadas ao seu culto, as filhas-de-santo, à semelhança das sacerdotisas daomeanas e iorubas, as kosi, que na África se destinavam à prostituição sagrada. No Brasil, a iniciação das filhas-de-santo perdeu muito do seu caráter primitivo. Não há, aqui, a prostituição sagrada, as interdições tabu não são tão categóricas como na África. Hoje, apenas alguns candomblés baianos respeitam todas as fases da iniciação sagrada. (...) O cair-no-santo é um estado psicológico especial, a que já consagrei longos estudos, de caráter médico-psicológico. O cansaço fisiológico provocado pela dança, a fadiga da atenção pelos cânticos indefinidamente repetidos... tudo isso provocava o fenômeno da queda-no-santo, espécie de transe de cor histeróide, que ataca de preferência as mulheres. Há toda uma variedade de expressões no estado-de-santo, desde os simples delíquios passageiros, até as mais violentas explosões motoras, com as convulsões clássicas^{616 617}”* (RAMOS, 1956, págs. 102 e 103).

⁶¹⁵ RAMOS, Arthur. *O negro na civilização brasileira*. Livraria Editora da Casa do Estudante do Brasil, Rio de Janeiro: 1956

⁶¹⁶ RAMOS, 1956. Op. Cit.

Sobre os aspectos simbólicos e a relação de herança ancestral com o corpo, pode-se consultar Vilson Caetano de Sousa Júnior⁶¹⁸ (JÚNIOR, 2002). Ari Pedro Oro escreve sobre religiões populares, religiões encantadas e religiões de êxtase⁶¹⁹ (ORO, 1992). Sobre o processo de sincretização afro-índio-paraibano pode ser referido o estudo de Idalina Maria Freitas Lima Santiago⁶²⁰ (IDALINA, 2000).

O transe também está presente na religiosidade indígena, entre os assurinís, do Rio Tocantins: *“constatamos a existência de um ritual denominado opetimo (literalmente: comer fumo) que tem como objetivo identificar, entre os jovens, aqueles que têm o potencial de se transformar em um pai´é (sic pajé). Entre cantos e danças, os candidatos fumam um grande charuto de tabaco, engolindo a fumaça. Os que se sentem mal, ou seja, têm ânsia de vômito são descartados. Os que desmaiam são os escolhidos. “Omano” grita o pai´é oficiante do ritual, ou seja: ´ele morreu´. É ´morrendo´ que se faz a viagem para o outro mundo, o que torna possível o contato com os antepassados⁶²¹.”* (LARAIA, 2005, pág.8)

⁶¹⁷ Veja também: *Centenário da Umbanda, Matriz Religiosa Brasileira*, Seminário realizado pelas Comissões de Legislação Participativa e de Direitos Humanos e Minorias em 9 de dezembro de 2008, 2009, disponível em: <http://bd.camara.gov.br>

⁶¹⁸ JÚNIOR, Vilson Caetano de. *As representações do corpo no universo afro-brasileiro*. Projeto História n. 25, Educ, São Paulo: 2002, pág. 125

⁶¹⁹ ORO, Ari Pedro. *Religiões populares e modernidade no Brasil* In: TEIXEIRA, Sérgio Alves & ORO, Ari Pedro (org.), *Ensaio de Antropologia Social, Brasil e França*, UFRGS, Porto Alegre: 1992.

⁶²⁰ IDALINA, Maria Freitas Lima Santiago. *Aspectos Míticos da Jurema Indígena presentes no complexo Umbanda Cruzada com Jurema na Grande João Pessoa/PB*. Revista da APG, PUC SP, junho 2000, São Paulo: 2000

⁶²¹ LARAIA, Roque de Barros. *As religiões indígenas: o caso tupi-guarani*. Revista Usp n. 67, set./nov. 2005. Para religiosidade indígena, veja também: OLIVEIRA, Kelly Emanuely de. *Os terreiros e o toré: o diálogo entre religião e política no fortalecimento do povo Xukuru do Ororubá (PE)*. Disponível em: http://www.ufcg.edu.br/~leme/pdf/leme_kelly.pdf, acesso em: 24/01/2011. Veja também, em matéria de antropologia da religião: <http://www.osurbanitas.org/>

Como afirmou Wilson Roberto de Mattos sobre a acusação de defesa do meio ambiente com desconhecimento do significado de sacrifícios de animais e oferendas para a religião: “*Os cultos afro-brasileiros, quando não vitaminados pela discriminação pura e simples, ainda são vistos (o que é pior) como produto exótico consumível, capazes de darem respostas às angústias e inquietações imediatas geradas por uma racionalidade que não cumpriu suas ‘promessas’*” (MATTOS, 1993, pág. 254).

Sobre a Lei Estadual Gaúcha nº 12.131/2004, a excepcionar ações contra animais decorrentes de cultos e liturgias das religiões de matriz africana, manifestaram-se os Procuradores de Justiça Isabel Dias Almeida e Bruno Heringer Júnior pela inconstitucionalidade formal e material⁶²³ (ALMEIDA & JÚNIOR, págs. 197-204).

Daniel Braga Lourenço refere a dicotomia crença-ação no critério jurisprudencial da Suprema Corte dos E.U.A, em desfavor da poligamia dos Mórmons, porém, no caso da Santeria, “*a Suprema Corte entendeu que os atos legislativos locais não eram, formal e substancialmente, hábeis à limitação da prática religiosa dos santerianos*”⁶²⁴ (LOURENÇO, 2005, pág. 301).

Veja também os grupos de pesquisa da PUC SP, em especial a publicação eletrônica de Núcleo de Estudos de Religião e Sociedade: <http://www.pucsp.br/revistanures/>

⁶²² MATTOS, Wilson Roberto de. *Sinal Verde: Religiões Afro-brasileiras, meio ambiente e discriminação*. Revista da APG, PUC SP, n. 4, São Paulo: 1993

⁶²³ ALMEIDA, Isabel Dias & JÚNIOR, Bruno Heringer. *Liberdade de Religião e Sacrifício de Animais: A Lei Estadual Gaúcha nº 12.131/2004*, Revista de Estudos Criminais, ano VI, n. 22, Porto Alegre.

⁶²⁴ LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional ano 13 n. 51, abril-junho de 2005, RT, São Paulo: 2005

Na Suprema Corte dos E.U.A, decidiu-se pela importação de huasca, chá do santo daime, ao contrapor o *Religious Freedom Restoration Act* deles em face ao *Narcotic Drugs and Psychotropic Act*⁶²⁵ (GODOY, 2006).

O tafarismo, de determinado período histórico, movimento messiânico⁶²⁶, dentre tantos em África, faz leitura da bíblia em caráter anti-ocidental pelo fim da Babilônia (LANTERNARI, 1960, pág. 180).

Sobre o racismo ambiental e o impedimento ao exercício de religiões de matriz africana escreve Ariovaldo Santos de Souza, com proposta de Operação Urbana Consorciada “Sagrada”, arts. 32 a 34, Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, com Fundo Específico e remuneração por serviços ambientais⁶²⁷⁶²⁸(SOUZA). O art. 24 da Lei 12.288 de 2010, Estatuto da Igualdade Racial, reconhece o direito à liberdade religiosa de matriz africana.

Deve ser mencionado o art. 6º da Lei de Fumígenos do Estado de São Paulo, Lei13.541:

“Artigo 6º - Esta lei não se aplica:

I - aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do

⁶²⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Suprema Corte-Americana e o julgamento da Huasca pelo Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (UDV). Colisão de princípios: liberdade religiosa v. repressão a substâncias alucinógenas, um estudo de caso.* Revista Jurídica Vol. 8 n. 79, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_79/index.htm acesso em: 27/10/10

⁶²⁶ “tipicamente escapista”, segundo: LANTERNARI, Vittorio. *As religiões dos oprimidos.* Ed. Perspectiva, 1960, pág. 180.

⁶²⁷ SOUZA, Ariovaldo Santos de. *Planejando o uso do solo em territórios sagrados.* Disponível em: <http://advbr.info/doutrinas/doutconst02.htm> Acesso em: 28/12/2010

⁶²⁸ Veja também: *Pagamento por Serviços Ambientais*, Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br> Acesso em: 29/12/2010.

ritual;

II - às instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista;

III - às vias públicas e aos espaços ao ar livre;

IV- às residências;

V - aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

Parágrafo único - Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei⁶²⁹.”

A possessão por espírito consiste em termo técnico da antropologia e remanesce como questão tratar-se de “*patologia ou dispositivo terapêutico*”⁶³⁰ (PEREIRA, 1992, págs.12-16)

Nesse ponto, Bento Brado Júnior afirma os sociólogos e os antropólogos temerem uma concepção estritamente médico-orgânica da doença mental, por significar dissolução da dimensão simbólica da vida mental e por outro lado afirma os psiquiatras temerem o relativismo implicado na insistência do caráter simbólico ou cultural da definição da doença mental, na insistência na

⁶²⁹ www.alesp.gov.br

⁶³⁰ PEREIRA, Ronan Alves. *Possessão por espírito e inovação cultural. A experiência religiosa das japonesas Mihi Nakayama e Neo Deguchi*. Aliança Cultural Brasil-Japão, Nassao Ohno, São Paulo: 1992.

construção social da doença mental⁶³¹ (PRADO JR., 1992, págs. 305-308). O debate prossegue entre neurociência, antropologia e ciências da religião.

A religião compõe símbolos de ordem do mundo (GEERTZ apud FAUBION, 1998, pág. 675), sendo a violência, material ou simbólica (BOURDIEU apud FAUBION, 1998, pág. 676), recurso religioso e profissão religiosa, verificável nos diversos ritos pela antropologia das religiões e na retórica de contestação, sendo o outro religioso, nem sempre um: “*heretic, apostate, infidel, atheist, sociocultural rival, sociocultural outsider*”⁶³² (FAUBION, 1998, pág. 677).

Cabe referir Miguel Reale sobre o ser finito inconformado com a finitude e impelido a transcender-se, sobre a transcendência como separação de Deus e homem e a imanência como sua unidade (F. ALQUIÉ apud REALE, 1977, pág. 275), sobre “*a experiência religiosa como tentativa ou forma de comunicação do ser humano com o divino*”, caracterizando-se por “*ato intencional de livre renúncia de si em razão de um valor*”, de um dar sem contrapartida, indicando espera e esperança, diferenciando-se da experiência estética, considerando o ato de orar não implicar em idéia de prazer.

Miguel Reale afirma “*a ‘teoria da experiência religiosa’, como toda teoria da experiência, é fundamentalmente interdisciplinar, só podendo ser o fruto de pesquisas de psicólogos, antropólogos, sociólogos, teólogos, historiadores e*

⁶³¹ PRADO JR, Bento. Conclusão. In: D’INCAO, Maria Angela (org.) *Doença Mental e Sociedade. Uma discussão interdisciplinar*, Graal, Rio de Janeiro: 1992.

⁶³² FAUBION, James D. *Outline for an Anthropology of Religion and Violence*. In: YAMAMOTO, Tetsuji. *Philosophical Designs for a Socio-cultural transformation. Beyond violence and the modern era*. E.H.E.S.C. Tokyo:1998, págs. 675-682.

*filósofos (...)*⁶³³ “(REALE, 1977, págs. 273-275). Experiência que se abre ao infinito, entreabre as “*asas noturnas*” do ser⁶³⁴ (MALRAUX apud REALE, 1997, pág. 275), guardando paralelo com a experiência amorosa.

2.6. Globalização, Diálogo intercultural e Conclusão

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a globalização como “*notável empreendimento de marketing*”⁶³⁵, “*gigantesca campanha de marketing*”⁶³⁶ (MELLO). Olgária Matos define a globalização econômica como liquidação do político pela economia⁶³⁷ (MATOS, 2003, pág. 48).

Para Boaventura de Souza Santos a globalização é o processo pelo qual entidade local estende influência ao globo e ao fazê-lo, designa como local outra condição social ou rival⁶³⁸ (SANTOS, 1997, pág. 108). As globalizações definem-se como “*conjuntos de relações sociais*” (SANTOS, 1997, pág. 107) ou como processo multidimensional de hibridismo estrutural, *melange* global, com novas práticas sociais de cooperação e competição, hibridismo cultural, globalização da diversidade, encontros intercivilizatórios (THERNBORN, 1992 apud PIETERSE, 1994), a par da internacionalização da economia, da produção e das finanças (COX, 1992 apud PIETERSE, 1994, pág. 30),

⁶³³ REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Grijalbo, Edusp, São Paulo: 1977

⁶³⁴ REALE, Op. Cit.

⁶³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Os 20 anos sofridos da Constituição*. Revista da AASP n. 99, Disponível em http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista99/celso_mello.asp, acesso em: 04/08/2010.

⁶³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Entrevista: Controlar o Estado*. Disponível em http://www.idec.org.br/rev_entrevista.asp.

⁶³⁷ MATOS, Olgária. *Modernidade: república em estado de exceção*. Revista Usp nº 59, setembro/novembro, São Paulo: 2003, pág. 46-53

⁶³⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Lua Nova, vol. 39, CEDEC, São Paulo: 1997, págs. 107 e 108

estandardização da cultura, ocidentalização, universalização do particularismo (ROBERTSON, 1992 apud PIETERSE), integração assimétrica (TERHAL, 1987 apud PIETERSE) e internacionalização dos direitos humanos⁶³⁹ (PIETERSE, 1994) ou “*ocaso civilizatório*”, em contexto de mundialização do capital⁶⁴⁰ (ALVES, 2002).

A filosofia da alteridade intercultural busca a “*manifestação polifônica da filosofia*”, práticas culturais de pensamento, o diálogo de culturas filosóficas, a hermenêutica da alteridade, em meio ao “*desafio da convivência solidária*”, a permitir “*constelação dos saberes da humanidade*” e diálogo aberto sobre valores⁶⁴¹ (FORNET-BETANCOURT, 2003, págs. 300-316). A hermenêutica diatópica, ao pressupor os lugares-comuns argumentativos de uma cultura tão incompletos quanto da outra⁶⁴² (SANTOS, 1997, pág. 116), busca o diálogo de culturas jurídicas, o diálogo “*como processo de descoberta mútua*” (EBERHARD, 2000 apud KROHLING, 2009 pág. 84): “*(...) não se pode realmente compreender os pontos de vista de uma outra tradição se não compartilhá-las*⁶⁴³” (PANIKKAR, 1984 apud KROHLING, 2009, pág. 85).

A ética da alteridade, a comunicação como abrir-se e responsabilidade com relação ao outro contrapõe-se ao egoísmo normalizado, à constituição sócio-

⁶³⁹ PIETERSE, Jan Nederveen. *Globalisation as hybridisation*. International Sociology, Journal of the International Sociological Association, Volume 9, Number 2, June, SAGE, Bielefeld, Germany: 1994, p. 161-184

⁶⁴⁰ ALVES, Giovanni. *Globalização como processo civilizatório humano-genérico*. Estudos de Sociologia Ano 7/8, nº 13/14, UNESP, Araraquara: 2002, págs. 37-48.

⁶⁴¹ FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural*. In SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e Multiculturalismo*. Editora Unijuí, Rio Grande do Sul, 2003, pág. 300-316

⁶⁴² SANTOS, Op. Cit. pág. 116

⁶⁴³ KROHLING, Aloísio. *Direitos Humanos Fundamentais. Diálogo intercultural e democracia*. Paulus, São Paulo: 2009, págs. 84-85

simbólica da subjetividade de nossa cultura, ao narcisismo como estratégia de sobrevivência, apontando-se para a necessidade de reconstrução da subjetividade ética, para “*a relação com o outro como fonte e origem de todos nossos significados*”, “*responsabilidade inevitavelmente suscitada pela presença do outro*”⁶⁴⁴ (LÉVINAS apud REGUERA, págs. 485 e 481). Refere-se a “*dimensão ética da visitaço*”⁶⁴⁵ (LÉVINAS, 1993 apud SEGATO, 2006, pág. 226).

Para a fenomenologia, o ser é um ser da relação⁶⁴⁶ (GUERRA FILHO, 2010). Há descrição do sentido de humano, experiência indefinível, por “*acontecimento antropológico*”⁶⁴⁷ (GONZÁLEZ R.; ARNÁIZ, 1988 apud MAIRAL, 2008, pág. 60). Consiste em chave de sentido da dignidade humana e manifestação originária dos direitos humanos, sendo a diferença e a alteridade os fundamentos da humanidade e o latido do outro, da alteridade, do amor, da abertura ao diferente, momento fundante da consciência e da reflexividade. Esse é o esforço do pensamento levinasiano “*acerca da profunda questão do sujeito e da relação*”⁶⁴⁸ (MAIRAL, 2008, pág. 61).

⁶⁴⁴ REGUERA, Gabriel Bello. *La ética de la alteridad en la escena contemporánea (Notas sobre E. Levinás)*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Derecho y Moral, 28, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1998, págs. 481 e 485

⁶⁴⁵ SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. MANA 12(1), 2006, pág.226, disponível em www.scielo.org.br acesso em 10/01/2011.

⁶⁴⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma poética do direito: introdução a uma teoria imaginária do direito (e da totalidade)*. Panóptica ano 3 nº 19, julho-outubro, 2010 disponível em: www.panoptica.org Acesso em: 03/02/2011.

⁶⁴⁷ MAIRAL, Javier Barraca. *Emmanuel Lévinas y la dignidad humana, a la luz del acontecimiento antropológico*. Prisma Jurídico v. 7, n. 1, p. 59-80, jan./jun., São Paulo: 2008.

⁶⁴⁸ MAIRAL, 2008, Op. Cit.

Concebe os direitos humanos como comoção da proximidade, como descobrimento da humanidade no outro, falando-se em retorno da filosofia à experiência antropológica. O humano aparece como interrogante traçada pelo rosto e a desnudez do rosto como súplica de humildade, voz convocadora e demanda inextinguível do outro⁶⁴⁹ (LÉVINAS, 1993, pág. 46 apud MAIRAL, 2008).

É a voz da diferença, relacionando-se dignidade com responsabilidade convocada pela voz do infinito, despertada e audível pelo humano próximo⁶⁵⁰ (PINTOR RAMOS, 1994 apud MAIRAL, 2008, pág. 62). É a passividade radical à solicitação de amor e à verdade humana, concebendo-se a subjetividade como responsabilidade inderrogável e indelegável.

Deve-se levar em conta a multiplicidade do diverso, do infinitamente diverso. A subjetividade constitui-se na responsabilidade assumida frente ao peso da alteridade, com respeito pela alteridade e relação com a alteridade, apontando-se o sentido de convivência plural⁶⁵¹ (SOUZA, 2008, págs. 28 e 29).

A violência consiste na fabricação de uma coisa, na satisfação de uma necessidade, de um desejo e no conhecimento de um objeto, bem como

⁶⁴⁹ MAIRAL, 2008, Op. Cit.

⁶⁵⁰ MAIRAL, 2008, Op. Cit.

⁶⁵¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença. Aventuras da Alteridade na Complexidade da Cultura Contemporânea*. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2008, págs. 28 e 29.

qualquer estratégia em capturar, tematizar, reduzir, usar, anular e aniquilar o outro⁶⁵² (LÉVINAS apud DE VRIES, pág. 16).

Com a consciência de que as emoções e sentimentos podem estar carregados de ideologia, deve-se analisar que tipo de subjetividade está a se formar “se para a emancipação dos homens ou se para um viver egoísta e individualista”. O indivíduo deve ter consciência da importância da conquista da liberdade e que ela envolve responsabilidade e reciprocidade⁶⁵³ (CALLIGARES, 1994 apud CHAVES, pág. 197).

Por fim, deve-se mencionar a Lei 11.645/2008, com estabelecimento de conteúdo de história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas no currículo escolar. A Portaria n. 734 do MEC/2010 institui a Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena.

Coloca-se a questão do prestígio assumido pelo professor indígena entre as antigas lideranças dos Bororo, no Brasil⁶⁵⁴ (URQUIZA, 2006, pág. 340), a par do desafio da educação bilíngüe no Paraguai⁶⁵⁵, com as variantes lingüísticas,

⁶⁵² DE VRIES, Hent. *Violence and Testimony: on sacrificing sacrifice*. In: DE VRIES, Hent & WEBER, Samuel (Edited). *Violence, Identity and Self-determination*. Stanford University Press, Stanford, Califórnia: 1997, pág. 16

⁶⁵³ CHAVES, Juliana de Castro. *Modernidade e indivíduo: a indiferença e o hedonismo dos afetos*. Estudos Goiânia, Revista da Universidade Católica de Goiás, v. 30 n. 1 p.1-220, jan. 2003

⁶⁵⁴ URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera. *Los indígenas en Brasil y la Educación: los retos de la interculturalidad y de la globalización*. In: BARRIO, Angel B. Espina. *Conocimiento local, comunicación e interculturalidad*. Instituto de Investigaciones Antropológicas de Castilla y León, Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, Recife: 2006, Pág. 340

⁶⁵⁵ CORVALÁN, Graziella. *La educación escolar bilíngüe del Paraguay. Avances y Desafíos*, Revista Paraguaya de Sociología. Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos. Año 35, n. 103, setiembre/diciembre de 1998, págs. 101-118.

“guaraño”, “jopara”, e o desafio da educação bilíngüe no México⁶⁵⁶
(CORVALÁN, 1998 e SWADESH, 1974).

Na educação intercultural, as experiências pedagógicas no Estado da Bahia praticam por meio de reconstrução da identidade de moradores⁶⁵⁷ do subúrbio ferroviário do município de Salvador e por meio da leitura de conto⁶⁵⁸ e mito afro-brasileiro⁶⁵⁹, a defesa da ética da coexistência e do futuro (MORAIS & ATAÍDE, 2003 e SANTOS, 2003, 2002).

Bibliografia II:

ACEVEDO MARIN, Rosa. *Quilombolas na ilha de Marajó: território e organização política*. In: ACEVEDO MARIN, Rosa & MENEZES, Marilda Rosa de & GODOI, Emilia Pietrafesa de. *Diversidade do campesinato: expressões e categorias* Vol. 1, *Construções identitárias e sociabilidades*, UNESP, São Paulo: 2009, Pág. 214.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Derechos humanos: inseguridades y certezas terminológicas*, Revista do IASP, ano 11, n. 22, julho/dezembro, RT, São Paulo, 2008, págs. 278-292

ALBUQUERQUE, Leila Marrach Basto de. *Pluralismo religioso no Brasil: “O sagrado está solto”*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

⁶⁵⁶ SWADESH, Evangelina Arana de. *Lingüística y educación indígena*. América Indígena, Vol. XXXVI, nº 2, abril-junio, Instituto Indigenista Interamericano, México, D.F.: 1976, págs. 347-358
Veja também: RODRÍGUEZ, Miguel Angel. *La educación básica como derecho social fundamental: estudiantes, recursos y escuelas indígenas 2000-2005*, FLAPE, México, Puebla: 2009.

⁶⁵⁷ ATAÍDE, Yara Dulce B. de & MORAIS, Edmilson de Sena. *A (Re)construção da identidade étnica afro-descendente a partir de uma proposta alternativa de educação pluricultural*. Revista da FAEEBA, Educação e Contemporaneidade, Salvador, v. 2, n. 19, p. 81-98, jan./jun., 2003

⁶⁵⁸ SANTOS, Léa Austrelina Ferreira. *Odemodé Egbé Asipá: para além do ‘ensino da história e cultura afro-brasileira*. Revista da FAEEBA, Educação e Contemporaneidade, Salvador, v. 2, n. 19, p. 99-111, jan./jun., 2003

⁶⁵⁹ SANTOS, Léa Austrelina Ferreira. *De Narciso a Ajaká: as políticas de educação na Bahia, ética do futuro e coexistência*. Sementes: Canderno de Pesquisa, v. 3, n. 5/6, jan./dez., Uneb, Salvador: 2002

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quilombos: sematologia face a novas identidades*. In: Projeto Vida de Negro, Frechal Terra de Preto Quilombo reconhecido como reserva extrativista, São Luís, Maranhão: 1996, Págs. 11-19.

ALMEIDA, Isabel Dias & JÚNIOR, Bruno Heringer. *Liberdade de Religião e Sacrifício de Animais: A Lei Estadual Gaúcha nº 12.131/2004*, Revista de Estudos Criminais, ano VI, n. 22, Porto Alegre.

ALVES, Giovanni. *Globalização como processo civilizatório humano-genérico*. Estudos de Sociologia Ano 7/8, nº 13/14, UNESP, Araraquara: 2002, págs. 37-48.

ANDRADE, Maristela de Paula. *Uma experiência de elaboração de Laudo Antropológico sobre uma situação de terra de índio no Maranhão*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 94-98.

ANJOS, Cláudia Giovannetti Pereira. *O Supremo Tribunal Federal e a Proteção às Minorias*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) O STF e o Direito internacional dos direitos humanos. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, págs. 345 e 346

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Territórios étnicos: o espaço dos quilombos no Brasil*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.). Diversidade, espaço e relações étnico-raciais. O negro na geografia do Brasil. Autêntica, Belo Horizonte: 2007, pág. 125

ARAMBURU, Romina del Valle. *El Homo Sacer: la manifestación del elemento religioso en el derecho penal*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año XLII, n. 63, vol. 42, 2002, págs. 131-134.

ARAÚJO, Marcelo de. *Direitos individuais e direitos das minorias nacionais: uma crítica à política de “suplementação” dos direitos humanos em contextos multiculturais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 55, ano 14, abril-junho, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, págs. 89-127.

ARAÚJO, Ubiracy. *A presença indígena nas Unidades de Conservação*. Advocacia Pública n. 8, 1999.

ARRUDA, Roldão. *Decisão do Supremo impôs limite às pretensões*. Jornal o Estado de São Paulo, 29 de março de 2009, A13.

ATAÍDE, Yara Dulce B. de & MORAIS, Edmilson de Sena. *A (Re)construção da identidade étnica afro-descendente a partir de uma proposta alternativa de educação pluricultural*. Revista da FAEEBA, Educação e Contemporaneidade, Salvador, v. 2, n. 19, p. 81-98, jan./jun., 2003

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. Plêiade, Fapesp, São Paulo: 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Duelo e Processo*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 28, Rio de Janeiro: 2003, pág. 42.

BARBIERI, Sonia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Almedina, Coimbra: 2008.

BARRETO FILHO, Henyo T. *Populações Tradicionais: introdução à crítica da ecologia política de uma noção*. In: ADAMS, Cristina & MURRIETA, Rui & NEVES, Walter (orgs.) *Sociedades Caboclas Amazônicas. Modernidade e Invisibilidade*. FAPESP, Annablume, São Paulo: 2006, 109-143

BARTRA, Roger. *Violencias Salvajes: usos, costumbres y sociedad civil en México*. In: YAMAMOTO, Tetsuji. ed. *Philosophical Designs for a Sócio-Cultural Transformation. Beyond violence and the modern era*. École des Hautes Études en Sciences Culturelles Co-Published by Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Tokyo: E.H.E.S.C. ,1998, Págs. 742-749.

BATALLA, Guillermo Bonfil. *Implicaciones éticas del sistema de control cultural*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 190

BELLI, Benoni. *A politização dos direitos humanos. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as Resoluções sobre países*. Perspectiva, São Paulo: 2009

BENATTI, José Heder. *A titularidade da propriedade coletiva e o manejo florestal comunitário*. Revista de Direito Ambiental n. 26, ano 7, abril-junho, RT, São Paulo: 2002, págs. 126-151.

BENTO, Victor Eduardo Silva. *Tóxico e Adicção comparados a paixão e toxicomania: etimologia e psicanálise*. Psicologia Usp, vol. 17, n. 1, São Paulo: 2006, pág. 198

BONGIANINO, Claudia Fioretti. *Manipulando corpos, construindo identidades, ferindo dignidades*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009

BORGES, Marina Soares Vital. *Justiça Comunitária, Administração de Conflitos e Antropologia Jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana*, In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*, Conceito, São Paulo: 2011, págs. 271-298

CAMAROTE, Elisa M. *Comunidades de fundo de pasto: afinal quem são seus habitantes?* Disponível em: www.ram2009.unsam.edu.ar Acesso em: 13/03/2011.

CANSINO, César. *Democracia y Sociedad Civil en América Latina. Una Revisión Crítica de los Diagnósticos Latinoamericanos en los años ochenta y noventa*. Revista Metapolítica vol. 2, num. 7, Pág. 436

CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho. *Estrangeiras imagens*. Pág. 139-151, In: CASTRO, Gustavo de & CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho & ALMEIDA, Maria da Conceição de. (org.) *Ensaio da Complexidade*, Sulina, UFRN, Porto Alegre, 1997.

CASTRO, Viveiros de. *O Brasil como realidade e multiplicidade*. Conferência SESC Pinheiros, 21 de maio de 2009, São Paulo, SP, Seminário Identidade e Diversidade Cultural, para uma cultura da convivência do diverso, 19 a 21 de maio de 2009.

CAVALCANTI, Sônia Maria Ribeiro Simon. *Ciganos: caminheiros do destino*. Dissertação defendida em outubro de 1994. Orientação: Yvone Dias Avelino. Programa de Estudos Pós-graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Boletim de Pesquisa n. 6, São Paulo: 1996.

CERQUEIRA, Cleymenne. *A estreita relação entre os conflitos pela posse da terra e a violência*. In: Porantim. Ano XXXIII, n. 326, Brasília, junho/julho, 2010.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª Edição revista da tradução. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 1ª Edição, 1995, São Paulo, pág. 163.

CHAVES, Juliana de Castro. *Modernidade e indivíduo: a indiferença e o hedonismo dos afetos*. Estudos Goiânia, Revista da Universidade Católica de Goiás, v. 30 n. 1 p.1-220, jan. 2003

CHIRIBOGA, Osvaldo Ruiz. *O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano*, disponível em: www.surjournal.org/index5.php acesso em: 10/08/2010

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 61, RT, São Paulo: 2007, págs. 65-68.

CORDERO, Jaime. *Peru e Equador pedem espaço aos indígenas como na Bolívia*. El País de 25/06/2010, disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2010/06/25/peru-e-equador-pedem-espaco-aos-indigenas-como-na-bolivia.jhtm>, acesso em: 27/07/2010

CORREAS, Óscar. *Los derechos humanos y el estado moderno. (Que hace moderno al derecho moderno?)*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 37 (2003), Editorial Universidad de Granada. Universidad de Granada, Espanha: 2003, pág. 271-285.

COLWILL, Jeremy. *Los derechos humanos, la protección de las minorías y el agotamiento del universalismo*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 31, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1994, págs. 209-218.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Catálogo. Bicentenario de la Independencia Nacional 1811-2011, Corte Suprema de Justicia, Museo de la Justicia. Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos, Asunción, Paraguay: 2010.

CORVALÁN, Graziella. *La educación escolar bilingüe del Paraguay. Avances y Desafíos*, Revista Paraguaya de Sociología. Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos. Año 35, n. 103, setiembre/diciembre de 1998, págs. 101-118.

COTARELO, Rubén Ortega. *Las Comunidades Primarias y El libre Desarrollo de la Personalidad*, DOXA 25, 2002, Cuadernos de Filosofía del Derecho, <http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>, Págs. 689-700.

COURTIS, Christian. *Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina*, Revista Sur de Direitos Humanos ano 6, n. 10, págs. 53-82, disponível em www.surjournal.org, acesso em: 29/07/2010.

CRETELLA JR, *Curso de Direito Romano*. Forense, Rio de Janeiro: 1970.

_____. *Definição da Autorização Administrativa*. Revista dos Tribunais, ano 92, v. 813, jul. RT, São Paulo: 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Da propriedade: arqueologias e teorias. (Memória de uma lição jurídico-humanística a um curso de pós-graduação em direito fiscal)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, Coimbra, Coimbra: 2005, pág. 343.

CURI, Melissa Volpato. *Os direitos humanos e os povos indígenas*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009, pág. 12

CYFER, Ingrid. *O Supremo Tribunal Federal e a Proteção contra a discriminação racial*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, pág. 361

DA COSTA, Ana Letícia Abocater. *Direito e Costume*. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 773, março, RT, São Paulo: 2000.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Da propriedade: arqueologias e teorias (memória de uma lição jurídico-humanística a um curso de pós-graduação em direito fiscal)* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II, Coimbra, Coimbra: 2005.

DA MATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?*, Rocco, Rio de Janeiro: 2000, pág. 46

DARELLA, Maria Dorothea Post & MELLO, Flávia Cristina de. *Laudos antropológicos e sua contribuição ao direito*. In: COLCAÇO, Thais Luzia (org.). *Elementos de antropologia jurídica*. Conceito, São Paulo: 2011, Págs. 165-201.

DA SILVA, José Afonso. *Demarcação de terra indígena*. Revista Interesse Público n. 52, Notadez, São Paulo, págs. 89-113

DEGENEFEE, Margarita Fuenteseca. *La formación romana del concepto de propiedad. Dominium, proprietas y causa possessionis*, Dykinson, Madrid: 2004, págs. 11-250.

DERANI, Cristiane. *Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade*. Revista de Direitos Difusos, Vol. 20 – Jul.Ago./2003, Esplanada-ADCOAS, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, pág. 2831

DE VRIES, Hent. *Violence and Testimony: on sacrificing sacrifice*. In: DE VRIES, Hent & WEBER, Samuel (Edited). *Violence, Identity and Self-determination*. Stanford University Press, Stanford, Califórnia: 1997, pág. 16

DIEGUES, Antonio Carlos. *A pesca construindo sociedades. Leituras em antropologia marítima e pesqueira*. NUPAUB-USP, São Paulo: 2004, pág. 234

DURAND, Carmen Cordero Avendaño de. *Comunidades indígenas sin tierra*. In: CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordóñez (Coord.) *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, VIII Jornadas Lascasianas, UNAM, México: 1999, págs. 21-30.

EHRlich, Eugen. Tradução de René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. UnB, Brasília: 1986, págs. 336-338.

ESPINOSA, Roque. *Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena*. Revista Aportes Andinos Quito, 2002, Disponível em: www.uasb.edu.ec Acesso em: 21/03/2011

FAUBION, James D. *Outline for an Anthropology of Religion and Violence*. In: YAMAMOTO, Tetsuji. *Philosophical Designs for a Socio-cultural transformation. Beyond violence and the modern era*. E.H.E.S.C. Tokyo:1998, págs. 675-682.

FAUCONNET, Paul. *As primeiras formas de reação contra o crime*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, pág. 138

FERRAND, Martín Risso. *Los derechos humanos como concepto mítico*. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, 14º ano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2008, págs. 135-147

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A perversão ideológica dos direitos humanos*. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>, acesso em: 09/08/2010.

_____. *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 3 jan./jun. de 2004, pág. 690.

_____. *Justiça como retribuição – da razão e da emoção na construção do conceito de justiça*. In: PISSARA, Maria Constança Peres & FABBRINI, Ricardo Nascimento (coordenadores). *Direito e Filosofia. A noção de justiça na história da filosofia*. Ed. Atlas, 2007, Pág. 3.

_____. *Justicia material*. Anales de la Cátedra F. Suarez nº 23-24, 1983-84, Universidad de Granada: Espanha, pág. 134.

FERRETI, Mundicarmo. *Oralidade e transmissão do saber nas religiões afro-brasileiras*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

FERRETI, Sérgio Figueiredo. *Sincretismo afro-brasileiro e resistência cultural*. In: BACELAR, Jéferson & CAROSO, Carlos (org.) *Faces da tradição afro-brasileira. Religiosidade, sincretismo, anti-sincretismo, reafrikanização, práticas terapêuticas, etnobotânica e comida*. Palas, Salvador: 2006.

FILHO, Eduardo Tomasevicius Filho. *O tombamento do direito administrativo e internacional*. Revista de Informação Legislativa a. 41 n. 163 jul./set. Senado Federal, Brasília: 2004.

FONSECA, Alexandre Brasil. *Desigualdades sociais, políticas públicas e religião: observações por ocasião dos centenários de Nina Rodrigues e Rua Azuza*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural*. In SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e Multiculturalismo*. Editora Unijuí, Rio Grande do Sul, 2003, pág. 300-316

FRANÇA, Limongi R. (Coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito* n. 26, Saraiva, São Paulo: 1979.

GALDOS, Julio Armaza. *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano. (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP)* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 43, RT, São Paulo: 2003, Págs. 31-38. disponível em www.scielo.org.br acesso em 10/01/2011.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Terras indígenas*. Universitas JUS, n. 13, págs. 155-172, jan./jun, Uniceub, Brasília: 2006.

GEERTZ, Clifford. Tradução por André Villalobos. *Anti-anti-Relativismo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais n. 8 vol. 3 out. de 1988, pág. 7

GLUCKMAN, Max. *Obrigação e Dívida*. In: DAVIS, Shelton H. (org.) *Antropologia do Direito. Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Zahar, Rio de Janeiro: 1973, pág. 31

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Suprema Corte-Americana e o julgamento da Huasca pelo Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (UDV). Colisão de princípios: liberdade religiosa v. repressão a substâncias alucinógenas, um estudo de caso*. Revista Jurídica Vol. 8 n. 79, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_79/index.htm acesso em: 27/10/10

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas, São Paulo: 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*, Saraiva, São Paulo: 2001, págs. 39 e 109-112.

_____. *Nota sobre a epistemologia e jusfilosofia de Guilherme de Okcham*. Disponível em: <http://revistaitaca.org/versoes/vers13-09/57-83.pdf>, Acesso em 07/12/10.

_____. *Teoria Política do Direito. Uma introdução política ao Direito*. Brasília Jurídica, Brasília: 2000, pág. 40

_____. *Por uma poética do direito: introdução a uma teoria imaginária do direito (e da totalidade)*. Panóptica ano 3 n° 19, julho-outubro, 2010 disponível em: www.panoptica.org Acesso em: 03/02/2011.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Tradução Martha Conceição Gambini; Revisão Técnica Edgard de Assis Carvalho, Universidade Estadual Paulista, São Paulo: 1990.

GUZMÁN, Alfredo Echegollen. *Cultura e Imaginários Políticos en América Latina*. Revista Metapolítica vol. 2, num. 7, Pág. 495

HÄBERLE, Peter. *La proteccion constitucional y universal de los bienes culturales: un analisis comparativo*. Revista Española de Derecho Constitucional Año 18, Núm. 54, Septiembre-Diciembre, 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 1998, pág. 11.

HENMAN, Anthony Richard. *A guerra às drogas é uma guerra etnocida. Um estudo do uso de maconha entre os índios Tenetehara do Maranhão*. In:

ZALUAR, Alba (org.) *Drogas e Cidadania. Repressão ou Redução de Riscos*. Brasiliense, São Paulo: 1999, págs. 47-75.

HERRÁN, Eric. *Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*. Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho n. 20, abril, ITAM, Fontamara, México: 2004.

HESE, A. & GLEYZE, A. *O crime e a pena*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. *O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica*. Companhia Editora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, págs. 131-132

HOEBEL, E. Adamson. *The Law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. Harvard, Cambridge, Massachusetts, London, England: 2006, págs. 76-77.

HOFBAUER, Andreas. *Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil*. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, n. 68, Questões Pendentes, CEDEC, São Paulo: 2006, pág. 49.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes & CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Propriedade e Posse: uma releitura dos ancestrais institutos*, Revista da Faculdade de Direito da Usp v. 98, São Paulo: 2003.

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004, págs. 87-96.

IDALINA, Maria Freitas Lima Santiago. *Aspectos Míticos da Jurema Indígena presentes no complexo Umbanda Cruzada com Jurema na Grande João Pessoa/PB*. Revista da APG, PUC SP, junho 2000, São Paulo: 2000

IKAWA, Daniela Ribeiro & KWEITEL, Juana & MATTAR, Laura Davis. *Convenção Americana sobre direitos humanos (1969) Pacto de San José da Costa Rica* In: PIOVESAN, Flávia (Coord. Geral) *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*, Dpj, São Paulo: 2008, págs. 1263, 1264 e 1265.

JUNQUEIRA, Carmen. *Sexo e Desigualdade entre os Kamaiurá e os Cinta Larga*. Olhodágua, São Paulo: 2002, pág. 86.

JUMPA, Antonio Peña. *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal de Aguaruna en el Alto Marañon*. Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional, LIMA, 2009.

JÚNIOR, Vilson Caetano de. *As representações do corpo no universo afro-brasileiro*. Projeto História n. 25, Educ, São Paulo: 2002, pág. 125

KEMP, Kênia. *Corpo modificado, corpo livre?* Paulus, São Paulo: 2005, pág. 30.

KOLHY, Lélío Marcos Munhoz. *Espaços territoriais, proteção ambiental e conflitos socioambientais – questionamento sobre a exclusão das populações tradicionais*. Revista de Direitos Difusos, Vol. 20 – Jul.Ago./2003, Esplanada-ADCOAS, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, págs. 2793-2799.

KRITSCH, Raquel. *Soberania. A construção de um conceito*. Humanitas FFLCH/USP & Imprensa Oficial, São Paulo, 2002.

KROHLING, Aloísio. *Direitos Humanos Fundamentais. Diálogo intercultural e democracia*. Paulus, São Paulo: 2009, págs. 84-85

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo: 2006, págs. 30 e 31

LANGON, Maurício. *Diversidade Cultural e Pobreza*. In SIDEKUM, Antônio. Alteridade e Multiculturalismo. Editora Unijuí, Rio Grande do Sul, 2003, págs. 76 e 78

LANNA, Marcos. *Introdução*. GODELIER, Maurice. *O Enigma do Dom*. Disponível em: www.rubedo.psc.br Acesso em: 27/12/2010.

LANTERNARI, Vittorio. *As religiões dos oprimidos*. Ed. Perspectiva, 1960, pág. 180.

LARAIA, Roque de Barros. *As religiões indígenas: o caso tupi-guarani*. Revista Usp n. 67, set./nov. 2005

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Legalidade dos procedimentos de criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*. In: MEDAUAR, Odete & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Revista de Direito e Política ano IV, vol. 14, julho a setembro, Letras Jurídicas, IBAP, São Paulo: 2007, págs. 87-117.

MALINOWSKI, Bronislaw. *A lei e a ordem nas sociedades primitivas*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, Págs. 122-126.

MATTOS, Wilson Roberto de. *Sinal Verde: Religiões Afro-brasileiras, meio ambiente e discriminação*. Revista da APG, PUC SP, n. 4, São Paulo: 1993

LEITE, Werley Barbosa & MESSIAS, Marcos Perez. *Bioprospecção dos Recursos Genéticos e do Conhecimento Tradicional Associado no Brasil: Autorização ou Licença Administrativa?* In: MEDAUAR, Odete & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Revista de Direito e Política ano V, vol. 16, janeiro a abril, Letras Jurídicas, IBAP, São Paulo: 2008, págs. 71-88

LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

LETOURNEAU, Ch. *Da vingança ao direito*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Editora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, págs. 117-121

LIFSCHITZ, Javier. *Neocomunidades no Brasil: uma aproximação etnográfica*. Antropolítica nº 20, 1º Semestre, EdUFF, Niterói: 2006, págs. 110, 111 e 114.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Costume – redemocratização, pluralismo e novos direitos*. Revista de Informação Legislativa, ano 33, n. 130, abril/junho, Brasília: 1996, pág.70

LOPES, Camila Pessoa. *A propriedade intelectual nas comunidades tradicionais e indígenas*. Ius Navegandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2798>, acesso em: 08/08/2010.

LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional ano 13 n. 51, abril-junho de 2005, RT, São Paulo: 2005

MANSILLA, H.C.F. *El racionalismo occidental y las identidades sociales premodernas*. Revista Sociedad, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Fragmentación cultural y nuevas identidades, mayo de 1994, págs. 39-61

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. *Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna*. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 27, jul/dez, 2007/2, pág. 289.

MAIRAL, Javier Barraca. *Emmanuel Lévinas y la dignidad humana, a la luz del acontecimiento antropológico*. Prisma Jurídico v. 7, n. 1, p. 59-80, jan./jun., São Paulo: 2008.

MARQUES, José Roberto. *Costume*. NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Revista de Direito Privado n. 22, ano 6, abril-junho, RT, São Paulo: 2005 Págs. 153-183.

MARRAMAO, Giacomo. *Paradojas del universalismo*. Revista Sociedad. Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Fragmentación cultural y nuevas identidades, n. 4, mayo de 1994, Pág. 25.

MARÉS, Carlos & MARÉS, Theo. *Direito Agrário e Igualdade Étnico-Racial*. In: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins De (Coord.). Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial, Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2008.

MATOS, Olgária. *Modernidade: república em estado de exceção*. Revista Usp nº 59, setembro/novembro, São Paulo: 2003, pág. 46-53

MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*, Perspectivas do Homem, Edições 70, Lisboa: 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Tombamento e Dever de Indenizar*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo: 2009, págs. 350-361.

_____. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo: 2009, pág. 372.

_____. *Os 20 anos sofridos da Constituição*. Revista da AASP n. 99, Disponível em http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista99/celso_mello.a.sp, acesso em: 04/08/2010.

_____. *Entrevista: Controlar o Estado*. Disponível em http://www.idec.org.br/rev_entrevista.asp.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Reintegração, sem posse e sem domínio!* Publicação do Município de São Paulo, 1944

MOENA, Sérgio Gonzalez. *A complexidade da política e a política da complexidade*. In: CASTRO, Gustavo de & CARVALHO, Edgard de Assis Carvalho & ALMEIDA, Maria da Conceição de. (org.) *Ensaio da Complexidade*, Sulina, UFRN, Porto Alegre, 1997, págs. 229-240.

MOURA, Margarida Maria. *A diversidade dos modos de vida no meio rural brasileiro*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (org.), UFSC, Florianópolis: 1994, Pág. 103.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Direito Consuetudinário*. Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 49, n. 188, julho/dezembro, Ministério da Justiça, Brasília: 1996, pág. 19.

MILANO, Giovanna Bonilha. *Ensaio sobre Direito e Antropologia nas demarcações étnico-territoriais: memória, território e oficialidade*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR, Encontro Nacional de Antropologia do Direito da Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009

MUNANGA, Kabengele. *Racismo da desigualdade à intolerância*. São Paulo em Perspectiva, 4(2): 51-54, abril/junho 1990

NABAIS, José Casalta. *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do civil law*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n. 61, Coimbra, Coimbra: 2001, pág. 224

NAVARRETE, Eurídice González. *América Latina entre el Estado y la sociedad: el zapatismo en México*. Revista Veredas do Direito n. 1, jan./jun. de 2004. Disponível em: www.domhelder.edu.br/veredas-direito/

NETO, Joaquim Shiraishi. *O dilema do direito em face da relação entre grupos sociais e mercado*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR, Encontro Nacional de Antropologia do Direito da Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009

NOVAES, Sylvia Caiuby. *Laudos antropológicos: algumas questões e inquietações*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs.67-70

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia Delegativa?* Revista Uruguaya de Ciencias Sociales, Cuadernos Del CLAEH n. 61, ano 17, Montevideo: 1992.

OLIVÉ, León. *La igualdad jurídica*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 174

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. *Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica*. Anuário Antropológico n. 89, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, págs. 23-46.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. *Os peritos dos procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das nações unidas: seu status jurídico e outras questões pertinentes*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100, jan./dez., SãoPaulo: 2005, pág. 575-614

OLIVEROS, Xiomara Marínez. *La política es lo político: el giro de pensar desde la complejidad y la diferencia*. Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología, Vol. 9, n. 3, Julio-Septiembre de, Asociación Venezolana de Sociología y International Sociological Association, Astro Data, S.A., Maracaíbo-Venezuela: 2000, Págs. 341-354.

ORO, Ari Pedro. *Religiões populares e modernidade no Brasil* In: TEIXEIRA, Sérgio Alves & ORO, Ari Pedro (org.), *Ensaio de Antropologia Social, Brasil e França*, UFRGS, Porto Alegre: 1992.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. *A dinâmica das mobilizações sociais indígenas e os novos desafios para o direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 43, 2005, págs. 3,7 e 8.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos & FILHO, Carlos Frederico Mares de Souza. *Os povos indígenas e os difíceis caminhos de diálogo intercultural*, 2006, disponível em www.conpedi.org, acesso em: 29/07/2010.

PARADELLE, Muriel. *Dos mesmos juízes, climas diferentes: justiça tradicional no Egito, Rwanda e no norte de Quebec*, Notícia do Direito Brasileiro n. 15, Unb, Brasília: 2009, págs. 221-232.

PARAISO, Maria Hilda B. *Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 42-47.

PEREDA, Carlos. *Lógica del Consentimiento*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 102

PEREIRA, João Baptista Borges. *O Papel da Perícia Antropológica no Reconhecimento das Terras de Ocupação Tradicional*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 77-78

PEREIRA, Jorge Baptista Borges. *O negro e a identidade racial brasileira*. In: SEYFERTH, Giralda; SILVA BENTO, Maria Aparecida; DA SILVA, Maria Palmira; BORGES PEREIRA, João Baptista; SIQUEIRA, Maria de Lourdes; SILVÉRIO, Valter Roberto; DA SILVA, Maria Aparecida; e GOMES, Joaquim Barbosa. *Racismo no Brasil*, Fundação Petrópolis, ABONG, São Paulo: 2002

PEREIRA, Ronan Alves. *Possessão por espírito e inovação cultural. A experiência religiosa das japonesas Mihi Nakayama e Neo Deguchi*. Aliança Cultural Brasil-Japão, Nassao Ohno, São Paulo: 1992.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. *Revista da Faculdade de Direito da USP* v. 95, São Paulo: 2000

PIETERSE, Jan Nederveen. *Globalisation as hybridisation*. *International Sociology, Journal of the International Sociological Association*, Volume 9, Number 2, June, SAGE, Bielefeld, Germany: 1994, p. 161-184

PINTO, Fernando. *A presença do Costume e sua força normativa*. *Liber Juris*, Rio de Janeiro: 1982, pág. 45

PIOVESAN, Flávia. *A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. *Boletim Científico* a. I n. 4, jul./set, ESMPU, Brasília: 2002, p. 35-50.

_____. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, págs. 130-145.

_____. *Direito internacional dos Direitos Humanos e Igualdade étnico-racial*. In: PIOVESAN, Flávia & SOUZA, Douglas Martins De (Coord.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2008, pág. 31

PRADO JR, Bento. Conclusão. In: D'INCAO, Maria Angela (org.) *Doença Mental e Sociedade. Uma discussão interdisciplinar*, Graal, Rio de Janeiro: 1992.

PUGLIESI, Márcio. *Por uma Teoria do Direito*, RCS, São Paulo: 2005, pág. 200

RAMÍREZ, Sergio García (Coord.). *Caso de la Comunidad Moiwana, Suriname. La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 168.

_____. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Paraguay*. La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 191

_____. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Paraguai*. La jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos. Volumen III, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2008, Pág. 204.

RAMOS, Arthur. *O negro na civilização brasileira*. Livraria Editora da Casa do Estudante do Brasil, Rio de Janeiro: 1956

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. RT, São Paulo: 2004, pág. 277

RATTS, Alecsandro J. P. *(Re)conhecer quilombos no território brasileiro*. Estudos e Mobilizações. Autêntica, Belo Horizonte: 2000, pág. 310.

REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Grijalbo, Edusp, São Paulo: 1977

REGUERA, Gabriel Bello. *La ética de la alteridad en la escena contemporánea (Notas sobre E. Levinás)*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Derecho y Moral, 28, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1998, págs. 481 e 485

RODRIGUES, Karina Leão. *Cidadania indígena e pluralismo jurídico: infanticídio em foco*. Trabalho proposto para apresentação no I ENADIR – Encontro Nacional de Antropologia do Direito Universidade de São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2009, pág. 2

ROQUE, Mercedes Manriquez. *Mujeres indígenas amazónicas y derechos territoriales*. *Chacarera n. 34, Especial: Aproximándonos a la realidad de las mujeres indígenas amazónicas*, págs. 40 e 41, disponível em www.flora.org.pe/pdfs/Chac34.pdf, acesso em: 05/08/2010.

RIOS, Mariza. *Território quilombola: uma propriedade especial*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, janeiro-junho de 2006, pág. 71

RIVERA, Maria Magdalena Gomes. *El derecho indígena en el marco de la negociación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el Gobierno Federal* In: GAONA, Hector Tejera (Coord.) *Antropología Política. Enfoques Contemporâneos*. INAH, Plaza y Valdes, México: 1994, pág. 480.

ROCHA FILHO, Sylvio do Amaral. *Previsibilidade decisória. A busca da sentença que satisfaça os atores do Direito*. Mestrado em Filosofia do Direito, PUC SP, 2005, pág. 190.

RUBIO, David Sánchez. *Reversibilidade del Derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza*. Revista de Estudos Criminais n. 17, Ano 5, Jan./Mar., NOTADEZ, Sapucaia do Sul: 2005, págs. 9-19.

_____. *Derechos Humanos y Democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica*. Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho n. 17, 2000, Pág. 287.

SÁ, Andréa Alves de. *Forma de ocupação da terra como bem cultural: estudo jurídico dos fundos de pasto da Bahia e sistema faxinal do Paraná*, 2006, disponível em www.conpedi.org, acesso em: 29/07/2010.

SÁ, Elida. *Tombamento e Comunidade*. Revista de Direito da Defensoria Pública a. 6, n. 8, Rio de Janeiro: 1995, Págs. 147-159

SAMPAIO, José Augusto Laranjeiras. *Terras de quilombo: direito territorial etnicamente diferenciado, reparação histórica e reforma*. In: SANTOS, Maria Elisabete Gontijo & CAMARGO, Pablo Matos. *Comunidades quilombolas de Minas Gerais no séc. XXI, história e resistência*. CEDEFES e Autêntica, Belo Horizonte: 2008, págs. 17-24

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito e a Comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 10, dezembro de 1982, Centro de Estudos Sociais, Coimbra: 1982, págs. 9-40.

SANTOS, Léa Austrelina Ferreira. *Odemodé Egbé Asipá: para além do 'ensino da história e cultura afro-brasileira*. Revista da FAEEBA, Educação e Contemporaneidade, Salvador, v. 2, n. 19, p. 99-111, jan./jun., 2003

_____. *De Narciso a Ajaká: as políticas de educação na Bahia, ética do futuro e coexistência*. Sementes: Caderno de Pesquisa, v. 3, n. 5/6, jan./dez., Uneb, Salvador: 2002

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. MANA 12(1), 2006, pág.226, disponível em www.scielo.org.br acesso em 10/01/2011.

SOLON, Ari Marcelo. *Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

_____. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1997, pág. 24

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Lua Nova, vol. 39, CEDEC, São Paulo: 1997, págs. 107 e 108

SANTOS, Roberto A. O. *Prova Pericial através de laudo antropológico*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994.

SAULE JR, Nelson. *A situação dos direitos humanos das comunidades negras e tradicionais de Alcântara*. Relatório da Missão da Relatoria Nacional do Direito à Moradia Adequada e à Terra Urbana, Instituto Polis, São Paulo: 2003

SCHWARCZ, Lílian Moritz. *Nina Rodrigues e o direito penal: mestiçagem e criminalidade*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009, p. 37-52

SOUZA, Estella Libardi. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008, disponível em www.nepe.usfc.br, acesso em: 29/07/2010, pág. 5.

SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n. 73, junho de 2010. Disponível em: www.scielo.br Acesso em: 10/01/2011.

SOUZA, Ariovaldo Santos de. *Planejando o uso do solo em territórios sagrados*. Disponível em: <http://advbr.info/doutrinas/doutconst02.htm> Acesso em: 28/12/2010

SOUZA, Eudoro de. *Deus, Homem, Natureza. Para uma teoria do paganismo*. O Nó Górdio, ano 1, número 1, dezembro de 2001

SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença. Aventuras da Alteridade na Complexidade da Cultura Contemporânea*. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2008, págs. 28 e 29.

SILVA, Fernando Fernandes. *O Direito internacional, os direitos humanos e os direitos culturais*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, Pág. 657-674.

SILVA, Maria Palmira da. *Identidade e consciência racial brasileira*. In: SEYFERTH, Giralda; SILVA BENTO, Maria Aparecida; DA SILVA, Maria Palmira; BORGES PEREIRA, João Baptista; SIQUEIRA, Maria de Lourdes; SILVÉRIO, Valter Roberto; DA SILVA, Maria Aparecida; e GOMES, Joaquim Barbosa. *Racismo no Brasil*, Fundação Petrópolis, ABONG, São Paulo: 2002

SILVA SAMPAIO, Orlando. *Circunstância Atenuante ou Dirimente. Compromisso Ético do Antropólogo* In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lúcia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, págs. 33-35.

SILVA, Vagner Gonçalves da. *O Etnógrafo e os animistas: Nina Rodrigues e a formação da etnografia religiosa afro-brasileira*. In: ALMEIDA, Adroaldo J.S. & SANTOS, Lyndon de A. & FERRETI, Sergio (org.) *Religião, Raça, Identidade: colóquio do centenário da morte de Nina Rodrigues*, Paulinas, São Paulo: 2009

STREET, Susan. *La democracia “desde abajo”: construyendo “la dignidad” a partir del movimiento magistral chiapaneco*. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, Vol. I No. 3, mayo/agosto de 1995. Págs. 61 e 63.

_____. *Historia oral y subjetividad: culturizando la democracia a partir del movimiento magisterial chiapaneco*. Secuencia, Revista de historia y ciencias sociales, núm. 43, enero-abril, Instituto Mora, México: 1999.

SWADESH, Evangelina Arana de. *Lingüística y educación indígena*. América Indígena, Vol. XXXVI, nº 2, abril-junio, Instituto Indigenista Interamericano, México, D.F.: 1976, págs. 347-358

TASSARA, Andrés Ollero. *Consenso y disenso em la fundamentación de los derechos humanos*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 28, Derecho y Moral, Universidad de Granada Francisco Suarez, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada: 1988, págs. 209-224.

TEDESCHI, Patrícia Pereira. *A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore*. Revista de Informação Legislativa a. 46 n. 184, out./dez., Brasília: 2009.

TEIXEIRA, Sérgio Alves. *As brigas de galos e os atributos morais da masculidade*. In: TEIXEIRA, Sérgio Alves & ORO, Ari Pedro (orgs.), *Ensaio de Antropologia Social, Brasil & França*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 1992, Págs.151-167.

TOMAZELA, José Maria. *Índios de SP pressionam por terras. Tribos vivem precariamente e, para atendê-las, seria preciso demarcar área três vezes maior à que têm hoje*. Jornal o Estado de São Paulo, 29 de março de 2009.

TOSI, Giuseppe. *As origens teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec. XVI*. Prima Facie: Revista da Faculdade da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Vol. 4, n. 6, 2005, págs. 42-56.

URQUIDI, *El uti possidetis juris y el de facto*, Imprensa Universitária, Cochabamba: 1946.

URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera. *Los indígenas en Brasil y la Educación: los retos de la interculturalidad y de la globalización*. In: BARRIO, Angel B. Espina. *Conocimiento local, comunicación e interculturalidad*. Instituto de

Investigaciones Antropológicas de Castilla y León, Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, Recife: 2006, Pág. 340

VALADÃO, Virginia. *Perícias Judiciais e Relatórios de Identificação*. In: SILVA, Orlando Sampaio & LUZ, Lídia & HELM, Cecília Maria (orgs.), UFSC, Florianópolis: 1994, Págs. 36-41.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *El problema ético de las minorias étnicas*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, págs. 41-59.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Difel, São Paulo: 1984, pág. 77

VERNENGO, Roberto J. *El relativismo cultural desde la moral y el derecho*. In: OLIVÉ, León. *Ética y diversidad cultural*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, Pág. 153

VIEIRA, Oscar Vilhena & DUPREE, A. Scott. *Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos*. Revista Internacional de direitos humanos n. 1, disponível em: <http://www.surjournal.org>, acesso em 25/07/2010.

VITOR, Enrique García. *Diversidad Cultural y Derecho Penal (Aproximación al Tema). Aspectos Criminológicos; Político-Criminales y Dogmáticos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n. 15, julho-setembro de 1996, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, Págs. 22-38.

WACQUANT, Loïc & BOURDIEU, Pierre. *Sobre as artimanhas da razão imperialista*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, n. 1, 2002, p. 20, Universidade Candido Mendes, MCT, CNPq, FINEP, pág. 20.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. Malheiros, São Paulo: 1999, págs. 132 e 133.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma de Legitimação*. Capítulo 5. In: VIAL, Sandra Regina Martini. *Temas atuais em sociologia jurídica*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005, pág. 55.

ZARKA, Yves Charles. *A invenção do sujeito de direito*. Filosofia Política, Nova Série, vol. 1 L&PM, Porto Alegre, 1997.

III. Apêndice

3. A Presidenta, A Guerra e O Vazio

“No Estado de Direito existem meios jurídicos suficientes para combater a violação efetiva ou iminente do direito. É uma questão de coragem civil” Arthur Kaufmann⁶⁶⁰

“A gratificação faroeste é tão vergonhosa, tão irresponsável, que, lembro, o diretor da polícia de Amsterdã, que arranhava um espanhol, dava tapas na mesa dizendo: ‘Não acredito, não é possível’. Um policial ter aumento de soldo pela quantidade de pessoas que ele mata!” Anthony Garotinho⁶⁶¹

“Bandido só respeita repressão. Querem fazer do policial um assistente social. Até quando o governador vai enganar o povo com essas histórias de criancinhas?” Hélio Vígio⁶⁶²

“O ato de denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto” Clóvis Beviláqua⁶⁶³

“Una constitución ajena al mercado no sirve de nada para los ciudadanos, aunque lo sea todo para quienes

⁶⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito. Capítulo 13 “A validade do direito – direito de resistência – desobediência civil”*, pág. 313, Fundação Calouste Gulbenkian. Este autor sustenta o princípio da tolerância: *“age de modo que o máximo de teu querer diminua a miséria humana”* (misérias material e espiritual), com base no que chama de utilitarismo negativo.

⁶⁶¹ GAROTINHO, Anthony. *Uma Política de Segurança para o Rio de Janeiro*. Arché Interdisciplinar. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, Ano VII, n. 19, 1998, Pág. 148.

⁶⁶² Referência do Jornal do Brasil de 4/11/86, extraído de RODRIGUES, José Augusto de Souza, *Imagens da ordem e da violência no estado do Rio de Janeiro*, dissertação de mestrado, IUPERJ, 1993, em SENTO-SÉ, João Trajano. *Imagens da ordem, vertigens do caos – o debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos anos 80 e 90*, Arché Interdisciplinar. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, Ano VII, n. 19, 1998, pág. 63.

⁶⁶³ Trecho de Parecer referido em BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A impossibilidade de denúncia de tratados internacionais por ato privativo do Presidente da República (uma análise crítica dos argumentos dominantes sobre o assunto)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, n. 46, jan-mar, 2004, Editora Revista dos Tribunais, pág. 340. Veja também: TIBURCIO, Carmem. *ADI 1.625/DF: a questão da denúncia dos tratados no direito brasileiro*. Revista de Direito do Estado n. 3, jul./set. 2006, págs. 371-374.

privilegiadamente controlan ese mercado”
David Sánchez Rubio⁶⁶⁴

“En la situación contemporánea, caracterizada por un hedonismo plebeyo, por una declinación sin precedentes del sentido de responsabilidad (que ha sido, después de todo, uno de los rasgos más positivos y encomiables de la moral protestante-puritana), por un aumento inaudito de la criminalidad general y por un claro debilitamiento de instituciones estatales como la justicia y la policía, la legalización total de las drogas en los Estados Unidos ocasionaria problemente un desplome de valores normativos de dimensiones imprevisibles o, por lo menos, un deterioro aun mayor del entramado social, el cual se encuentra ya en situación bastante precaria debido a una fatal conjunción de perfección técnica con frialdad humana (...) Parece recurrente en períodos de decadencia generalizada y en sociedades opulentas y extenuadas que denotam rasgos anómicos e innumerables fenómenos de la alienación, en las cuales, además, se há expandido la idea de que la sociedad en grande y la vida individual en pequeño no poseen um sentido trascendente, que vaya más allá del placer hedonista, del consumo inmediato y del compromiso político aleatório.” H.C.F. Mansilla⁶⁶⁵

“El formalismo jurídico, así como la idea de un tratamiento normativo igualitario de todos los ciudadanos, no es en realidad la manifestación de una ilustración universal de la conciencia en la coyuntura histórica del 89, sino una gran estrategia de la neutralización de la guerra civil y del conflicto político que va unida a la personalización del poder que caracterizaba las anteriores estructuras sociales. (...) el supergarantismo de las constituciones modernas es un intento de superar la intrínseca debilidad de las formas jurídicas de la igualdad” Pietro Barcellona

“(...) podem-se figurar situações em que um excessivo apego à igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, exigência

⁶⁶⁴ RUBIO, David Sanchez. *Derechos Humanos y Democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica*. Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho n. 17, 2000, Pág. 287.

⁶⁶⁵ MANSILLA, H.C.F. *Reflexiones Críticas sobre la Legalización o Penalización de Drogas en el Área Sudamericana*. Revista Occidental, Estudios Latinoamericanos, 1995, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas.

do princípio do Estado de Direito, leve a que se esqueça a desigualdade material entre eles, e se cometa ofensa ao princípio democrático (...)” Willis Santiago Guerra Filho

“Há quem tenha passado pela experiência da loucura e proteste contra o estilo romântico do discurso antipsiquiátrico”
Bento Prado Júnior

*“A saúde do espírito individual implica a participação na vida social”*⁶⁶⁶ Claude Levi Strauss

*“Atuar sem motivo é próprio do alienado. Alienado é aquele que está alheio ao seu conduzir-se. É o que perdeu o sentido de sua direção e de sua dignidade(...). É claro que a atividade econômica pode se converter em conduta ética quando o agente se submete a um sistema de fins, sem se subordinar a regras de mera conveniência pessoal, mas sim a normas reclamadas pelo bem da comunidade que o abriga”*⁶⁶⁷ Miguel Reale

*“A pobreza não é simplesmente criminalizada, ela é gerida por essa lógica, em que um pobre, policial ou não, acaba sempre executando outro pobre. A esquerda punitiva lamentavelmente transforma a questão social em questão de polícia”*⁶⁶⁸ Manifesto do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular da UERJ – Grupo de Trabalho “Produzir Direitos”, 14 de julho de 2007

*“Las definiciones legales son poco útiles. En vista de la propensión de los abogados a fomentar los litígios, deberían haber rodeado grandes controversias a los intentos de definir que es droga y que es un alimento”*⁶⁶⁹ Douglas N. Husak

“aprieta aqui y se hincha allá” Expressão popular

“(...) o principal interesse não é tanto lutar contra as drogas, mas sim, aniquilar a oposição política. Altas patentes militares

⁶⁶⁶ LEVI- STRAUSS, Claude. Introdução. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*, Perspectivas do Homem, Edições 70, Lisboa: 2001, pág. 18.

⁶⁶⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva, São Paulo: 1998, Págs. 379 e 383.

⁶⁶⁸ MENDES, Alexandre & CAVA, Bruno. *Revista Filosofia Política do Direito*. Agon. A vida dos direitos, violência e modernidade em Foucault e Agamben. Coord. João C. Galvão Jr. & Renato Nunes Bittencourt & Willis Santiago Guerra Filho, Rio de Janeiro: 2008, Pág. 103

⁶⁶⁹ HUSAK, Douglas N. *Drogas y Derechos*. Fondo de Cultura Económica, México: 2001. pág.

têm mantido, de forma regular, reuniões secretas interamericanas tentando fazer reviver a doutrina da segurança nacional⁶⁷⁰ (...)” Rosa Del Olmo

“Aqueles de nós que se opõem ao aumento das restrições legais ao aborto não são, suponho, favoráveis ao aborto no sentido de pensarem que ele seja uma coisa maravilhosa e de sustentarem que quanto maior a taxa de aborto maior o bem-estar da sociedade; somos ‘antiantibortistas’ por razões muito diferentes”. Clifford Geertz

“Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra⁶⁷¹” Thomas Hobbes

“La ley se acata, pero no se cumple⁶⁷²”
Expressão popular

“If violence seems thereby to lose its specificity as physical, psychological, political, colonial, structural, domestic, sexual, or even verbal violence – do we have a clear idea of what it is that would bring violence to a halt and mark its cessation?⁶⁷³” Hent de Vries

Sumário: 3.1. Introdução 3.2. O direito penal simbólico, processos de descriminalização e os direitos dos usuários de álcool e fármaco 3.3 Os controles de constitucionalidade e convencionalidade em matéria de álcool e fármacos 3.4. Segurança Cidadã e Guerra ao Crime 3.5. Conclusão: Estado de Exceção 3.6 Bibliografia

Resumo: O objetivo deste estudo consiste em apontar o conflito de direitos fundamentais e sua violação, em matéria de álcool e fármacos, com interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em contexto de crise do direito, para fins de responsabilização do

⁶⁷⁰ DEL OLMO, *El impacto de la guerra americana contra la droga sobre la gente y las instituciones democráticas de América Latina*, 1989, Mimeo Apud JUNIOR, João Marcelo de Araújo. *A problemática das drogas na América Latina. Primeiras conclusões do projeto alternativo do Rio de Janeiro*. Fasc. de Ciências Penais, v. 3, n. 2, p. 122-135, abr./mai./jun., Porto Alegre: 1990.

⁶⁷¹ HOBBS, Thomas. *O Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Marins. Martin Claret, São Paulo: 2007.

⁶⁷² Há também versão análoga: “*Hecha la ley, hecha la trampa*” SANTAMARÍA, 2009, Op. Cit. pág. 117.

⁶⁷³ VRIES, 1997, Op. Cit. pág. 27

Presidente⁶⁷⁴ da República, com menção à história da condenação da interrupção voluntária de gravidez e a necessidade de descriminalização.

Abstract: The objective of this study is to appoint the existing conflicts and violation of the fundamental rights as to alcohol and drugs, under the the systematic construction of the Brazilian Constitution, 1988, in a law crisis context, in order to charge the President of the Republic by lack of responsibility, in order to make the President of the Republic account of, mentioning the abortion prohibition history and the need to decriminalize.

CONSTITUIÇÃO— GUERRA - ÁLCOOL – FÁRMACO – PATRIMÔNIO CULTURAL AFROINDÍGENA - AMÉRICA DO SUL- DISCRIMINAÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA - CRISE DO DIREITO – PRESIDENTE DA REPÚBLICA

CONSTITUTION – WAR – ALCOHOL – DRUG – AFROINDIAN CULTURAL HERITAGE - SOUTHAMERICA – SOCIOECONOMIC DISCRIMINATION- - LAW CRISIS - PRESIDENT

3.1. Introdução

O presente estudo anima-se em meio à produção acadêmica de filosofia do Direito da Puc SP: JABUR, Felipe Abrahao Veiga. “*O direito de o Estado matar*”, 2007; TASSI JUNIOR, Jorge Bernardino. “*A segurança pública em Estado de Exceção: a realidade nua, a sociedade crua e o direito cego*, 2008”; e ANDRADE, Diogo Thomson de. “*A crise de autoridade jurídica e o terrorismo como forma de comunicação de poder*”, 2009. Em meio à produção acadêmica da PUC RJ:

“*Globalização e Sociedade de Controle: A Cultura do Medo e o Mercado da Violência*”, SOBRINHO, Sérgio Graziano, do Curso de Doutorado em Direito da PUC-Rio, Prof. Orientador João Ricardo Dornelles, escolhida pela Diretoria de

⁶⁷⁴ O Presidente da República ou a Presidenta da República.

Avaliação da CAPES como a melhor tese da área do Direito no país em 2008. Em meio à produção acadêmica da Usp: CUBAS, Viviane de Oliveira. “*Segurança privada. A expansão dos serviços de vigilância em São Paulo*”, Fapesp, Humanitas, 2005. Em meio à produção acadêmica da UFF-RJ: COSTA, André Saldanha. “*A regra da exceção: poder soberano e biopolítica na ‘guerra às drogas’*”, 2007. Em meio à produção acadêmica da Universidade Federal do Ceará: MOTA, Leonardo. “*Pecado, crime ou doença? Representações sociais da dependência química*”, 2009, Juruá; diante do que já se escreveu na PUC SP, sobre a expressão cultural brasileira⁶⁷⁵: ALVES, Ygor Diego Delgado. “*Um vício deselegante: o preconceito racial e a transformação da maconha em problema público no Brasil, 1998*”; AMAZONAS, Adriana Rangel. “*Diamba, prazer e poder: um estudo sobre o canabismo*”, 1993; diante de CAVALCANTI, B.C. “*Danças e Bandeiras: um estudo do maconhismo popular no nordeste do Brasil*”. Recife. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal do Pernambuco, 1998 e diante de NASCIMENTO, Ana Flávia Nogueira. “*Os festivais psicodélicos na era planetária*”, 2006, PUC SP. Sobreleva mencionar a publicação: MENDES & CAVA. “*A vida dos Direitos. Violência e modernidade em Foucault e Agamben*” In: GALVÃO Jr. & BITTENCOURT & GUERRA FILHO (Coord), Agon, Revista Filosofia Política do Direito; e sobre a relação com grupos armados: LABRAOUSSE, Alain. Geopolítica das drogas, Desatino, São Paulo: 2010.

⁶⁷⁵ Pode-se considerar formação ideológica de segmento altamente elitizado da população, a esconder a colonização e a dominação, não havendo cultura brasileira, ou ao menos, há culturas brasileiras, a oficial e a real. MOTA, 1977 apud KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Perspectivas filosóficas*. Livraria Duas Cidades, Secretaria de Estado da Cultura, 1983.

Considera-se o vocábulo droga⁶⁷⁶ e a categoria social de acusação drogado⁶⁷⁷ (VELHO, 1987), em contexto de consumo de massa⁶⁷⁸ (MORIN, 1962), com inspiração em François Laplantine⁶⁷⁹ para se pensar uma antropologia da dependência⁶⁸⁰, sem menoscabo dos conceitos de Walter

⁶⁷⁶ “As anteriores leis sobre drogas visavam prevenir o tráfico e o uso indevido de substâncias que fossem entorpecentes ou causassem dependência física ou psíquica. A Lei n. 11.343/2006, por sua vez, expressamente se refere a tráfico de drogas, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde. Essa lei, em seu art. 1º, parágrafo único, define droga como substância ou produto capaz de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Dessarte, drogas compreendem substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Port. n. 344/1998 da SVS/MS. Assim, vê-se que o art. 66 da Lei n. 11.343/2006 ampliou o rol de substâncias englobadas na criminalidade de tóxicos, incluindo aquelas sob controle especial. Desse modo, no caso, a simples verificação de que as substâncias prescritas pelo ora paciente encontram-se elencadas no rol daquelas sujeitas a controle especial na referida portaria (o complemento da norma penal em branco) é suficiente a caracterizá-las como drogas a ponto de tornar prescindível a realização de exame pericial para constatação de que causam dependência. Note-se que a própria Lei de Drogas, quando trata de laudo de constatação (art. 50, § 1º) ou laudo definitivo (art. 58, § 1º) apenas se refere à natureza e à quantidade da substância apreendida (a própria materialidade do delito), não fazendo qualquer alusão à capacidade de a substância causar dependência. Por outro lado, o tipo penal do art. 282 do CP (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que, sem autorização legal (título de habilitação ou registro na repartição competente) ou ao exorbitar os limites dessa autorização, exerce, ainda que gratuitamente, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se, pois, de crime de perigo abstrato, habitual, previsto no CP com o fito de tutelar a saúde pública, daí sua prática em concurso formal com o tráfico de drogas ser perfeitamente possível. Não prospera a alegação de que há uma vinculação necessária entre a prática do crime do art. 282 do CP e o tráfico de drogas, pois aquele tipo penal não exige que, para a configuração do referido exercício ilegal, haja a prescrição de substância tida por droga. Se o agente exercer irregularmente a medicina e ainda prescrever droga, configura, em tese, concurso formal entre o art. 282 do CP e o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tal como no caso. Precedentes citados: HC 9.126-GO, DJ 13/8/2001, e HC 86.215-RJ, DJe 8/9/2008. [HC 139.667-RJ](#), Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17/12/2009.” Por charlatanismo, entende-se “s.m. qualidade, modos de charlatão, impostura.” E por charlatão: “adj. E s.m. operador ambulante que vende drogas nas praças públicas e nas feiras, encarecendo ao povo a virtude dos seus elixires. Empírico, que pretende possuir certos segredos maravilhosos. O que explora a credulidade pública. Impostor, intrusão, pantomineiro. F. ital. Ciarlatano” CAUDAS AULETE, 3ª Edição, Delta. Deve-se referir o Relatório 622 de 1978 da OMS, com recomendação a recorrência a curandeiros, herboristas e parteiras tradicionais como paliativo em países em desenvolvimento. Pode ser referida a legislação do Cantão Suíço de Appenzel: “a lei protege os curandeiros, reconhecidos como um verdadeiro corpo profissional, com a condição de que não intervenham no campo das doenças infecciosas ou câncer” LAPLANTINE, François & RABEYRON, Paul-Louis. Medicinas Paralelas, Brasileira, São Paulo: 1989, págs. 63 e 64. Como sugestão de pesquisa, remanesce o processo judicial a envolver S. Freud, na Alemanha.

⁶⁷⁷ VELHO, Gilberto. *Individualismo e Cultura*. Notas para uma antropologia da Sociedade Contemporânea, 7ª Edição, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro: 1987.

⁶⁷⁸ MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX. O espírito do tempo – 1 neurose*. Forense-Universitária, Rio de Janeiro: 1962

⁶⁷⁹ LAPLANTINE, François. *Antropologia da Doença*. Martins Fontes, São Paulo: 2004.

⁶⁸⁰ O que não exclui as antropologias da medicina e da política, ou pesquisa em etnopsiquiatria “área interdisciplinar em que antropólogos, psicólogos e psiquiatras procuram traduzir o quadro de referências dos pacientes para inserir-se em sua lógica” KEMP, Kênia. *A relação saúde-*

Benjamin⁶⁸¹ de vivência em meio à maquinaria (*Chockerlebnis*) e experiência (*Erfahrung*), da relação entre gozo e mais-valia no estranhamento/alienação do insuportável⁶⁸² e da sugestão do filósofo Michel Lacroix de emoções-choque e emoções-contemplação⁶⁸³ (LACROIX, 2001).

Ruth Maria Chittó Gauer aponta o uso de drogas em grupos não ocidentais, em contextos ritualísticos, com monopólio parcial do conhecimento de Pagés ou Xamãs, afirmando não haver desorganização psicológica ou social, ao revés, do contexto sociocultural urbano relacionado aos “*estilos de vida e gostos de classe*”, rotulado pelo sistema de representações oficiais de desordem psicológica e social. Afirma haver de um lado o oficialismo interpretativo, por meio do rótulo toxicômano e de outro a identidade contrastiva com possibilidade de relacionamento humano satisfatório. Em suma apresenta o uso de drogas como um rito de passagem para a juventude de camadas médias e altas, e, na cultura da pobreza, paliativo das privações materiais e psicológicas. E relativiza culturalmente, com a seguinte reflexão: “(...) *há sociedades com toxicomania alta e com baixo índice de anomia, (...) há sociedades com toxicomania alta e com alto índice de anomia, (...) há*

doença. In: GUERREIRO, Silas (org.) *Antropos e Psique. O outro e sua subjetividade*, Olho D'água, fevereiro, São Paulo: 2001. Deve-se ressaltar o Código de Ética do Antropólogo, sobre os direitos das populações estudadas: “(i) direito de ser informadas sobre a natureza da pesquisa; (ii) direito de recusar-se a participar de uma pesquisa; (iii) direito de preservação de sua intimidade, de acordo com seus padrões culturais; (iv) garantia de que a colaboração prestada à investigação não seja utilizada com o intuito de prejudicar o grupo estudado; (v) direito de acesso aos resultados da investigação; e (vi) direito de autoria das populações sobre sua própria produção cultural.” COLAÇO, Thais Luzia. *O Despertar da Antropologia Jurídica*. In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*, Conceito, São Paulo: 2011, Pág. 19.

⁶⁸¹ VAZ, Alexandre Fernandez. *Memória e Progresso. Sobre a presença do corpo na arqueologia da modernidade em Walter Benjamin*. Capítulo 3 in SOARES, Carmen Lúcia. (org.) *Corpo e História*. Ed. Autores Associados, Campinas, Sp, 2004.

⁶⁸² ALMEIDA, Alba Riva Brito. *Alienação e separação nas toxicomanias: o outro não existe*. Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo. In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.) *Edufba, Cetad/UFBA, Salvador, 2004*.

⁶⁸³ LACROIX, Michel. *O culto da emoção*. José Olympio, Rio de Janeiro: 2001.

*sociedades com baixo índice de toxicomania e baixa anomia e (...) há sociedades com baixo índice de toxicomania e alto índice de anomia*⁶⁸⁴.” (GAUER, 1990, págs. 59-64). O desvio pode ser interpretado como divergência⁶⁸⁵ (VELHO, 1987).

Ressalta-se, neste estudo, o direito à segurança constitucional em sua dupla dimensão⁶⁸⁶, também previsto nos Pactos da ONU e OEA, contra a violência dos particulares e contra a violência do poder público, com intuito de pensar uma antropologia da violação de direitos de humanos.

Sobre segregação sócio-espacial, relata-se a oposição entre território como lugar do confronto e o bairro como lugar de identidade, havendo criminalização histórica do espaço⁶⁸⁷. Estatui-se no art. 29, inc. XII da Constituição Federal, “C.F.”, a obrigatória participação das associações de moradores no planejamento urbano municipal.

Marcelo José Lopes de Souza nomina o processo de “*fragmentação do tecido sócio-político-espacial*”⁶⁸⁸ (SOUZA, 1994, pág. 31). Sobre urbanização excludente e conjuntura de guerra civil nas áreas de proximidade, com

⁶⁸⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. *Uma leitura antropológica do uso de drogas*. Fasc. de Ciências Penais, v. 3, n. 2, p. 59-64, Porto Alegre: 1990.

⁶⁸⁵ VELHO, 1987, Op. Cit.

⁶⁸⁶ Para o direito ao serviço de segurança pública, veja também: MIRAGLIA, Paula. *O lugar da criminalidade. Caso Paraisópolis mostra que, se a violência caiu, a vitimização continua assimétrica, com crime e desigualdade se realimentando*. Jornal o Estado de São Paulo, J6 Aliás, 8 de fevereiro de 2009.

⁶⁸⁷ Palestra de CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela no Rio de Janeiro*. Realização Instituto Federal de São Paulo, Palestra na PUC-SP 12 de maio, 2010, Coordenação: Lourdes Carril e Reinaldo José de Oliveira.

⁶⁸⁸ SOUZA, Marcelo José Lopes de. *O tráfico de drogas no Rio de Janeiro e seus efeitos negativos sobre o desenvolvimento sócio-espacial*. Cadernos IPPUR/UFRJ, Ano VIII, n. 2/3, set./dez. 1994, pág. 31

perversidade da riqueza e poder gerados pelo tráfico de drogas a abastecer a Zona Sul, merece o excerto de Raquel Rolnik:

“A perversidade não está na ilegalidade, senão no fato de que essa atividade é umbilicalmente ligada e indissociável do modo de vida e modelo de cidade que se opõe à favela. Está, portanto, na armadilha que transforma um devir autônomo, um quilombo, em zona escrava⁶⁸⁹.” (NELLI, 1973 apud ROLNIK, 2007, pág. 87).

Deve-se mencionar estudo de segregação racial de grandes cidades brasileiras, em que se relaciona o mercado imobiliário com a discriminação racial, com dados de domicílios construídos em material não durável, de excesso de densidade populacional do domicílio, de domicílios com acesso a saneamento básico e com acesso a abastecimento de água adequada e de domicílios com acesso a regular coleta de lixo e acesso à energia elétrica⁶⁹⁰ (NETO & RIANI, 2007, págs. 91-112).

O Decreto 4.738/2003 reconhece a competência do Comitê Internacional para a Eliminação de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violações⁶⁹¹ de direitos humanos cobertos pela Convenção. A situação está

⁶⁸⁹ ROLNIK, Raquel. *Territórios Negros nas Cidades Brasileiras: etnicidades e cidade em São Paulo e Rio de Janeiro*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.) *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais*. O Negro na Geografia do Brasil, Autêntica, Belo Horizonte: 2007, pág. 87

⁶⁹⁰ NETO, Eduardo Rios & RIANI, Juliana de Lucena Ruas. *Desigualdades Raciais nas condições habitacionais da população urbana*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.) *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais*. O Negro na Geografia do Brasil, Autêntica, Belo Horizonte: 2007, págs. 91-112.

⁶⁹¹ “(...) o racismo converteu-se em prática sutil e legitimada socialmente, quando não feita de forma direta e dura, pelo desemprego, pelo pagamento desigual, pela morte.” CARBONARI,

muito bem descrita, com falas de moradores, de acordo com estudo de Luiz Antonio Machado da Silva e Márcia Pereira Leite⁶⁹², do qual juridicamente se pode inferir: desproporção entre o preceito ordem pública, que inclui o sossego e a tranqüilidade públicas, e o preceito incolumidade física e psíquica do morador, incluindo a inviolabilidade de domicílio, art. 5, inc. X, C.F.

A redução da violência em regiões depauperadas constitui objetivo das políticas de saúde, conforme declaração da Organização Panamericana de Saúde de 1993. E por saúde, pode-se entender qualidade de vida. Oliveiros Ferreira⁶⁹³ nomina de “*hemorragia social*” (FERREIRA, 1997) o processo social brasileiro. Marcelo Neves⁶⁹⁴ veicula o termo “*corrupção sistêmica*” (NEVES, 2009). A violência consiste em problema de saúde pública, Resolução n. 49.25, da Organização Mundial de Saúde, de 1996⁶⁹⁵ (PERES, pág.101).

Paulo César Carbonari destaca: a promoção, a proteção e a reparação dos direitos humanos – conjunto de direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, em favor de cultura de direitos humanos como mediação para enfrentar e prevenir a violência. Trata-se de garantir condições para a efetivação do direito à subsistência. Fala em “*recompôr as bases de*

Paulo César. *Raízes da Violência*. Tempo e Presença n. 339, janeiro/fevereiro de 2005, Pág. 10.

⁶⁹² SILVA, Luiz Antonio Machado da & LEITE, Márcia Pereira. *Violência, Crime e Polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?* Sociedade e Estado, Brasília, vol. 22, n.3, p. 545-591, set./dez. 2007

⁶⁹³ FERREIRA, Oliveiros. *O Caminho da violência*. In: D’INCAO, Maria Angela (Org.). *O Brasil não é mais aquele... Mudanças Sociais após a redemocratização*, Ed. Cortez, págs. 131-145.

⁶⁹⁴ NEVES, Marcelo. *Palestra proferida no Congresso Pernambucano de Direito Público*, Porto de Galinhas, Pernambuco, 26 a 29 de agosto de 2009.

⁶⁹⁵ PERES, Maria Fernanda Tourinho. *Violência: um problema de saúde pública*. In: LIMA, Renato Sérgio & PAULA, Liana de (orgs.) *Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?* Contexto, São Paulo: 2006.

sociabilidade” com transformação das “*relações interpessoais e institucionais*”. Questiona a legitimidade da violência policial “*quando esta sociedade está dotada de canais permanentes, institucionais, de diálogo e de negociação*”⁶⁹⁶ (CARBONARI, 2005, págs. 14 e 15).

Recolhe-se deste autor as definições de violência, resultante da retirada homem do mundo dos significados e das relações constitutivas do mundo de sociabilidade e ação política, a violência converte-se em instrumento da “(não-) *relação social*”, instalando-se a violência quando não são desenvolvidas condições políticas para equacionar conflitos⁶⁹⁷ (CARBONARI, 2005, Págs. 7, 8 e 11).

Reporta-se de Marli Marlene M. da Costa, o conceito de violência estrutural, aplicada aos sistemas econômicos, culturais e políticos, incluindo-se a família, por conduzir “*à opressão de determinadas pessoas a quem se negam vantagens da sociedade, tornando-as mais vulneráveis ao sofrimento e à morte*”⁶⁹⁸ (DA COSTA, 2005, pág. 1262).

Gilberto Velho afirma: “*a pobreza tomada isoladamente não explica a perda de referenciais éticos que sustentem as interações entre grupos e indivíduos*”⁶⁹⁹ (VELHO, pág. 16). Este autor, porém, busca compreender o ódio social em quadro de desesperança diante da impunidade de poderosos e da

⁶⁹⁶ CARBONARI, Paulo César. *Raízes da Violência*. Tempo e Presença n. 339, janeiro/fevereiro de 2005, págs. 14 e 15.

⁶⁹⁷ CARBONARI, Op. Cit. págs. 7, 8 e 9.

⁶⁹⁸ DA COSTA, Marli Marlene M. *Políticas Públicas e Violência Estrutural*. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (org.) *Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, RS: 2005.

⁶⁹⁹ VELHO, Gilberto. *Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica*. In: VELHO, Gilberto & ALVITO, Marcos. *Cidadania e Violência*. UFRJ, FGV: 1996

dificuldade de acesso à saúde. A impossibilidade de acesso das camadas populares a bens e valores publicizados através da mídia e da cultura de massa “*acirra a tensão e o ódio sociais*” (VELHO, pág. 16).

O acesso à droga e à arma consistem na base de estilo de vida, a tornar possível usufruir de bens de consumo, com prestígio, a facilitar o sucesso junto às mulheres e o temor entre os homens.

“De um modo bastante vigoroso esses jovens explicitam sua rejeição ao tipo de vida dos pais e dos avós. A trajetória de trabalhadores modestos, repleta de dificuldades e frustrações, marcada pela pobreza, é encarada como algo a ser negado e evitado. (...) identificam-se alguns canais de mobilidade social contemporaneamente, mas estes estão, em princípio, associados a ideologias individualistas agonísticas com pouco ou nenhum compromisso com idéias de reciprocidade e justiça social (...) A falta de uma política social efetiva, com o desinteresse das elites e a falência do poder público são fatores fundamentais para esse quadro maior de desesperança. (...) não se identifica um sistema de trocas de categorias sociais que sustente, minimamente, as noções de equidade e justiça”⁷⁰⁰ (VELHO, págs. 19, 20 e 22).

Alba Zaluar escreveu os bandidos, como consumidores, almejem os bens oferecidos pela sociedade de consumo: *“Não são reformistas, nem revolucionários. Não lutam por relações mais justas entre ricos e pobres, fortes e fracos. Suas ações podem ser interpretadas como uma mistura de resistência*

⁷⁰⁰ VELHO, Op. Cit. págs. 19, 20 e 22.

à sociedade capitalista sob a forma de recusa ao trabalho destinado à população pobre e a participação num dos mais rendosos comércios do que se tem notícia na sociedade capitalista”⁷⁰¹ (ZALUAR, 1983, págs. 272 e 273).

Neste diapasão, podem ser referidos os trechos de músicas:

“Excluído, iludido. Quem nasce na favela é visto como bandido. Roba muito magnata, não vai para à cadeia e usa terno e gravata. Causa e efeito. Só dever. Sem direito”⁷⁰² (BILL, Mv).

“O sistema é racista cruel, levam cada vez mais irmãos aos bancos dos réus, os sociólogos preferem ser imparciais. E dizem ser financeiro o nosso dilema. Mas se analisarmos bem mais você descobre que negro e branco pobre se parecem mas não são iguais. (...) Eles circulam na rua com uma descrição que é parecida com a sua, cabelo cor e feição. Será que eles vêm em nós um marginal padrão?”⁷⁰³ (MCS, Racionais, 1990).

O Congresso Nacional, no exercício da minoria parlamentar de suas atribuições de fiscalizar e legislar, realizou as Comissões Parlamentares de Inquérito⁷⁰⁴, “CPIs”, do Narcotráfico⁷⁰⁵, do Tráfico de Armas⁷⁰⁶, da Violência

⁷⁰¹ ZALUAR, Alba. *Condomínio do Diabo: as classes populares urbanas e a lógica do “ferro” e do fumo*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Crime, Violência e Poder*. Brasiliense, São Paulo: 1983, págs. 272 e 273.

⁷⁰² BILL, Mv. *Causa e Efeito*. In: *Causa e Efeito*, Chapa Preta, Thug Nine.

⁷⁰³ MCS, Racionais. *Racistas otários nos deixem em paz*. In: *Holocausto Urbano*, 1990. Zimbabwe Records.

⁷⁰⁴ “(...) daí por que precisamos ter muito claramente, separadamente, que estabelecer uma CPI não é necessariamente e restritamente, como é visto hoje, uma Comissão do Parlamento que tem funções de investigar fatos delituosos ou de improbidade administrativa; as CPIs também se destinam a investigar situações para, eventualmente, com os subsídios que daí decorrerem, produzir textos legislativos que venham a intervir naqueles fatos que estão sendo examinados. É o caso, por exemplo, de uma CPI que visa investigar o sistema financeiro nacional para exatamente saber qual é o comportamento real do sistema financeiro e quais os

Urbana⁷⁰⁷ e do Sistema Carcerário⁷⁰⁸. Em 1973, a CPI instalada, a culminar com a Lei n. 6.368/76, valeu-se de critérios análogos à dependência do álcool⁷⁰⁹.

No âmbito da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro foi realizada a CPI das Milícias. Seminário⁷¹⁰ foi realizado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias para discussão de redução de vulnerabilidades e danos no consumo de drogas. Há comissão da Câmara dos Deputados que avaliará as políticas sobre drogas na Europa⁷¹¹. Há comissão externa de políticas sobre drogas, em especial, para dependentes químicos⁷¹².

ajustamentos legislativos que devam ser produzidos pelo Parlamento sobre o que se conhece.” JOBIM, Nelson. As comissões parlamentares de inquérito como instrumento de apuração de corrupção. In ZILVETI, Fernando Aurélio & LOPES, Sílvia (coords.) O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política, p.262 referido em: SPROESSER, Andyara Klopstock. A comissão parlamentar de inquérito – CPI no ordenamento jurídico brasileiro, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, São Paulo, 2008, p. 230

⁷⁰⁵ Resolução da Câmara dos Deputados nº 9 de 1999, de prorrogação.

⁷⁰⁶ Resolução da Câmara dos Deputados nº 31 de 2005, de instituição.

⁷⁰⁷ A CPI da violência urbana, instalada em agosto de 2009, define audiências, debate o mapa da violência urbana e ouviu Paula Miraglia, diretora-executiva do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD), o coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da Usp, Sérgio Adorno e realizou audiência pública, no Rio de Janeiro, e ouviu a antropóloga Ana Paula Miranda, o Prof. Ignácio Cano da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, “UERJ”, a coordenadora do Grupo de Estudos em Justiça Criminal e Segurança Pública da Universidade Cândido Mendes (RJ), Jaqueline de Oliveira Muniz, o secretário de segurança do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, o ex-secretário de segurança pública Luís Eduardo Soares, o coordenador da ONG Viva Rio, Antônio Rangel Bandeira, a antropóloga Alba Maria Zaluar, UERJ e a diretora do Centro de Estudos e Cidadania Julita Lemgruber. Notícias acessadas em 30 de maio de 2010, disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/> O rapper GOG sugere em música CPI da Favela, CPI da Favela, GOG, 2000.

⁷⁰⁸ Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>

⁷⁰⁹ AMUY, Liliâne Maria Prado. *A lei anti-tóxicos (n 6.368/76): os critérios científicos utilizados em sua elaboração e a exclusão do álcool*. Mestrado em História da Ciência, PUC SP, 2005.

⁷¹⁰ O seminário drogas, redução de danos, legislação e intersectorialidade foi organizado pelo deputado Paulo Teixeira (PT- SP) e reuniu 12 deputados federais.

⁷¹¹ <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SAUDE/146935-INSTALADA-COMISSAO-QUE-AVALIARA-POLITICAS-CONTRA-DROGAS-NA-EUROPA.html> Acesso em 30 de maio de 2010.

⁷¹² <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SAUDE/192837-COMISSAO-EXTERNA-VAI-SUGERIR-CONJUNTO-DE-ACOES-ANTIDROGAS.html>

Em Luxemburgo, a venda é permitida, não havendo na maioria dos países-membros da União Europeia sanções a consumidores de pequenas quantidades, sendo tolerado o consumo de pequenas quantidades em Espanha, Grécia e Itália, sendo a pequena quantidade de 30 a 50 gramas, variando de Estado para Estado e o limite por dia por usuário de 0,5 grama “com a intenção repressiva de se evitar o consumo abusivo” (NETO, 2005). A França requer o cadastramento do usuário por meio de serviço social e em Portugal o porte de drogas consiste em infração administrativa.

A Inglaterra descriminalizou, exigindo-se cadastramento involuntário do usuário. Há a sintetização do THC, comercializado como remédio intitulado Marinol⁷¹³ (NETO, 2005).

Na Holanda os indivíduos possuem direito de posse de apenas 5 gramas sem risco de processo, na Bélgica, 3 gramas, enquanto na República Tcheca, permite-se aos indivíduos plantarem *cannabis* ou carregarem até 20 cigarros de maconha⁷¹⁴. Na Holanda não se permite a venda de mais de 5g de *cannabis* por vez por pessoa (HUIBERT, 1997)⁷¹⁵.

O Código Penal Peruano prevê a figura da posse para consumo pessoal e imediato com isenção de pena. No Paraguai, o art. 30 da Lei 1340/88 contém

⁷¹³ NETO, Antonio Augusto Machado de Campos Neto. *Intoxicação por maconha. Traficante e usuário*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 100 p.225-257, jan./dez. 2005

⁷¹⁴ Der Spiegel, 24/05/2010, *Berlin, na Alemanha, deve flexibilizar as leis de porte de maconha*: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2010/05/24/berlim-na-alemanha-deve-flexibilizar-as-leis-de-porte-da-maconha.jhtm>

⁷¹⁵ HUIBERT, Vermeulen. *Políticas sobre drogas: el “modelo holandés” y la posición latinoamericana* In: HOPENHAYN, Martín (Compilador). *La grieta de las drogas: desintegración social y políticas públicas en América Latina*, ONU, Comissão Econômica para América Latina e Caribe, Santiago de Chile, 1997.

dispositivo análogo. No Chile, consiste em falta sancionada com multa, obrigando-se à freqüência a programas de prevenção, serviços à comunidade e curso de capacitação. No Uruguai, Lei 17.016, há descriminalização do uso pessoal, com dever de fundamentação do juiz⁷¹⁶.

Virgílio Afonso da Silva bem expõe as classificações doutrinárias sobre eficácia das normas constitucionais, sobre eficácia jurídica, aptidão para produzir efeitos jurídicos, e eficácia social, a efetividade, em crítica à classificação de José Afonso da Silva de normas de eficácia plena, limitada e contível, com superação da classificação de direitos de defesa e direitos a prestação, ou ainda classificações de “*eficácia absoluta*” ou “*norma irregulamentável*” com adoção da “*dimensão objetiva dos direitos fundamentais*”⁷¹⁷ (DA SILVA, 2009, pág. 235).

A concepção de liberdades públicas que garantem apenas uma abstenção estatal dá lugar aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aos direitos de proteção e aos direitos de organização e procedimentos⁷¹⁸ (DA SILVA, 2009, pág. 236).

Sobre o caráter restringível, regulamentável e relativo dos direitos fundamentais, pode ser referido trecho de decisão do STF, pátio da justiça

⁷¹⁶ *Compêndio de Legislação Comparada – I Reunião Especializada de Autoridades de Aplicação em matéria de Drogas, Prevenção do Uso Indevido e Reabilitação*, <http://www.mercosur.org.uy/>

⁷¹⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Malheiros, São Paulo: 2009, pág. 235.

⁷¹⁸ DA SILVA, Op. Cit. pág. 236.

constitucional⁷¹⁹: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte de órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MS 23.452⁷²⁰).

Vírgilio Afonso da Silva expõe método para justiciabilidade dos direitos constitucionais, sem deixar de atentar para a teoria dos custos dos direitos, em matéria de efetividade dos direitos sociais. Do direito constitucional tributário, tem-se a noção dos deveres fundamentais e sua relação com o custo dos direitos humanos⁷²¹ (NABAIS, 2009).

Willis Santiago Guerra Filho veicula a dimensão processual dos direitos fundamentais, com base no “*modelo Dreier-Alexy*”, discorrendo sobre a fundamentação e complementação de conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais⁷²² (GUERRA, FILHO, 2005 pág. 41), intitulando-a de concepção epistemológica⁷²³ inclusiva⁷²⁴ (GUERRA FILHO, 2005 pág. 36),

⁷¹⁹ “Antes de mais nada, o tribunal pode também ser chamado de ‘corte’ de justiça. Esta corte é ainda, no sentido pleno do termo, o círculo sagrado dentro do qual, no escudo de Aquiles, aparecem sentados os juízes” HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004, pág. 88 Pode-se recordar a origem da palavra tribunal em tribuno, que por sua vez deriva de *tribus*. DEGENEFE, 2004, Op. Cit. Pág. 22

⁷²⁰ DA SILVA, Op. Cit. págs. 224 e 225

⁷²¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, Coimbra: 2009.

⁷²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. RCS, São Paulo: 2005, pág. 41.

⁷²³ A epistemologia consiste no “*estudo da posição adequada exigida em relação a algo para estudá-lo*” (HOFMANN apud GUERRA FILHO, 2001, pág. 24) GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*, Saraiva, São Paulo: 2001, pág. 24. A epistemologia pode também ser designada por estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das

valendo-se do princípio da proporcionalidade como “*necessidade lógica e, até, axiológica*” para o respeito de princípios tendentes a colidir, como o princípio estruturante do Estado de Direito e o princípio estruturante do Estado Democrático, com menção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, todos do art. 1º da Constituição Federal, “C.F.”.

Em outra passagem, Willis Santiago Guerra Filho lavrou ser a ideologia democrática a embasar o ordenamento jurídico e o trabalho científico em dogmática jurídica, concebendo a democracia como realização do Estado de Direito⁷²⁵ (GUERRA FILHO, 1998, págs. 204 e 205).

Willis Santiago Guerra indica o saber diferenciado da filosofia da Grécia Antiga e a ordenação jurídica como ordenação do desejo antes de conceber os direitos fundamentais como princípios constitucionais especiais. Aponta para o sentido processual dos princípios, para uma epistemologia processual e para uma concepção pós-positivista, denominando-a de teoria possibilista do direito com o intuito de “*esclarecimento e realização*” do Estado de Direito com Democracia⁷²⁶ (GUERRA FILHO, 2008). Willis Santiago Guerra Filho atribui

diversas ciências, o que não exclui uma psicologia das ciências (LALANDE, 1966, pág. 298 apud PUGLIESI, Márcio, 2005, págs. 43 e 44) PUGLIESI, Márcio. Por uma teoria do direito. Aspectos micro-sistêmicos. RCS, São Paulo: 2005. Sobre psicologia das ciências, sugere-se pesquisa em matéria de epistemologia neurótica ou ainda sobre a “*estrutura paranóica do conhecimento*”. ARICÓ, Carlos Roberto. *Estudos sobre Psicanálise: epistemologia e política*. Núcleo de Estudos em Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise, São Paulo: 1984.

⁷²⁴ GUERRA FILHO, Op. Cit. pág. 36

⁷²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estatuto epistemológico da pesquisa em direito*. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, N. 5, 1º Semestre de 1998, Ed. UnB.

⁷²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Apontamentos para uma teoria possibilista do Direito (como Teoria Filosófica Fundamental de Base Fenomenológica)* In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira & MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

estatuto ficcional ao Direito, filiando-se a Hans Vaihinger, a quem Hans Kelsen responde sobre o termo ficção jurídica⁷²⁷.

Hans Kelsen procura evitar o “*sincretismo de método*”⁷²⁸ (KELSEN, 1966, pág. 19), sem deixar de reconhecer a tarefa da sociologia do direito para análise da idéia de justiça⁷²⁹ (KELSEN, 1966, pág. 20).

Sobre a vinculação de direitos fundamentais entre particulares, Jorge Renato dos Reis refere: o art. 18. 1 da Constituição Portuguesa de 1976; a teoria da vinculação indireta por meio de cláusulas gerais; a teoria da vinculação direta, sobre igualdade de salário entre homem e mulher, na Alemanha; o art. 2 da Constituição da Itália; e a teoria dos deveres de proteção, vinculando o legislador ao respeito dos direitos fundamentais, e a negação desta teoria, em Suíça e EUA⁷³⁰ (REIS, 2005 págs. 1497-1514).

⁷²⁷ KELSEN, Hans. *Reflexiones en torno de la teoria de las ficciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger*. Revista Crítica Jurídica nº 18, jun/2001.

⁷²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisprudência Normativa e Jurisprudência Sociológica*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Ediora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, pág. 19.

⁷²⁹ KELSEN, Op. Cit. pág. 20.

⁷³⁰ REIS, Jorge Renato dos. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações*. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (org.) Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos. Edunisc, Santa Cruz do Sul, RS: 2005. Para apanhado da jurisprudência comparada, veja também: GARCÍA, Pedro de Vega. *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)* In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio. Marcial Pons, Madrid: 1996, págs. 265-280. Este autor refere a Sentença da Corte Suprema Argentina, caso Siri y Kot: “*Hay ahora una categoría de sujetos que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consórcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representan una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales.*” (CORTE SUPREMA ARGENTINA apud VEGA, 1996, pág.274). Há também o que se nomina de constitucionalização do direito privado (HESSE apud MATTOS, 2006, pág. 207). Para o fenômeno da constitucionalização dos direitos no âmbito nacional e comparado, veja também: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Teoria da Constituição e a Constitucionalização dos direitos*. Revista Brasileira de Direito Constitucional vol. 2, jan./jun., ESDC, São Paulo: 2006, Págs.181-219. Veja também para análise de jurisprudência comparada: FAVOREU L. & LUCHAIRE, F. & SCHLAICH, K & PIZZORUSSO, A. & ERMACORA, F. & GOGUEL, F. & RUPP, H.G. & ZAGREBELSKY, G. & ELIA, L. &

Em matéria de vinculação de direitos fundamentais entre particulares, cabe reportar o RE 160.222/RJ, sobre revistas íntimas em fábrica de roupas femininas, o RE 158.215/RS, sobre a exclusão de dois cooperados sem o devido processo legal e o RE 201.819/RJ, sobre exclusão de sócio de União Brasileira de Compositores sem o devido processo legal⁷³¹ (SOMBRA, 2007, págs. 311-312).

Cabe a pergunta se uma associação de usuários de fármacos viola os direitos fundamentais ou os salvaguarda. Na discussão sobre legalização de bingos, aventou-se o cadastro de *ludopatas*, seria admissível? Bastaria a obrigatoriedade de informação de risco de problemas emocionais e financeiros?

Propõe-se interpretação sistemática da Constituição Federal, “C.F” e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos sobre dignidade, educação, erradicação da pobreza e mandado de criminalização: art. 1º, art. 206, III; art. 3º, inc. III; art. 5º, incs. XLIII e inc. XLIV da C.F.;

OEHLINGER, T. & RIDEAU, J. & DUBOIS, L. & CAPPELLETTI, M. & RIVERO, J. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1984.

⁷³¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. Revista do IASP, ano 10, n. 19, jan.-jun., RT, São Paulo: 2007. Veja também: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Direitos fundamentais e direito privado, Claus-Wilhelm Canaris*. Págs. 349-356; DO VALE, André Rufino. *Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas*. Págs. 368-385; e STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela*. Págs.205-215, todos In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, jan./jun., ESDC, São Paulo: 2005.

sobre responsabilidade do Presidente, do Estado, intervenção federal e proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Presidência da República: art. 85, inc. IV; art. 34, VII, b; art. 37, §6º, art. 103, I e § 4º da C.F.;

sobre princípios das relações internacionais, direito à saúde, direito à cultura, direito dos índios: art. 4º, incs. VII e IX, art. 196, art. 198, inc. III, art. 215, §1º, art. 216, inc. I e II, art. 231 da C.F.

sobre dever comunicacional⁷³², intervenção do Estado na Economia e direitos fundamentais, art. 220, §4º, art. 173; e art. 5º, *caput* e incs. IV, VI, VIII, XIV, XVI, XVII, LIV, XI, IV, VI, X, XXVII, IX, e § 2º, C.F.;

⁷³² Veja também: MENEZES, Luiz Cláudio Rodrigues. *Comissões de radiodifusão no Brasil: breve análise do relatório final da Subcomissão Especial de outorgas da Câmara dos Deputados*, 2009, biblioteca digital da Câmara dos Deputados; LOPES, Cristiano Aguiar. *Reflexões sobre a regulação da radiodifusão no Brasil: em busca da lei geral de comunicação eletrônica de massa*, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 04/2005, biblioteca digital da Câmara dos Deputados; TEIXEIRA, Henrique Cesar Silva. *Outorgas e renovações de rádio e tv: a radiodifusão no Senado Federal 1999-2008*, biblioteca digital Camara dos Deputados, 2009; INGHAM, Ana Paula Bialer, *Regulation of audiovisual media in a convergent environment. The case of audiovisual content via internet*. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2007; NETO, Guilherme Fernandes, *Direito da Comunicação Social*. RT, São Paulo, 2004; *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer Ano VIII, n. 4, 2007; CREECH, Kenneth C. *Electronic Media Law and Regulation*. Second Edition, United States, 1996; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública*. Revista de Direito da Concorrência, Ed. Especial, 2003, p. 56-87; FARACO, Alexandre Ditzel. *Radiodifusão pública e regulação do audiovisual no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia v. 6 n. 21, 2008, p. 9-43; _____ . *Democracia e Mídia: fundamentos para uma análise jurídica*. Revista de Direito Público da Economia v. 7 n. 26, 2009, p. 9-32; Veja também www.intervozes.org.br e veja também: GOMES, Raimunda Aline Lucena. *A comunicação como direito humano: um conceito em construção*. Mestrado, Recife, 2007, UFPE; BLOTTA, Vitor Souza Lima. *A comunicação social no atual Estado Democrático de Direito: para um novo controle social da informação*. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Campinas, 2005; BIGLIAZZI, Renato. *A Constituição domada: democracia e o conselho de comunicação social*. Mestrado, Faculdade de Direito UNB, Brasília, 2007; JUNIOR, Vilson Vieira. *Dos monopólios à democratização: caminhos e lutas por uma outra comunicação no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso. UFES, Vitória: 2007; ZYLBERSTYAJN, Joana. *Regulação da mídia e colisão entre direitos fundamentais*. Mestrado. Faculdade de Direito da Usp, 2008; SCORSIM, Ericson Meister. *Estatuto dos serviços de televisão por radiodifusão*. Doutorado. Faculdade de Direito da Usp, São Paulo: 2007; e GONÇALVES, Bruno Lupion. *Marcos regulatórios e democratização da mídia: o direito de antena*. Trabalho de Conclusão de Curso, São Paulo: 2006. Veja também: HOWARD, Ross. *The Media's Role in War and*

Art. 5º §2º, C.F. c.c. arts. 1 e 5 b), Convenção pela Eliminação da Discriminação Racial, Decreto n. 65.810/1969 e Protocolo facultativo com reconhecimento de competência de Comitê Internacional, Decreto n. 4.738/2003;

Art. 5º §2º, C.F. c.c. Convenção sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, Decreto n. 6.949/2009;

Art.5º §2º, C.F. c.c. Convenção sobre direitos das crianças, Decreto 99.710/1990 e Protocolo Facultativo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, Decreto 5.006/2004 c.c. Declaração sobre a proteção de mulheres e crianças em conflitos armados;

Art. 5º §2º, C.F. c.c. Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder c.c. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à proteção de vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional de 1977;

Art. 5º §2º, C.F. c.c. art. 2 da Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da UNESCO, Decreto n. 6.177/2007;

Art. 5º §2º, C.F. c.c. arts. 1.2, 7.1, 8.1, 14.1 e 15.1, Convenção 169 da OIT, Decreto n. 5051/2004; c.c. art. 24.1, Declaração dos direitos dos povos indígenas, Decreto 7.056/2009; c.c. a Medida Provisória n. 2.186 de 23 de agosto de 2001, com regulamentação do inciso II do §1º e § 4º do art. 225 da C.F., os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção da Biodiversidade;

Com estudo de direito comparado, art. 16, Constituição da Colômbia e art. 19, Constituição da Argentina.

O art. 5º, inc. XLIII C.F. considera crime inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, igualmente a ação de grupos armados, inc. XLIV. Há um dever de proibição para proteção da saúde, há um dever de proteção à integridade das pessoas, e há um dever de promoção da saúde (art. 196, C.F.), devendo o legislador ponderar em face das conseqüências sociais⁷³³ da norma proibitiva, com respeito aos direitos e garantias individuais, também do art. 5º, *caput* e incs. IV, VI, VIII, XIV, XVI, XVII, LIV, XI: segurança individual, opinião⁷³⁴, crença, culto, consciência, liberdades de expressão⁷³⁵, direito à

⁷³³ O objetivo deste estudo consiste em apontar o conflito de direitos fundamentais e sua violação. Para além de uma discussão entre doutrinas apriorística e empírica do direito, o que importa dizer é que há o direito positivo e positivado, com aptidão de produzir efeitos e com efetividade, se há crise de legitimidade, ilegalismos, questão da eficácia social da norma, questão da sociologia do direito, para o problema de prognose e racionalização legislativas.

⁷³⁴ Como exortação, declaração de valor interpretativo, costume internacional, princípio implícito do regime democrático, cumpre referir a Declaração de 1948: “Art. XIX – *Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui (sic) a liberdade, sem interferências, (...) procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”. Sobre o direito de informar, de se informar e de ser informado: SECLAENDER, Airton C. Leite. *O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação*. Revista de Direito Público, n. 99, julho-setembro de 1991. Sobre o direito à informação do paciente portador de transtorno mental, livre acesso do paciente aos meios de comunicação, direito de receber informações sobre sua doença e tratamento, e acesso ao melhor tratamento consentâneo com sua necessidade: ARAÚJO,

informação⁷³⁶, reunião⁷³⁷, associação, devido processo legal, cátedra⁷³⁸, inviolabilidade de domicílio⁷³⁹ e cultura.

Os direitos da personalidade compreendem o direito ao nome, à identidade, à honra, à imagem, à intimidade, ao segredo, ao recato, à vida privada, às liberdades artística, literária, científica e de comunicação, à liberdade de pensamento, de consciência, de crença, ao direito de autor e à liberdade de expressão, art. 5º, incs. IV, VI, X, XXVII, IX C.F.

Sobre o direito fundamental à felicidade sustenta Marcelo Souza Aguiar a seguinte noção: *“(...) o evolver do direito à felicidade, no espaço público-institucional, somente ocorre em uma dimensão ética e comprometida com o*

Alexandre Arnaut de. Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2010.

⁷³⁵ Sobre a liberdade de expressão cultural: *“uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano”*. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª edição, Ed. Malheiros, pág. 258. Para jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “STF”, em matéria de liberdade de expressão podem ser referidas: HC 83.125 e HC 83.966.

⁷³⁶ Sobre o direito à informação do paciente portador de transtorno mental, livre acesso do paciente aos meios de comunicação, direito de receber informações sobre sua doença e tratamento, e acesso ao melhor tratamento consentâneo com sua necessidade: ARAUJO, Alexandre Arnaut de. *Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei*. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2010.

⁷³⁷ A Corte Interamericana dos Direitos Humanos considerou violado o direito de reunião de trabalhadores, no caso Baena Ricardo, Panamá, 2003. Para estudo histórico da liberdade de reunião no STF: Adi 1.969-5; RE 97.278-1; MS 20.219-0; RE 26.350 e RE 85.999.

⁷³⁸ HC 40.910-PE, STF.

⁷³⁹ De acordo com Cristiano Ávila Maronna, no âmbito privado o uso de drogas ilegais não constitui crime, uma vez inexistente a expansibilidade do perigo potencial. *“Isso porque a Lei n. 11.343/06 deixou de incriminar a conduta de utilizar local de que tem a propriedade, posse, guarda, etc. ou consentir que outrem dele se utilize para uso de drogas ilegais, prevista como crime equiparado ao tráfico de drogas na Lei n. 6.368/76 (art. 12, §12º, inciso II). Com isso, reconheceu a nova lei a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que no Brasil possui assento constitucional (art. 5º, inciso X, da CF)”* MARONNA, Cristiano Ávila. *Em busca da racionalidade perdida*. Boletim IBCCRIM n. 189, agosto/2008. Leonardo Pereira Martins escreve sobre devido processo legal, inviolabilidade de domicílio e direito fundamental da personalidade, com base em estudo de intercepção sonora e referência ao BVerf, 1 BvR 2378/98 de 3/03/2004, sobre as distinções *Eingriff*, intervenção e *Ausgestaltung*, conformação. MARTINS, Leonardo Pereira. *Crime Organizado, Terrorismo e inviolabilidade de domicílio: sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5, XI da CF*. RT/Fasc. Pen. Ano 93 v. 824 jun. 2004, págs. 401-437.

*projeto de felicidade alheio. Não se pode ser feliz em meio à infelicidade alheia – salvo a patologia do egoísmo, que contrasta com o princípio da solidariedade*⁷⁴⁰ (AGUIAR, 2006, págs. 113 e 114).

Antônio Chaves resenha Adriano de Cupis, do qual extrai de que o *“interesse público relativo à integridade física somente parece digno de proteção quando a mesma integridade constitua condição de convivência normal”* (CUPIS apud CHAVES, 1977).

E sobre integridade física, afirma serem as finalidade curativas ou meramente estéticas da operação excludentes ao que se possa invocar por contrariedade aos bons costumes, à lei ou à ordem pública. *“Tratando-se de operação de que não decorra diminuição permanente da integridade física, não há obstáculo à validade do consentimento: pode-se, pois, dispor validamente da própria integridade física, mediante consentimento à operação.*⁷⁴¹” (CHAVES, 1977). O que se deve realçar: as finalidades curativa, meramente estética e a validade do consentimento.

Com relação às atividades do boxe, do karatê, da luta livre, quem participa do embate consente às lesões, ainda que procure evitá-las, não podendo ter por alheias à sua vontade. Refere ainda Antônio Chaves por auto-lesão o aborto provocado por si pela mulher.

⁷⁴⁰ AGUIAR, Marcelo Souza. *O direito à felicidade como direito humano fundamental*. Revista de Direito Social v. 31, Notadez, São Paulo: 2006, págs. 113 e 114.

⁷⁴¹ CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes) – esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo” – direito ao cadáver e às partes do mesmo*. Justitia vol. 98, 1977.

Distingue entre capacidade de direito e capacidade de exercício Ana Carolina Brochado Teixeira, sobre o “*necessário discernimento para práticas dos atos da vida civil*” (TEIXEIRA, 2008, pág. 8), em estudo do art. 3º e do art. 1772 do Código Civil, com valorização da expressão da opinião da criança: art. 12 da Convenção Internacional dos direitos das crianças de 1989.

Refere o caso do juiz alemão Daniel Paul Schreber, quando em 1902 a Corte de Apelação suspendeu a interdição, concluindo-se a doença mental não comprometer a capacidade civil. Em “*parâmetro personalista*” (TEIXEIRA, 2008, pág. 32), entende dever ser preservada a autonomia com inclusão social, seja no que se refere à prática de negócios jurídicos, seja no que se refere às decisões relativas aos aspectos existenciais de si próprio (TEIXEIRA, 2008, pág. 19). Escreve sobre liberdade responsável, atrela autodeterminação à dignidade e conceitua:

“Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as conseqüências dos seus atos” (TEIXEIRA, 2008, pág. 17).

Sobre teoria do discernimento cabe mencionar o estudo Menores e Loucos em Direito Criminal de Tobias Barreto⁷⁴² (BARRETO, 2003).

⁷⁴² BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. História do Direito Brasileiro. Senado Federal, Brasília: 2003. Veja também a loucura como perda de liberdade e a loucura como liberdade, sobre psicose: VELO, Joe Tennyson. *Considerações teóricas sobre a importância da psicanálise para o juízo de imputabilidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 44, ano 11, julho-setembro, RT, São Paulo: 2003. Veja também: VIEIRA, Patrícia Ruy. *A interdição civil no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais ano 93, vol. 826, agosto, São Paulo: 2004; *A banalização da interdição judicial no Brasil: relatórios*, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Câmara dos Deputados, 2007, disponível em: <http://bd.camara.gov.br/e>

A Lei 11.343/2006 estabelece por princípio o respeito à autonomia e à liberdade, no art. 4º, I. Esta lei prevê a redução da vulnerabilidade, no art. 5º, I, consistindo atividades de prevenção do uso indevido de drogas, as redutoras dos fatores de vulnerabilidade e risco, art. 18.

Conforme o art. 19, inc. VI, da Lei 11.343/2006, o retardamento do uso e a redução de riscos são tidos como resultados desejáveis da atividade preventiva do uso indevido de drogas.

Há política nacional do Ministério da Saúde de atenção integral a usuários de álcool e outras drogas e as Portarias 1028/2005 MS/GM e 1190/2009 MS/GM (Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em álcool e outras drogas no SUS) estabelecem medidas de redução de danos⁷⁴³.

Há lei de saúde mental, Lei 10.216/2004, inclusive para população indígena, por meio da Portaria 2.759/2007 MS com diretrizes para atenção integral à saúde mental dos povos indígenas.

O Decreto 6.117/2007 dispõe sobre redução de uso indevido de álcool e associação com violência e criminalidade, o Decreto 2.018/96 regulamenta a

RODRIGUES, Mavi Pacheco. *Serviço Social e Reforma Psiquiátrica em tempos pós-modernos*. Praia Vermelha, Estudos de Política e Teoria Social nº 6, primeiro trimestre, UFRJ, Rio de Janeiro: 2002.

⁷⁴³ Veja também: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *Uso de drogas e sistema penal: o proibicionismo e a redução de danos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

propaganda de fumígenos⁷⁴⁴, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos, o Decreto n. 7053/2009 institui a política nacional para a população em situação de rua com Comitê intersetorial de Acompanhamento e o Decreto 7.179/2010 c.c. MP 498/2010 institui o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack⁷⁴⁵ e outras Drogas com Comitê Gestor.

Foram criados CAPSad 24 horas, Casas de Acolhimento Transitório, Programas de Educação para o Trabalho, Núcleo de Apoio à Saúde da Família e consultórios de rua, com regulamentação dos serviços hospitalares de referência para álcool e outras drogas, Portaria MS 2842/2010.

⁷⁴⁴ Em matéria de fumígenos, cabe reportar a Comissão Nacional para o Controle do uso do Tabaco de 1999, Decreto nº 3136, e, em 2003, a Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos (CONICQ), Decreto n. 5658/2006. Deve ser mencionado o art. 5º, letra b desta Convenção, para implementação de medidas legislativas e administrativas. Igual menção deve ser feita à Lei Federal nº 9294/96, à Portaria GM/MS 2169/1994 e ao art. 28 da CLT: "São deveres dos estivadores: (...) não andar armado, não fumar no recinto do trabalho nem fazer uso de álcool durante o serviço". CAETANO, Flávio Croce & FIGUEIREDO, Marcelo & GALINDO, Auria Belo. *Consulta à ACT – Aliança de Controle do Tabagismo*, 2007. Deve ser mencionado o art. 6º da Lei de Fumígenos do Estado de São Paulo, Lei 13.541:

"Artigo 6º - Esta lei não se aplica:
I - aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual;
II - às instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista;
III - às vias públicas e aos espaços ao ar livre;
IV- às residências;
V - aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

Parágrafo único - Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei." Há Resoluções da OMS. Para estudo comparativo, veja também: BETTCHER, Douglas W. & TAYLOR, Allyn & CHAZOURNES, Lawrence Boisson de & LEARY, Virginia & OKUN, Herbert S. *International law and health, two approaches: the who's tobacco initiative and international drug controls*. Proceedings of the American Society of International Law n. 1/4, apr. 2000, págs. 193-6

⁷⁴⁵ O crack resulta da proibição do comércio de cocaína, nesse sentido: <http://coletivodar.wordpress.com/2010/10/14/entrevista-exclusiva-pedro-gabriel-delgado-fala-sobre-crack/>. O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/MCT) conta com o Edital 41/2010 para pesquisas no tema. No município de São Paulo, noticia-se abertura de clínica por meio do Serviço de Atenção Integrada ao Dependente (Said). ZANCHETTA, Diego. *1 ano após ação na Luz, sai clínica para viciado. Centro de tratamento para dependentes do crack vai funcionar em Heliópolis, zona sul*. Jornal O Estado de São Paulo, 11 de agosto de 2010.

Sobre a limitação temporal do comércio de bebidas alcoólicas, o STF decidiu na SS 2182/DF, em 15 de fevereiro de 2003, Rel. Min. Marco Aurélio: *“Regular-se a venda de bebida alcoólica a certo horário, sob motivação de pretender-se evitar a criminalidade, é passo demasiadamente largo, que não se coaduna com o Estado de Direito, no qual predomina a liberdade”*.

A embriaguez pode ser classificada em: forma comum, com as fases de excitação, ebriedade e pré-coma; forma comatosa; forma convulsiva; forma alucinatória; forma delirante e forma maníaca⁷⁴⁶ (GARCIA, 1945, AMARK, 1951, KAPLAN & SADOCK, 1975 apud FRANÇA, 1979, págs. 95 e 96).

A embriaguez também pode ser classificada em: acidental, culposa, completa, plena, completa proveniente de caso fortuito, completa proveniente de força maior, deliberada, voluntária, procurada, habitual, inveterada, fortuita, incipiente, incompleta, letárgica, comatosa, patológica e preordenada⁷⁴⁷ (FRANÇA, 1979, págs. 100-102).

Há a embriaguez indígena, em que os excessos de cauim circunscrevem-se em rituais⁷⁴⁸ (SZTUTMAN, 2008, pág. 226), com fermentação realizada

⁷⁴⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, n. 31, Saraiva, São Paulo: 1979, Págs. 95 e 96.

⁷⁴⁷ FRANÇA, Op. Cit. págs. 100-102.

⁷⁴⁸ Existem as noções do cauim doce, como alimento e do cauim azedo, mais alcoólico, *“ingerido em ‘excesso’ e de ‘barriga vazia’”*. SZTUTMAN, Renato. *Cauim, substância e efeito: sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios*. In: Drogas e Cultura: novas perspectivas. LABATE, Beatriz Caiuby & GOULART, Sandra & FIORE, Maurício & MACRAE, Edward & CARNEIRO, Henrique (orgs). Edufba e Fapesp, Salvador: 2008, Pág. 226. A discussão em ciências humanas, além de reforçar os aspectos simbólicos, para além do constatável farmacologicamente, aponta para a importância do contexto de uso, da pauta de

pelas mulheres do caxiri para o Turé e há o consumo inadequado, contexto de desunião e brigas com bebidas compradas na cidade⁷⁴⁹ (DIAS, 2008, pág. 211). Na história antiga, o “*significado de simpósio é simplesmente ‘beber juntos’*”⁷⁵⁰ (CARNEIRO, 2010, pág. 36).

No Livro VII, de *Ética a Nicômanos*, de Aristóteles, sobre a embriaguez, podem ser referidas as disposições morais da incontinência e da bestialidade. Relaciona-se moderação com continência dos desejos e menciona-se o discernimento, inclusive para ações incontinentes. “*É claro, então, que podemos considerar que as pessoas incontinentes estão numa condição idêntica à das pessoas adormecidas, loucas ou embriagadas*”⁷⁵¹.

Sobre o Exame Toxicológico para concursos públicos, admissível somente se houver correlação lógica do fator de discrimen para aferição de específica capacidade relacionada com a função pública, de outro modo deve ser interpretado como invasão de privacidade, e, em caso de dependência, como o do alcoolista, o caso é de licença para tratamento, e não justa causa ou dispensa a bem do serviço público.

comportamento, do padrão de consumo e do controle social. Há a noção de *social setting* (BECKER, 1966 apud MACRAE & SIMÕES, 2000), o cenário sociocultural, com sanções sociais, rituais sociais e controles sociais informais. MACRAE, Edward & SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de fumo: o uso de maconha entre camadas médias urbanas*, Edufba, Cetad, Salvador: 2000, págs. 31 e 32.

⁷⁴⁹ Entre os Uaçá há “*noção culturalmente construída de quantidade, de situações e espaços adequados para beber, de atitudes que podem ser tomadas e outras que devem ser evitadas*”. (DIAS, Laércio Fidelis. *Usos e abusos de bebidas alcoólicas segundo os povos indígenas do Uaçá*. In: *Drogas e Cultura: novas perspectivas*. LABATE, Beatriz Caiuby & GOULART, Sandra & FIORE, Maurício & MACRAE, Edward & CARNEIRO, Henrique (orgs). Edufba e Fapesp, Salvador: 2008, pág. 214

⁷⁵⁰ CARNEIRO, Henrique. *Bebida, Abstinência e Temperança na História Antiga e Moderna*, Senac, São Paulo:2010, pág. 36;

⁷⁵¹ Aristóteles. *Ética a Nicômanos*./ Aristóteles; tradução de Mário da Gama Kury – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985, 4ª Edição, 2001, pág. 133.

Como lançado por Marcelo Figueiredo, em matéria de probidade administrativa, sobre o fato da conduta da vida privada de servidores poder influenciar nos cargos públicos com causa de demissão, em França: “ (...) o professor primário que foi demitido por ter começado a beber em função de decepção amorosa em uma cidade onde lecionava. Assevera, contudo, que o professor não se apresentava alcoolizado em sala de aula. Todavia, o aludido Conselho (sic de Estado) entendeu como presente a figura do mauvaise influence, exonerando-o⁷⁵²” (BRAIBANT, 1984, págs.397-402 apud FIGUEIREDO, 1999, pág. 54). Refere também o caso *Trottoir*, sobre moralidade pública, HC 59.518, STF⁷⁵³ (FIGUEIREDO, 1999, pág. 36).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, Ap. cível 478.166-PR, determinou à União a rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território nacional e o alerta em expressão gráfica de que “o álcool pode causar dependência e em excesso é prejudicial à saúde”, bem como exigiu da ABRABE (Associação Brasileira de Indústrias e Bebidas) a expedir essa informação a seus associados⁷⁵⁴ (FIGUEIREDO, 2008, pág. 298).

A Lei do Estado de São Paulo 12.258/06 definiu os direitos fundamentais dos dependentes, a exemplo da garantia de não exclusão de escolas, centros esportivos e acesso a tratamentos que respeitem sua dignidade, permitindo sua reinserção social e garantia de vacinação contra hepatite B.

⁷⁵² FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. Malheiros, São Paulo: 1999, pág. 54

⁷⁵³ FIGUEIREDO, Op. Cit. Pág. 36

⁷⁵⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle das políticas públicas pelo poder judiciário*, Caderno de Soluções Constitucionais, Coleção Soluções Constitucionais, Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, São Paulo, Malheiros: 2008, pág. 298.

A convivência, alimentação no horário, redução da compulsão/descontrole, retardamento do prazer, prevenção de transmissão de doenças, diminuição do comportamento de risco, e superação do prejuízo/dificuldade em honrar compromissos são medidas de redução de danos. A Lei do Estado de São Paulo 12.637/07 determina a instalação de bebedouros de água potável, em local visível, nas danceterias e casas noturnas.

Foram criadas, em 2002, pelas Portarias 336 e 189 do Ministério da Saúde os Centros de Atenção Psicossocial para atendimento de crianças e adolescentes (CAPSi) e para portadores de transtornos em decorrência do uso e dependência de substâncias psicoativas (CAPSad)⁷⁵⁵ (ARANTES, 2008, pág. 41).

3.2. O direito penal simbólico e os direitos dos usuários de álcool e fármacos

Marcelo Neves conceitua legislação simbólica como produção de textos com referência normativo-jurídica, porém com finalidades não especificamente normativo-jurídicas⁷⁵⁶ (NEVES, pág. 32).

A Legislação simbólica pode ser caracterizada: confirmação de valores sociais; demonstração de capacidade de ação do Estado; e adiamento da

⁷⁵⁵ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Pensando a psicologia aplicada à Justiça*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini & BRANDÃO, Eduardo Ponte. *Psicologia Jurídica no Brasil*. Nau, Rio de Janeiro: 2008, pág. 41

⁷⁵⁶ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Ed. Acadêmica, São Paulo, 1994

solução de conflitos sociais através de “*compromissos dilatatórios*” (KINDERMANN, 1988 apud NEVES, pág. 34).

Em comentário à lei seca dos Estados Unidos, afirma a legislação simbólica destinar-se à afirmação de valores sociais como meio de diferenciar grupos e respectivos interesses (NEVES, pág. 36).

Marcelo Neves refere a tese de Gusfield em não haver preocupação com a eficácia instrumental da lei mas sim por meio da legislação em adquirir maior respeito social e símbolo de status. A vitória legislativa teria funcionado simbolicamente como ‘*ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores*’ no conflito entre protestantes/nativos e católicos/imigrantes, “*sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais*”(GUSFIELD, 1986, pág. 23 apud NEVES, pág. 35).

Refere igualmente a reação simbólica por conta de pressão pública por reformas legislativas no direito penal para atitudes estatais mais drásticas contra determinados crimes (SHILD, 1986, pág. 198 apud NEVES, pág. 38).

Acerca do direito penal simbólico, Alberto Toron também consignou tratar-se de reação social simbólica a encubrir os fatores sociais criminógenos, ao se incrementar os mecanismos de repressão produz-se a falsa imagem de que o reforço do poder repressivo consiste na resposta adequada ao delito e não do crime corresponder a fatores sociais a que se deve fazer frente com políticas

sociais, não restando outra saída que *“la reacción social-institucional enérgica”*⁷⁵⁷ (BASOCO apud TORON, 1996, pág. 93).

Sobre o direito penal como meio de autoengano escreve Theodomiro Dias Neto. Alude a expressão *“política como espetáculo”* de Alessandro Baratta e a legislação penal como tecnologia de poder em que se barganha ilusão de segurança por voto, em uma relação teatral entre ator e público formada entre político e cidadão, sem deixar de mencionar a demanda punitiva.

*“Produzindo leis, aumentando penas, restringindo garantias, o sistema se mostra em sintonia com a demanda punitiva da sociedade e se desonera do peso de sua incapacidade de afrontar o problema. Nada contra que se discuta ‘maioridade penal’. Não há temas proibidos na democracia. Impressiona, contudo, a forma como a sociedade se vale do direito penal para se distanciar de seus conflitos, relegando-os à instância policial. (...) O discurso sobre os conflitos sociais deforma-se em discurso sobre a criminalidade”*⁷⁵⁸ (NETO, 2003).

De Leonardo Sica, recolhe-se ser o fracasso das políticas governamentais na área social o fato do Estado atribuir à norma penal papel ampliado, como

⁷⁵⁷ TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos. O mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1996.

⁷⁵⁸ NETO, Theodomiro Dias. *O direito penal como meio de auto-engano*. Tendências e Debates, Folha de São Paulo, São Paulo, 15 de dezembro de 2003.

forma de se restabelecer a confiança institucional⁷⁵⁹ (BARATTA apud SICA, 1998 pág. 110).

A advogada e mestranda Michele Cia sustenta a inconstitucionalidade do direito penal simbólico, afirmando o direito penal possuir menos custos de implantação que outros mecanismos jurídico-administrativos. Os efeitos sobre a opinião pública são de efeito em curto e médio prazo, garantindo a confiança da população no funcionamento do ordenamento jurídico. A eficiência do direito penal simbólico incide “*no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança*⁷⁶⁰” (SÁNCHEZ apud CIA, 2007, pág. 21).

O propósito do legislador consiste em forjar boas impressões na população⁷⁶¹ (GOMES & BIANCHINI, 2002, págs. 102 e 105 apud CIA, 2007, pág. 21). Comenta a criação das leis de tortura e remédios falsificados⁷⁶².

Para os efeitos do direito penal simbólico elenca: a satisfação de necessidade social diante de problema não-solucionado; demonstração de Estado forte; apaziguamento de reações emocionais; manifestação de vigência de opção ética; disseminação de sentimento de segurança infundado; demonstração de força coativa do poder público com ocultação da ausência de

⁷⁵⁹ SICA, Leonardo. *O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Nova Série, ano 1, n. 2, julho-dezembro, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, págs. 105-116.

⁷⁶⁰ CIA, Michele. *Simbolismo Penal*. In: BORGES, Paulo César Côrrea (coord.) *O princípio da igualdade na perspectiva penal*. Temas Atuais. UNESP, São Paulo: 2007, Pág. 11-31

⁷⁶¹ CIA, Op. Cit. pág. 21

⁷⁶² São tidos como exemplos de leis penais simbólicas a Lei de Tortura, depois de imagens de tortura filmadas, Lei 9.455/97 e a Lei 9.677/98, após divulgação de escândalo de remédios falsificados, com elevação à categoria de hediondos com a Lei 9.695/98 (GOMES & BIANCHINI, 2002, págs. 105-6, 110-1; AMARAL, 2003, pág. 155 apud CIA, 2007, pág. 25), CIA, Op. Cit. pág. 25.

instrumentos de intervenção social eficazes; e demonstração de rapidez do legislador⁷⁶³ (CIA, 2007, pág. 26).

Implementa-se estratégia desenvolvida por meio de ações a pessoas que não conseguem ou não querem interromper o uso de álcool e drogas. Há distinção entre drogas leves e pesadas, em outros países. Como prática preventiva à hepatite e à AIDS, entre usuários de drogas injetáveis, relata-se medidas de redução de danos na década de 80, na Europa, Austrália e Estados Unidos, e prescrição médica de opiáceos, a receita controlada, a dependentes destas drogas em 1926, na Inglaterra⁷⁶⁴.

Tarcísio Mattos de Andrade afirma não ser conceito de consenso: *“trata-se de ações que visam minimizar riscos e danos de natureza biológica, psicossocial e econômica provocados ou secundários ao uso/abuso de drogas sem necessariamente requerer a redução de consumo de tais substâncias”* (ANDRADE, 2004). As ações de redução de danos orientam-se por três princípios básicos: o pragmatismo, a tolerância e a diversidade⁷⁶⁵.

Afirma se tratar de serviço de educação para autocuidados com a saúde, a inclusão, entre passageiros, de motorista que não beba e possa dirigir com segurança, o uso de cinto de segurança e o uso de adesivos de nicotina, orientação que pode ser realizada por meio de agentes comunitários de saúde, o que é um princípio constitucional da saúde: a participação. Propicia condição

⁷⁶³ CIA, Op. Cit. pág. 26

⁷⁶⁴ ANDRADE, Tarcísio Mattos. *Redução de danos: um novo paradigma?* Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo. In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.) Edufba, Cetad/UFBA, Salvador, 2004.

⁷⁶⁵ ANDRADE, Op. Cit. Pág. 87

segura e protegida de uso, com medidas sanitárias, de biosegurança, terapias de manutenção ou substituição⁷⁶⁶, com programa de troca de seringas, evitando a contaminação, o cometimento de crimes para sustentação do vício, preservando-se a autonomia do paciente, direito do paciente a tratamento consentâneo com sua dignidade, questão de bioética, dever do médico⁷⁶⁷, à opção menos dolorosa, com inclusão social.

Segundo estudo da UFRJ e UNB⁷⁶⁸, reconhece-se, na OMS, a redução de danos⁷⁶⁹ como medida eficaz de prevenção, recomenda-se, pela UNAIDS, e relata-se o dissenso entre os países na Sessão Especial da Assembléia Geral da ONU, em 2008. Refere-se o art. 3, item 4, letra a da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, Decreto 154/1991, sobre proporcionalidade das sanções.

⁷⁶⁶ Para a substituição medicamentosa, os mesmos cuidados devem ser observados com relação a qualquer prescrição medicamentosa, sob pena de latrogenia, o dano psíquico ocasionado. Veja também: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *A integridade psíquica e sua disciplina dentre os direitos de personalidade no sistema legal brasileiro*. Revista de Direito Privado n. 14, ano 4, abril-junho, RT, São Paulo: 2003.

⁷⁶⁷ “Resolução CFM nº 1931/09 (...) É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento de paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-los, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem. (...) Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade” Disponível em: www.cremj.org.br/downloads/241.PDF, acesso em: 25/08/2010.

⁷⁶⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux & CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de & PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas & JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (colaborador). Série Pensando o Direito. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”, UnB, UFRJ, Brasília, Rio de Janeiro, Julho de 2009, disponível em: www.mj.gov.br/

⁷⁶⁹ Oportuna é a indagação do alcance e sentido do art. 12-2 “c” – obrigação internacional do Estado de medidas assecuratórias de prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras - do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. Malheiros, São Paulo: 1999.

Este estudo pervaga as Convenções de 1961, 1971⁷⁷⁰ e 1988, a noção de responsabilidade compartilhada entre países e a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as convenções internacionais de controle penal de drogas, diante da superlotação de prisões com pequenos traficantes pobres, com opção de descriminalização de quantidades definidas em lei, esclarecendo a composição da Comissão sobre Entorpecentes, órgão diretor do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, ter sido estabelecida pelo Conselho Econômico Social, havendo Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes.

“(...) pode-se dizer que o sistema das Nações Unidas se sustenta nos seguintes pontos: i) é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; (iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; (iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; (v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional”⁷⁷¹
(RODRIGUES & CASTILHO & VARGAS & BATISTA & PRADO & JAPIASSU, 2009, pág. 22)

⁷⁷⁰ Decreto n. 78.992/1976.

⁷⁷¹ RODRIGUES & CASTILHO & VARGAS & BATISTA & PRADO & JAPIASSU, Op. Cit. pág. 22

Da dogmática penal, inferem-se as teorias do risco permitido e do perigo proibido⁷⁷². Há o princípio do respeito às autonomias culturais e opção pela descriminalização: “a lei penal não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito⁷⁷³” (BARATTA, 1987 apud CERVINI, 1995).

Damásio expõe propostas de descriminalização, não devendo ser penalizados: “comportamentos que, dentro de diversos grupos da comunidade, recebem diferente tratamento moral; (...) condutas em relação às quais a ameaça penal se mostra inoperante; (...) condutas que só são praticadas em casos de desequilíbrio psíquico ou moral; condutas que a maioria da população não considera reprovável”, concluindo por descriminalização do anúncio de meio anticoncepcional, do adultério⁷⁷⁴, da vadiagem, da mendicância, da toxicomania, dentre outros⁷⁷⁵ (DAMÁSIO, 1978). A mendicância foi descriminalizada pela Lei 11.983/2009⁷⁷⁶ (CABETTE, 2010) e há proposta de cadastramento dos flanelinhas, conforme requisitos de ficha limpa da Lei 6.242/1975⁷⁷⁷ (BRANDALISE & MACHADO, 2010).

⁷⁷² Para a noção de perigo como proximidade do dano, vide: MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008, págs. 13, 23 e 276

⁷⁷³ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª Edição revista da tradução. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 1ª Edição, 1995, São Paulo, pág. 163.

⁷⁷⁴ A Lei 11.106 de 2005 descriminaliza o adultério. Veja também: ICIZUKA, Abílio de Castro & ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. *A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí v. 2 n. 3, 3º quadrimestre, 2007, disponível em: www.univali.br/direitoepolitica acesso em: 03/01/2011.

⁷⁷⁵ DAMÁSIO, E. de Jesus. *Descriminalização*, Revista Informação Legislativa, a. 15 n. 59, jul./set. 1978, disponível em www.senado.gov.br, acesso em 26/10/10.

⁷⁷⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Mendicância: revogação e repercussões no Direito penal e processo penal*. Carta Forense, fevereiro de 2010.

⁷⁷⁷ BRANDALISE, Vitor Hugo & MACHADO, Renato. *Promotoria quer regularizar flanelinha*. Jornal o Estado de São Paulo, dia 21 de julho de 2010.

Há a noção de que a auto-lesão não constitui ofensa a terceiros ou não representa um perigo para a saúde pública. No México, o porte do fármacodependente havia sido despenalizado e recentemente editou-se lei com critérios mais objetivos para a descriminalização do usuário. Os sofrimentos psíquicos tanto do usuário em situação de dependência, quanto da mulher que aborta, afora os danos físicos com risco de morte, já são uma pena, casos de descriminalização e perdão judicial.

As Cortes Constitucionais já decidiram sobre o usuário: livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não prejudique o entorno familiar e social (Colômbia⁷⁷⁸), C-221 de 1994, com reação do parlamento; liberdade - esfera constitucional da vida privada e intimidade (Argentina⁷⁷⁹); e julgou-se que o legislador não dispunha de informações científicas aptas à liberação do consumo⁷⁸⁰ (Alemanha). Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues afirma a postura da Procuradoria, na Alemanha, pela não punibilidade do uso pessoal de pequena quantidade na ausência de danos às outras pessoas⁷⁸¹ (RODRIGUES, 2006).

Já houve descriminalização judicial no Brasil, por considerar a esfera constitucional da liberdade, autonomia moral do indivíduo e violação da

⁷⁷⁸ http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Decisao_Colombia.pdf

⁷⁷⁹ <http://edant.clarin.com/diario/2009/08/25/um/marihuana.pdf>

⁷⁸⁰ Conforme voto do Min. Gilmar Mendes, STF, na Adi 3.112/DF, na pág. 471, sobre o controle de constitucionalidade de leis penais em referência à jurisprudência alemã BVerfGE 90, 145.

⁷⁸¹ Em referência a artigo DAVIES, Owen. *Has Germany decriminalized Cannabis?* www. Drugtext. Org é o que sustenta a autora. RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Schecaira. Tese de Doutorado, 2006, Usp, Págs. 108-109. Há notícia sobre a situação no país, Der Spiegel, 24/05/2010, *Berlin, na Alemanha, deve flexibilizar as leis de porte de maconha*: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2010/05/24/berlim-na-alemanha-deve-flexibilizar-as-leis-de-porte-da-maconha.jhtm>

isonomia por serem álcool e tabaco comercializados (Apelações Criminais n. 01113563.3/0-0000-000 e n. 993.07.126537-3, Relatoria de José Henrique Rodrigues Torres, TJ-SP). Mais decisões podem ser referidas: Processo nº 4851, 8ª Vara Criminal, RJ, 31 de maio de 1988 e Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar – Processo nº 17/95-5, em 07 de agosto de 1996⁷⁸².

Sobre o uso indevido de remédio, pode ser referida decisão absolutória, AC 59.231, Rel. Dínio Garcia, TJ-SP de 1973⁷⁸³ (GOMES,1997). Outras decisões já haviam descriminalizado o cloreto de etila, por ter sido classificado como insumo químico e retirado de lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁷⁸⁴. O STF decidiu e aplicou a lei civil para militar denunciado por três cigarros de *cannabis*, a operar efeitos de desprisionalização, no HC 92.961⁷⁸⁵.

A proibição começa nos EUA no séc. XIX, por conta do uso não-médico e aumento do comércio de láudano e cocaína em farmácias⁷⁸⁶, e depois, com a Convenção do Ópio de 1925, a diplomacia brasileira defendeu a inclusão da maconha⁷⁸⁷ na mesma lista do ópio. No Rio de Janeiro, proibiu-se o pito do

⁷⁸² Disponíveis em: <http://www.leapbrasil.com.br/jurisprudencia> acesso em: 14/12/2010

⁷⁸³ GOMES, Geraldo. *Drogas – breves anotações, narcóticos, anestésicos, alucinógenos, hipnóticos, sedativos e excitativos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, n. 19, julho-setembro, 1997, Ed. Revista dos Tribunais.

⁷⁸⁴ HC 94.397, STF.

⁷⁸⁵ Decisão análoga pode ser referida no HC 90125, STF.

⁷⁸⁶ FOSTER, Jeffrey Clayton. *The Rocky Road to a “Drug Free Tennessee”: A history of the early regulation of cocaine and the opiates, 1897-1913*. Journal of Social History, Volume 29 Number 3, p. 547, 1996.

⁷⁸⁷ De acordo com o dicionário etimológico, do quimbundo ma'kaña, pl. di 'kaña. CUNHA, Antônio da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, Pág. 487.

pango⁷⁸⁸, em 1830⁷⁸⁹ (VIDAL). Em 1970, Richard Nixon incluiu na doutrina de Segurança Nacional o combate à produção e comercialização de drogas ilícitas⁷⁹⁰ (SANTOS, 2010, pág. 70).

Há a categoria do pensamento “*bem jurídico*”, a noção “*onto-antropológica de cuidado-de-perigo*”, a conexão direito penal-direito constitucional, o meio juridicamente relevante para que a paz se restabeleça, e a interrogação de “*qual legitimidade de criminalização de condutas desencadeadoras de situações de pôr-em-perigo*” (COSTA, 1992)⁷⁹¹.

Quanto aos atos de heresia e os atos de feitiçaria, no período medieval, “*não havia um dano em termos materiais, nem por isso, face à consciência ético-jurídica da comunidade*”⁷⁹² (COSTA, 1992), de caráter teocrático. As Ordenações Afonsinas dispunham no título XXXII: Dos Feiticeiros. As Ordenações Filipinas, no título LXXXIX, tem-se: “*que ninguém tenha em casa*

⁷⁸⁸ Podem ser referidas as definições: “*Pango. [de or. Afr.] S.m. Bras. V. maconha: ‘Eram os pobres escravos que carpiam, no delírio do pango, saudades da cabana de seus pais e dos rios de sua terra.’* (Melo Morais Filho, Festas e Tradições Populares do Brasil, p. 398)” FERREIRA, A.B.H. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, pág. 1257” e “*Pango, s. m. Erva mirtácea, que também se chama liamba (Cannabis Sativa indica) e que usam certos indígenas da África para fumar*” Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira vol. 20, Editorial Enciclopédia, Limitada, Lisboa e Rio de Janeiro, pág. 180. O Livro de Melo Morais Filho, Festas e Tradições Populares do Brasil está à venda: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/conselho/asp/Pesquisa.asp>

⁷⁸⁹ VIDAL, Sergio. *A regulamentação do porte, cultivo e distribuição não-comercial de Cannabis sativa: um paradigma legal de redução de danos*. Grupo interdisciplinar de Estudos sobre Substâncias Psicoativas, disponível em: www.giesp.ffch.ufba.br.

⁷⁹⁰ SANTOS, Marcelo. *Passado e presente nas relações Colômbia-Estados Unidos: a estratégia de internacionalização do conflito armado colombiano e as diretrizes da política externa norte-americana*. Revista Brasileira de Política Internacional, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília: 2010, pág. 70

⁷⁹¹ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, 1992

⁷⁹² COSTA, Op. Cit. pág. 333. Em referência às Ordenações Afonsinas, Título XXXII (Dos Feiticeiros).

*rosalgar, nem à venda, nem outro material venenoso*⁷⁹³ (GRECO FILHO, 1977 apud RODRIGUES, 2004, pág. 126).

O Código Penal de 1890 “*considerava crime contra a saúde pública ‘expor à venda, ou ministrar substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários’*” (GRECO FILHO, 1977 apud RODRIGUES, 2004, pág. 127).

À baila, Henrique Carneiro: “*Após a proclamação da República (...) o cerco policial à maconha virou atribuição da Inspetoria de Entorpecentes, Tóxicos e Mistificação – a mesma que combatia a umbanda, o espiritismo e o curandeirismo*⁷⁹⁴.” Sobreveio o Decreto 4.294 em 1921 (CARNEIRO, 2006, pág. 24).

Luciano Anderson de Souza refere a Tábua VII, 17, a lei 3ª do Código Visigótico, o Livro V, Título XXXII, 3 das Ordenações Afonsinas e o Livro V, Título XXXII, 2 das Ordenações Manuelinas em estudo sobre feitiçaria (SOUZA, 2009).

Em Roma, do período de 321 a.c. à II d.c., Rosalía Rodríguez López afirma haver a distinção entre theurgia, “*magia blanca*” e goética “*magia negra*”, sendo reprimida quando prejudicial à saúde ou à reputação de alguém,

⁷⁹³ RODRIGUES, Thiago. *Política e Drogas nas Américas*. Educ, Fapesp, São Paulo: 2004, pág. 126.

⁷⁹⁴ CARNEIRO, Henrique Soares. *A vingança do quilombo. A repressão à maconha começou por conta da associação de seu uso aos negros e às camadas pobres da população*. Revista Nossa História. Ano 3, n. 33, julho 2006, Pág. 22-24.

conforme os delitos do *ius civile*⁷⁹⁵ (LÓPEZ, 2005, pág. 545). Refere Constantino, C. 9,18,4 e a Lei das XII Tábuas, 1 a e b, para as recitações mágicas. Como afirmado “(...) *há que ter presente que magia e religião estavam estreitamente unidos, assim como magia e medicina*⁷⁹⁶” (GEORGESCU, 1939-1940 apud LÓPEZ, 2005, pág. 550).

Há vinculação dos venenos aos atos mágicos em Plínio. Destaca a proibição dos cultos báquicos em 187 a. c. (NUÑEZ PAZ, 1998 apud LÓPEZ, 2005, pág. 550), em contexto de práticas adivinatórias, superstições, sacrifícios e vaticínios estrangeiros ao *modus vivendi* romano. Relata a absolvição de Apuleyo em processo de magia, esclarecendo não haver, no período estudado, tipo penal para a magia.

De 331 a.c., de Lívio: “(...) *o termo medicamentum tem uma acepção neutra, sendo sua adjetivação a dotá-lo de sentido negativo (medicamenta et recondita alia) ou positivo (medicamenta salubria). É provável que o desenvolvimento do uso de certos medicamentos em relação a um culto tipicamente feminino, tenha propiciado um tipo de medicina da mulher: ante os problemas de saúde e higiene, assim como o problema das práticas abortivas, severamente castigadas para a mulher casada, consentia-se que a mulher assumisse por si mesma a gestão de sua própria saúde. E destes remédios aos filtros de amor; e em conseqüência, a crença dos veneficia, o passo é curto, sobretudo em presença de caso reais ou presumidos de envenenamento*”

⁷⁹⁵ LÓPEZ, Rosalía Rodriguez. *La represión de las artes mágicas en derecho romano*. Edisofer S.L. Madrid: 2005.

⁷⁹⁶ LÓPEZ, Op. Cit. Pág. 550.

de maridos por parte das esposas, talvez também por isto os ritos de Bona Dea não estivessem nunca isentos de suspeita⁷⁹⁷” (LÓPEZ, 2005, págs. 548 e 549).

Nos tempos de Roma, o aborto consistia em prova do adultério - a interrupção da gravidez dependia de autorização do doador do sêmen, do pai de família⁷⁹⁸ - que era também tido como envenenamento por ser a administração de ervas afrodisíacas e abortivas conhecimento de feiticeira⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ LÓPEZ, Op. Cit. Págs. 548 e 549.

⁷⁹⁸ Em Roma: “(...) aplica-se o usucapião, como vimos, no direito das pessoas, como no caso do casamento pelo uso (*‘usus’*), em que o marido adquire a *manus* sobre a mulher depois de com ela coabitar durante uma ano ininterrupto. CRETELA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Forense, Rio de Janeiro: 1970, pág. 184

⁷⁹⁹ “A criminalização da interrupção da gravidez, pela presença de determinados pressupostos (como a falta de concordância do pai de família, ‘doador do sêmen’), lançou uma visão negativa sobre o preparador e vendedor desses meios aptos e explicaria a perseguição a essa prática no período de Severo. Mas por que também a doação de um afrodisíaco apresenta-se como fato digno de punição?”

No início do principado, a ingestão de afrodisíacos está presente nas fontes literárias ainda em estreita relação com o curandeirismo, e o uso de tais estimuladores provisórios do ato sexual foram pelo alargamento da visão moral completamente tolerado e, muitas vezes, até mesmo desejado. Que um afrodisíaco apresenta às vezes apenas um efeito ilusório, adultera sentimentos verdadeiros, varia entre as pessoas e tem baixa aprovação social, a princípio, não prejudica sua legalidade. Os escritores de Augusto não transmitem uma imagem negativa das poções que estimulam o desejo. Surgiram críticas e rejeições a essa prática, junto a declarações sobre o perigo e riscos à saúde, relacionadas, na maior parte das vezes, com a preparação desses elixires à magia. Também a tentativa de Augusto incitar de forma nova a moral e costumes dos romanos por parâmetros já comprovados anteriormente, levou a uma avaliação negativa das mágicas e ‘bruxas’, das ajudantes profissionais em problemas amorosos, mas sem qualquer punição penal. No sentido da *Lex Cornelia*, os afrodisíacos podem, por isso, uma vez que não produzem intenção de matar, ser considerados como remédios úteis. Assim justifica a dúvida, se o seu uso inadequado, que gerava efeitos fatais freqüentemente, multiplicavam-se; o número dos casos infelizes aumentava mais. Já Plínio, o velho, considerava a utilização de abortivos e estimulantes negativa no mesmo sentido, pois Luculo, por meio da ingestão de um afrodisíaco, a ele dada por sua esposa, teria falecido, ou suspeitava, que Calígula teria perdido o discernimento por meio de bebidas semelhantes (*ein amatorium medicamentum*), que teria sido dado a ele por uma mulher. Considerando esse desenvolvimento, entende-se a já constatada incerteza Marciano, que classifica os afrodisíacos não mais como medicamentos, mas também não como venenos, ou substâncias que apenas provocam danos. A perseguição às pessoas que vendiam preparados afrodisíacos para a população, podem assim ser relacionada, ao fato de que tais bebidas eram equiparadas aos meios abortivos, cuja ingestão e prescrição era punível na época de Severo. E Marciano escreve seu manual para iniciantes, as *Institutiones*, de onde vem essa citação, no tempo de Caracalla ou pouco mais tarde. Daí emerge sua insegurança, a qual grupo pertenciam os afrodisíacos, uma vez que eles, entretanto, analogamente aos meios abortivos, seriam classificados tendentes aos *venena mala*, embora sendo tomados estritamente com fins terapêuticos (*ad sanandum*) e não produzidos com intenção de matar (*hominis necandi causa*).” HÖBENREICH, Evelyn. *Envenenamento e uso indevido de remédios no direito romano*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 98, 2003, (Janeiro-Dezembro), Págs. 34 e 35.

(HÖBENREICH, 2003, págs. 34 e 35) delito específico de mulheres. Havia o *amatorium medicamentum*, podendo ser classificado como *venena mala*, muito embora possuísse finalidade *ad sanandum* e não *hominis necandi causa*.

Sobre a condenação do adultério e de sua prova, o aborto, cumpre atestar a instituição Igreja ter primeiro por valor a fidelidade conjugal e a teoria aristotélica de incorporação da alma no feto. Ao depois, adota o discurso científico do séc. XIX de formação do feto, passando a defender o direito à vida⁸⁰⁰ (GONÇALVES & LAPA, 2008, pág. 52).

"Durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição religiosa ao aborto não se referia centralmente à vida do feto que seria extinta, mas ao adultério que o aborto revelaria. A preocupação central da Igreja e do Estado era a manutenção do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade. Importante esclarecer que esta defesa abarca valores não somente morais, mas também econômicos, como por exemplo a preocupação se os herdeiros das propriedades seriam legítimos. (...) Assim, à época entendia-se que o aborto seria uma forma de ocultar-se a vergonha pelos filhos frutos de uma relação proibida, porque praticada fora do casamento. O aborto era apenas uma 'falta grave', e não um pecado propriamente dito, pois servia à ocultação de um verdadeiro pecado, qual seja, a fornicção⁸⁰¹" (GONÇALVES & LAPA, 2008, págs. 75 e 76).

⁸⁰⁰ GONÇALVES & LAPA (Coord). *Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008, 330p, pág. 52.

⁸⁰¹ GONÇALVES & LAPA, Op. Cit. Págs. 75 e 76.

A declaração sobre o não uso de preservativo pode ser feita a fiéis, dentro de concepção de família e casamento, entretanto, se o faz à sociedade, incorre em abuso da liberdade de religião com responsabilidade civil por infração de medida sanitária preventiva, desatendimento à orientação e política de prevenção de DST/AIDS do Ministério da Saúde.

Pode-se referir trecho de ementa: *“Não pode uma igreja, sob o fundamento da liberdade religiosa, adotar uso nocivo da propriedade, mediante produção de poluição sonora, porque extrapola limite legal. Entretanto, tem a igreja direito a utilizar música no interior do templo, desde que os sons não atinjam o exterior, causando dano ao sossego dos vizinhos”*. AI 279.713-3, Rel. Caetano Levi Lopes, TAMG, 2000 (LOURENÇO, 2005, pág. 313 apud Boletim AASP 2287/268)⁸⁰².

É de se questionar a intenção do legislador de 1940, que por meio de Decreto-lei, autorizou o aborto em caso de estupro, se o fez à proteção da família do filho bastardo, interpretação, hoje, inadmissível diante das Convenções Internacionais e da Lei Nacional sobre violências sexual, patrimonial, física e psicológica contra a mulher. Havia problema semelhante na concessão de licença maternidade, com dispensa de mulheres grávidas solteiras, o que hoje também não mais se admite na prática trabalhista. Hoje, pela lei Maria da Penha, considera-se violência psicológica do companheiro o

⁸⁰² LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional ano 13, n. 51, abril-junho 2005, Editora Revista dos Tribunais.

ato de obrigar a mulher praticar aborto. Há a questão do aborto espontâneo e a falta de atendimento de saúde⁸⁰³.

Nos EUA, Michel Rosenfeld concebe a democracia como regra majoritária e refere o direito antimajoritário, como em decisão de 1973 da Suprema Corte dos EUA, do direito fundamental, em algumas circunstâncias, a escolher ter aborto durante o primeiro trimestre da gravidez. Aponta na sociedade pluralista o problema do reconhecimento de se levar em consideração todos os indivíduos e grupos⁸⁰⁴ (ROSENFELD, 2004).

Mireille Delmas-Marty leciona, conforme relatório do Conselho da Europa, tratar-se a descriminalização *de jure* o “reconhecimento de um direito legítimo a um modo de vida que era anteriormente contrário à lei”, referindo a “política de tolerância” e a “política de resignação” em face dos crimes de poder econômico⁸⁰⁵ (DELMAS-MARTY, 2004, pág. 395).

Refere a sentença do Tribunal Supremo do Canadá de 28 de janeiro de 1988, baseada nos arts. 1º e 7º da Carta Canadense das Liberdades, liberdade, vida privada e segurança da mulher. Indica as decisões dos Tribunais italiano de 18 de fevereiro de 1975 e Norueguês, em 1983, com base na liberdade da mulher (DELMAS-MARTY, 2004).

⁸⁰³ TOLEDO, Karina. Reportagem. “Não se dignifica a dor por um filho que não nasceu” Entrevista a Maria Manuela. Jornal o Estado de São Paulo, 23 de janeiro de 2010.

⁸⁰⁴ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Cadernos da Escola do Legislativo 12, jan./jun. 2004, disponível em: www.almg.gov.br Acesso em: 07/12/2010.

⁸⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Manole, Barueri: 2004, pág. 395

A sentença do Tribunal Constitucional austríaco de 11 de outubro de 1974 concluiu pela descriminalização, considerando a vida da criança, art. 2º da CESCH, só estar protegida após o nascimento⁸⁰⁶ (DELMAS-MARTY, 2004, pág. 400).

Os abortos clandestinos constituem problema de saúde pública⁸⁰⁷ e foi descriminalizado – legalização da interrupção da gravidez - por plebiscito em Portugal, em 2007⁸⁰⁸ (MATOS, 2010, pág. 73).

Quanto ao dever de abortar, dever de não ter, de países autoritários, cumpre registrar o direito de ter com assistência social, o direito de não ter com direitos ao planejamento familiar, às saúdes física e psíquica, e o dever de ter como imposição do ser mãe, o que é um direito.

A Justiça Terapêutica, conforme James M. Cooper, tem por definição o estudo do impacto da lei na vida emocional e no bem estar psíquico do cidadão, com vista à autodeterminação, pois a participação no processo é considerada terapêutica, daí a importância do direito de voz, “*the voice a patient has concerning his or her treatment*”⁸⁰⁹ (COOPER, 1999), em artigo em

⁸⁰⁶ DELMAS-MARTY, Op. Cit. pág. 400

⁸⁰⁷ NOBLAT, Ricardo. *Aborto ilegal mata uma mulher a cada dois dias*. Blog do Noblat. Brasília, 10/10/10, disponível em <http://oglobo.oglobo.com/>, acesso em 27/10/10.

⁸⁰⁸ MATOS, Marílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. Almedina, Coimbra: 2010.

⁸⁰⁹ COOPER, James M. *State of the Nation: therapeutic jurisprudence and the evolution of the right of self-determination in international law*. Behavioral Sciences and the Law, n. 17, 1999, John Wiley & Sons, Ltd. Pág. 608.

que busca relacionar justiça terapêutica com o direito internacional, a exemplo do direito de voz de associações civis em organizações internacionais⁸¹⁰.

A relação homoafetiva foi considerada crime de perigo à subsistência da espécie humana⁸¹¹ no séc. XIX, depois catalogado internacionalmente como doença até 1990, e hoje, considera-se direito da personalidade, direito humano à livre orientação sexual.

O Tribunal Europeu considerou desproporcional as conseqüências do processo penal para proteger a moral, incompatível a incriminação penal da relação homoafetiva com o princípio do respeito da vida privada, art. 8º, CESDH⁸¹² (DELMAS-MARTY, 2004, pág. 398). O Tribunal Constitucional da Espanha, em 1994⁸¹³, concedeu pensão de seguridade social, “*pensión de viudedad*”, considerando a família como realidade social, união de fato, estável, afetiva, de casal, como exercício da liberdade nupcial, e há referência à ST 53/1985, sobre “*autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida*” (BEAMONTE, 1998).

⁸¹⁰ Pode-se referir estudo: NADER, Lucia. *O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU*, Revista Sur n. 7, disponível em http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_nader.htm, acesso em: 25/08/2010.

⁸¹¹ “*Otras veces, este razonamiento se usó de modo más ridículo aún: dudamos que en serio, pero lo cierto es que Feuerbach sostenía que era necesario penar la homosexualidad como contravención porque ponía en peligro la subsistencia de la especie humana*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislación ‘anti-droga’ latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario*. Fascículos de Ciências Penais. Drogas, Abordagem Interdisciplinar, trimestral, ano 3, v. 3, n. 2, abr./mai./jun., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 1990, Pág. 21.

⁸¹² DELMAS-MARTY, Op. Cit. Pág. 398

⁸¹³ BEAMONTE, José Ramón de Verda y. *Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)*. Revista de Derecho Privado, octubre 1998, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, SA, pág. 683-736.

Em analogia às descriminalizações do aborto e da relação homoafetiva, com estatuto de cidadania e associações civis de defesa de direitos, propõe-se estatuto de cidadania, com direito de associação aos usuários⁸¹⁴ de álcool e fármacos, com respeito à autonomia, ao direito à saúde sem discriminação, acesso universal a tratamento de adesão voluntária^{815 816}, com protocolo de

⁸¹⁴ “(...) it is the right to non-discrimination that constitutes the fundamental element of the right to health” LECOMTE, Jocelin & MERCIER, Céline. *The WHO Atlas on global resources for persons with intellectual disabilities: a right to health perspective*. Salud Pública de México vol. 50 suppl. 2 Cuernava, 2008. Disponível em www.scielosp.org, acesso em: 25/08/2010. Para conhecimento da Associação Internacional de Redução de Danos (IHRA): <http://www.ihra.net/Assets/1544/1/Buildingconsensus.pdf>. Para os direitos dos usuários pode ser referida declaração de Vancouver, 2006, sobre cultura de inclusão e participação ativa, Declaração dos ativistas internacionais que usam drogas: “tratamento, assistência médica apropriada para o uso de substâncias; acesso regulado às drogas de qualidade farmacêutica que necessitam; disponibilidade de equipamentos seguros, incluindo seringas e pipas assim como instalações para seu descarte seguro; informação atualizada e honesta sobre as drogas e seus usos, incluindo instalações para o consumo seguro que são necessárias para muitos deles”. Para iniciativas para a paz: www.druguserpeaceinitiative.org/ e <http://stophthdrugwar.org/> Paula Goltzman com suporte em Eduardo Menénez refere a proteção contra o tratamento cruel ou degradante, contra abusos e violações nos centros de tratamento, como trabalho forçado, a prescrição excessiva de psicofármacos ou ausência de medicação substitutiva, o direito à prevenção, o direito à participação e a liberdade de associação e organização coletiva, concebendo a prevenção como construção de espaço saudável ou como abertura de alternativas e capacidade de apropriação dos próprios atos e seus efeitos. GOLTZMAN, Paula. *Impacto de las políticas de drogas en la situación sócio-sanitaria de los usuarios de drogas*, modulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos, <http://punto.latintraining.com/> Há postura pela aplicação de medidas de redução de danos para populações confinadas e atuação de Rede Americana de Intervenção em situações de sofrimento social, RAISSS. Para experiência de associação de usuários-do-serviço-público de-saúde-mental de CAPS, Centro de Atenção Psico-social, RODRIGUES, Jeferson & BROGNOLI, Felipe Faria & SPRICIGO, Jonas Salomão, Associação dos usuários de um Centro de Atenção Psicossocial: desvelando sua significação, UFSC, Texto & Contexto Enfermagem, abril-junho, ano 15, n. 2. Associações internacionais podem ser mencionadas: Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program, disponível em <http://scela.wordpress.com/>; Transnational Institute, www.tni.org/; e associações nacionais podem ser mencionadas: www.vivario.org.br/; www.comunidadessegura.org/; www.drogasedemocracia.org.br/; www.koinonia.org.br/; Rede Brasileira de Redução de danos, www.abordabrasil.org/; Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas, Universidade Federal da Bahia, <http://www.cetad.ufba.br/>; e www.psicotropicus.org/. Cumpre transcrever o art. 20 da Lei nº 11.343/2006: Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. Cumpre igualmente transcrever o art. 21 da Lei nº 11.343/2006: “Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais”.

⁸¹⁵ “tratamento voluntário, atendimento especializado, interação com escola, família e religião, atenção integral e respeito aos direitos humanos” Bo Mathiesen, DOMINGUEZ, Bruno. Reportagem. *Quebra-cabeça. Em debate povoado de questões, escolher as peças para se montar uma política equilibrada com foco na saúde é desafio*. Radis. Comunicação em Saúde n. 101, janeiro de 2011, disponível em: www.ensp.fiocruz.br/radis, acesso em: 05/01/2011, pág. 15.

atendimento a usuários no SUS, com equipe multiprofissional e agentes comunitários de saúde, para além do que prevê a Portaria MS 2842/2010, e análise de responsabilidade em situação concreta de perigo de dano, para não haver aplicação de direito penal do autor.

3.3 Os controles de constitucionalidade e de convencionalidade⁸¹⁷ em matéria de álcool e fármaco

“What is private, keep it private”
Billy Murphy Jr.⁸¹⁸

*“Não basta informar as pessoas, mas sim mobilizá-las em relação a algo que lhes diga respeito de fato”*⁸¹⁹ Pedro Gabriel Delgado

*“As leis que inibem ações de redução de danos são prejudiciais à resposta à aids”*⁸²⁰ Pedro Chequer

*“A guerra antidrogas é um desperdício de recursos, pois investe mais em reprimir do que em tratar”*⁸²¹ Javier Bellocq

“A proibição das drogas pôs o mercado deste lucrativo comércio nas mãos de

⁸¹⁶ Questão a remanescer é o valor de interpretação, do costume internacional, da Recomendação da OMS para o Brasil de adesão voluntária ao tratamento. *“Alguns juízes reclamam que enviam os adolescentes para a internação apenas por falta de alternativas para a execução das medidas sócio-educativas (...) Questiona-se se não estaria havendo rigor excessivo na aplicação das medidas socioeducativas e a própria adequação do rótulo de traficante dado a alguns destes adolescentes, que muitas vezes vendem pequenas quantidades de drogas apenas para sustentar seu próprio consumo ou como forma de subsistência. Questiona-se também a adesão do Brasil a uma política antidrogas norte-americana, favorável à chamada ‘tolerância zero’, e o papel que os psicólogos são chamados a exercerem nesta nova modalidade de ‘pena-tratamento’, procedimento polêmico denominado Justiça Terapêutica e importado das Drug Courts dos Estados Unidos da América.”* ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Pensando a psicologia aplicada à Justiça*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini & BRANDÃO, Eduardo Ponte. *Psicologia Jurídica no Brasil*. Nau, Rio de Janeiro: 2008, págs. 31 e 35. Veja também: OLIVEIRA, Mariana. *Psiquiatra afirma sofrer pressão para internação de menores da Cracolândia. Médico que coordenou Caps do Centro de SP disse ter sido afastado. Secretaria não comenta; para MP, laudo médico precisa ser respeitado*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/04/psiquiatra-afirma-sofrer-pressao-para-internar-menores-da-cracolandia.html>

⁸¹⁷ Neologismo referido em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Vol. 4, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2009, pág. 64.

⁸¹⁸ Conforme vídeo disponibilizado por <http://stopthedrugwar.org/> de flexyourrights.org

⁸¹⁹ DOMINGUEZ, Op. Cit. Pág. 15

⁸²⁰ DOMINGUEZ, Op. Cit. Pág. 15

⁸²¹ DOMINGUEZ, Op. Cit. Pág. 16

*organizações criminosas e criou enormes fundos ilegais que estimulam a corrupção e os conflitos armados em todo o mundo*⁸²², Martin Jelsma

*“A justiça terapêutica é inconstitucional, porque não respeita o desejo do usuário, não é coerente, não é aceitável”*⁸²³, Luciana Boiteux

*“Muitas vezes sem possibilidade de voltar para casa ou para a comunidade de origem após a apreensão, evadido ou expulso da escola, sem trabalho e sem perspectivas de um futuro melhor, este adolescente perambula pelas ruas, furtando para viver ou permanecendo com a venda da droga, até ser novamente apreendido ou morto em algum confronto com a política ou grupo rival”*⁸²⁴, Esther Maria de Magalhães Arantes

*“Curar a toxicomania pode se tornar uma tarefa desalentadora. As estatísticas não indicam índice de recuperação nos programas de tratamento que vá muito além dos 30%, entendida a recuperação como, principalmente, ausência de drogas. Se pautarmos o nosso trabalho por este desejo, estaremos, provavelmente, colocando-nos distantes demais do sucesso, ou impondo ao cliente uma meta que o desestimize ao tratamento. Se é difícil abolir o uso de drogas, que se tente ao menos minimizar o dano que causa ao usuário e à sociedade”*⁸²⁵, Sandra da Rocha Marmo de Oliveira

*“A rotulação de toxicômano em nosso sistema de representações oficiais está relacionado às relações de poder que compreendem este sistema de representações oficiais”*⁸²⁶, Ruth Maria Chittó Chauer

⁸²² DOMINGUEZ, Op. Cit. Pág. 16

⁸²³ DOMINGUEZ, Op. Cit. Pág. 18

⁸²⁴ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Pensando a psicologia aplicada à Justiça*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini & BRANDÃO, Eduardo Ponte. *Psicologia Jurídica no Brasil*. Nau, Rio de Janeiro: 2008, Pág. 34

⁸²⁵ OLIVEIRA, Sandra da Rocha Marmo. *Fenomenológico-existencial/Compreensiva*. Capítulo 14.2.3 In: SEIBEL, Sergio Dario & JR. TOSCANO, Alfredo. *Dependência de Drogas*. Atheneu, São Paulo, Rio de Janeiro, Riberão Preto, Belo Horizonte.

⁸²⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. *Uma leitura antropológica do uso de drogas*. Fasc. de Ciências Penais, v. 3 n. 2, p. 59-64, Porto Alegre: 1990

No Tribunal Constitucional Alemão, caso Cannabis (BVerfGE90, 145), sobre o *Recht zum Rausch*, o “direito ao êxtase”, referido pelo Min. Gilmar Mendes do STF, pág. 471 da Adi 3.112/DF, distinguem-se três graus de intensidade no controle de constitucionalidade de leis penais. A norma deve ser declarada inconstitucional quando, pela evidência, pela ausência de justificativa e pela desproporção na intensidade em que atinge a liberdade de ação dos indivíduos, as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção de bem jurídico da saúde pública.

Sobre a posição infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, podem ser referidos RE 466.343, 2008, RE 349.703, 2008 e HC 87.585, 2008⁸²⁷ (PIOVESAN, 2009, págs. 130 -145), e também o HC 88420, 2007 e o HC 96.772, 2009, STF, com entendimento do Rel. Min. Celso de Mello de hierarquia constitucional das Convenções internacionais de direitos humanos, da interpretação judicial como mutação informal da Constituição, e da norma mais favorável em matéria de direitos humanos como regra de interpretação do Poder Judiciário.

Deve-se mencionar estarem em curso a ADPF 187 para interpretação conforme do art. 287, Código Penal e ADI 4274, para declaração de inconstitucionalidade do art. 33, parágrafo 2º da Lei 11.343/06, com pedidos de *amicus curiae*.

⁸²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliansa Lyra (Orgs.) O STF e o Direito internacional dos direitos humanos. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009, págs. 130-145.

O que se deve remarcar: a redução de danos como meio de prevenção de epidemias e a diversificação das possibilidades de cuidado com apoio ao Comitê de Assessoramento à Política de Redução de Danos do SUS.

A dependência de drogas⁸²⁸, de acordo com a divisão 304.2, OMS, define-se por: *“Estado psíquico e por vezes também físico, resultante de uso de uma droga, caracterizado por reações de comportamento que sempre incluem uma compulsão para usá-la de modo contínuo ou periódico, a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e, por vezes, evitar o desconforto de sua falta. A tolerância à mesma pode ou-não estar presente. Acrescente-se que uma pessoa pode apresentar dependência de mais de uma droga⁸²⁹”* (CAMPOS NETO, 2005, pág. 233).

⁸²⁸ “(...) faz-se a distinção entre uso, abuso e dependência e entre usuários recreativos, abusadores e dependentes, o que nos leva a admitir a possibilidade de uso integrado de algumas substâncias psicoativas, da mesma maneira que tomamos em consideração os danos e os problemas que o uso continuado ou o consumo excessivo acarretam para o indivíduo ou para a sociedade. Com base numa ética de valorização da identidade do sujeito, de respeito à diversidade humana, a abordagem compreensiva centra o seu interesse no consumidor e nas suas necessidades. Contempla especificidades que lhe são próprias, valorizando os seus recursos individuais e suas expressões, que aparecem dotadas de sentido exatamente porque dizem respeito a ele e a ninguém mais (...) Carências afetivas e relacionais somam-se aos desequilíbrios do sistema social, compondo um quadro complexo que só pode ser compreendido na sua totalidade. (...) É um sintoma de ‘doença’ da família. Cumpre funções inusitadas que é comunicar conflitos e expressar a necessidade de mudança no sistema familiar.” OLIVEIRA, Sandra da Rocha Marmo. *Fenomenológico-existencial/Compreensiva*. Capítulo 14.2.3 In: SEIBEL, Sergio Dario & JR. TOSCANO, Alfredo. *Dependência de Drogas*. Atheneu, São Paulo, Rio de Janeiro, Ribeirão Preto, Belo Horizonte. Págs. 368 e 369

⁸²⁹ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. *Intoxicação por maconha. Traficante e Usuário*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100, p. 225-257, jan./dez. 2005

A farmacodependência caracteriza-se pelo aumento progressivo das doses usadas, pela procura compulsiva e a síndrome de abstinência⁸³⁰ (MARANHÃO, 1990, pág. 392).

Luigi Ferrajoli define a globalização como “*vazio de direito de público*”, em seu estudo sobre poder criminal e crimes de poder político e econômico. Define-a como ausência de esfera pública internacional de direitos, garantias e instituições idôneas para disciplinar “*los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política*”⁸³¹ (FERRAJOLI, 2006, pág. 302).

Fernando Salla, Maitê Gauto e Marcos Cezar Alvarez explicitam a questão do sistema penitenciário como gestão das classes dominadas em contexto de livre fluxo de capitais:

“De um lado, uma ampla mobilidade do capital e dos capitalistas, volatilidade do investimentos, deslocamentos de capitais financeiros e mesmo de bases industriais por todos os cantos do planeta. De outro lado, os parias gerados por essa economia e pela desmobilização do Estado de Bem-Estar, as massas largadas à própria sorte que buscam nas estratégias de sobrevivência, nem sempre legais, um lugar ao sol – marginalizados que serão cada vez mais imobilizados nos guetos, nas periferias, circunscritos à miséria de sua

⁸³⁰ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*, RT, São Paulo: 1990. Este autor concebe a utilização de fármacos (i) justificada, como anestésico; (ii) primitiva, desejo de sensação nova e (iii) perseverante (MARANHÃO, 1990, pág. 393).

⁸³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Criminalidad y Globalización*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México: 2006, págs. 301-316.

*existência, e que passarão a freqüentar as prisões que se revitalizam nesse período, voltando a ser territórios definidos e cada vez mais severos de punição (...) a principal função desempenhada pela prisão é que ela permite gerir as ilegalidades das classes dominadas*⁸³² (...)” (SALLA & GAUTO & ALVAREZ, 2006 págs. 332 e 338).

É o Estado mínimo social e o Estado máximo penal. Referidos autores apresentam a punição como instituição social, de acordo com David Garland, a punição para além da ação social física, constituindo também significados, pensamentos e atitudes (GARLAND, 1995, pág. 252 apud SALLA & GAUTO & ALVAREZ, 2006 págs. 343).

Há instrumentalização da insegurança na sociedade para fins políticos. Os políticos modernos conectam-se aos medos, inseguranças e preconceitos da platéia (GARLAND, 1995, pág. 264-265 apud SALLA & GAUTO & ALVAREZ, 2006, pág. 345).

A relação entre a educação e leis, drogas e moral, o jovem como ator social, o sentido de convivência social e a educação para a cidadania vem estabelecida em Guillermo Hoyos Vasquez. Analisa o fracasso das medidas unilaterais de repressão, devendo-se analisar os aspectos morais, educativos, econômicos, políticos, sociais, de saúde pública e ecológicos.

⁸³² SALLA, Fernando & GAUTO, Maitê & ALVAREZ, Marcos César. *A contribuição de David Garland. A sociologia da punição*. Tempo Social, revista de sociologia da Usp, v. 18, n. 1, disponível em: www.scielo.org.br

Nomina o “*consumo zero*” de meta irrealista, com efeito meramente propagandístico, apontando ser possível a redução do consumo a níveis negociáveis internacionalmente, desde que haja diálogo e negociação no campo da economia, da cultura, do meio ambiente e da participação democrática dos países implicados⁸³³ (VÁSQUEZ, 2000, pág. 387). Enfoca a construção de sociedade.

“O conflito societal que afronta Colombia é fundamentalmente o da construção de sociedade e não meramente o de negociação de conflitos parciais” (GARAY, 1999 apud VÁSQUEZ, 2000, pág. 399).

Atenta-se para o que a Lei de Drogas simbolicamente representa para a saúde e o que na prática constitui o risco efetivo criado, com responsabilidade civil do Estado por ato legislativo e conflito armado⁸³⁴ com responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Roberto Mancuso pronunciou-se sobre a responsabilidade do Estado, por ação ou omissão, no campo de proteção aos menores e adolescentes, nos termos dos arts. 36, III e art. 34, VII b, C.F., com sugestão de ação civil pública e mandado de segurança⁸³⁵ (MANCUSO, 1995).

⁸³³ VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos. *Drogas y Moral: entre la educación y las leyes*. In: GREIFF, Pablo de & GREIFF, Gustavo de (compiladores). *Moralidad, legalidad y drogas*. Fondo de Cultura Económica, México: 2000, Págs. 382-407.

⁸³⁴ Há responsabilidade civil do Estado por tumulto. Pode ser referido estudo: ALIVERTI, Ana. *La protección de los niños en los conflictos armados bajo el derecho humanitario*, Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Lexis Nexis, Ablledo-Perrot, Buenos Aires: 2004, pág. 441. Veja também: FEFFERMAN, Marisa. *Vidas arriscadas, o cotidiano dos trabalhadores do tráfico*. Petrópolis, RJ, Vozes: 2006.

⁸³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Tutela judicial da criança e adolescente em áreas de conflito armado nos morros e favelas*. Revista dos Tribunais, ano 84, fevereiro de 1995, vol. 712, RT, São Paulo: 1995, Págs. 66-70

Há violação de direitos humanos, nos termos dos arts. 1 e 5 (b)⁸³⁶ da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Decretos n. 65.810/1969 e n. 4.738/2003, pela desigualdade no acesso aos serviços públicos e pela situação de insegurança, devendo-se apurar as torturas⁸³⁷, balas perdidas⁸³⁸, execuções sumárias⁸³⁹ e pilhagem⁸⁴⁰. O

⁸³⁶ “Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida. (...)”

ARTIGO V

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...)

b) direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição”, Decretos nº 65.810/1969 e nº 4.738/2003

⁸³⁷ Veja também: MANSO, Bruno Paes. *82 dias medo em Paraisópolis*. C5, Jornal o Estado de São Paulo, 31 de maio de 2009

⁸³⁸ Cumpre referir estudo: COSTA JR., Paulo José da. *Bala Perdida (aberratio ictus, delicti, causae)*, DPJ, São Paulo: 2006; e as notícias: “Bope confunde furadeira com arma e mata fiscal. Morador consertava toldo quando tomou tiro de fuzil; policial responderá por homicídio doloso”, Reportagem de Bruno Boghossian, Pedro Dantas e Talita Figueiredo, Jornal o Estado de São Paulo, 20 de maio de 2010; “Bala perdida mata criança na sala de aula. Pelo menos outras seis pessoas morreram num confronto entre PMS e traficantes no Rio; à tarde, comandante do batalhão foi exonerado”, Reportagem de Gabriela Moreira, Jornal o Estado de São Paulo, 17 de julho de 2010; e “Bala que matou aluno em sala de aula no RJ não era da polícia, diz laudo”, 23/08/2010, disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/08/23/bala-que-matou-aluno-em-sala-de-aula-no-rj-nao-era-da-policia-diz-laudo.jhtm>, acesso em 25/08/2010.

⁸³⁹ Podem ser referidas as notícias: “Polícia brasileira tem ‘carta branca para matar’, segundo ONU”, 15/09/2008 disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2008/09/15/ult34u211640.jhtm>; e “Para ONU ‘guerra contra o crime’ no Rio é contraproducente”, 02/06/2008, disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/reporter/2008/06/02/ult4909u3925.jhtm>; e a entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro, Aliás, 21 de maio de 2006, Jornal o Estado de São Paulo, extraem-se trechos da entrevista com Roberto Aguiar: “A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou rapidamente uma série de projetos de lei para combater a criminalidade. O mais importante institui o Regime de Segurança Máxima para presos de organização criminosa, com regras duras. Teria sido uma movimentação apressada ou não? Isso sempre acontece. Cria-se uma legislação espasmódica cada vez que nós temos um evento social como esse. No tempo do Fernando Henrique Cardoso, por exemplo: depois do ônibus 174 (...), ele lançou um Plano Nacional de Segurança em poucos dias que era uma alucinação. Serve para mitigar a consciência das pessoas, para diminuir a resistência contra um Congresso muito problemático. Mas, sob o ponto de vista da eficácia, não há. Há 129 projetos de lei sobre segurança pública parados no Congresso. Porquê? Porque no fundo a grande questão brasileira hoje é pagar dívida. Nós estamos perante um

Mandado de Segurança Coletivo estatuído no art. 5º, XXI e LXX, b, C.F., com os requisitos de associação legalmente constituída e em funcionamento há um 1 ano, no interesse geral de seus filiados, com autorização individual e expressa ou com autorização mediante assembléia geral⁸⁴¹, constitui garantia constitucional em face de ‘mandado de busca e apreensão genérico’, com acusação do Dr. João Tancredo, em sessão presidida pelo Dr. João Pinaud, em Tribunal Popular, em dezembro de 2008, realizado no Largo São Francisco, com depoimento de vítimas⁸⁴². Os autos de resistência, RJ, e a resistência

Estado numa enorme crise de legitimidade, com um enorme problema de ineficácia, num profundo problema de representatividade. Nós temos um Estado fraco que discute o que não é importante. As reais medidas não se tem coragem de tomar. Por exemplo: entrar em todos os presídios do Brasil e retirar os funcionários corruptos que suscitam, possibilitam, facilitam essa entrada de celulares, de troca de informações, de capilarização das ordens dos chefes dos grupos. Não se reeduca as polícias militares, não se mudam os parâmetros da política de segurança, que deve ser um serviço para a cidadania e não um combate puro, simples, desastroso e mortal em cima da população. (...) Pesquisa apontou que boa parte da população de São Paulo culpa o Judiciário? As leis penais e processuais penais do Brasil são absolutamente inadequadas. O nosso legislador tem uma mentalidade belle époque. Isto é, o século 21 ainda não entrou no Congresso Nacional. Os novos crimes como esse, o denominado crime organizado (se é que pode ser chamado assim), não tem previsão penal. Crime de colarinho-branco, lavagem de dinheiro, crimes eletrônicos, os grandes crimes tecnológicos, os crimes ligados à violação de patentes, nanotecnologia, clonagem e transgênicos, isso nem passa na cabeça deles. Essas coisas não podem ser coibidas, só podem ser trabalhadas em termos de indenizações civis. Também não há elementos humanos e tecnológicos para fazer progressão de regime de presos. Isso cria uma tensão incrível lá dentro. É preciso mudar as leis em dois sentidos: criar novos tipos, para as novas demandas do mundo, e descriminalizar uma série de procedimentos, de atitudes que não são criminosas. A gente precisa aplicar as penas alternativas. Parece que os juizes nascem com dois genes: um de multa e outro de privação de liberdade, um negócio genético. A pena de prisão é uma medida muito nova, ela apareceu no século XIX. Antes, cárcere servia para guardar o criminoso antes que ele cumprisse a pena. Parece que nessa sociedade de controle há um amor à privação de liberdade. (...) O grande problema do morro ou da periferia de São Paulo é que o pessoal entra atirando e o resultado é a morte” Veja também: <http://www.conectas.org/arquivospublicados/crimesdemaio.htm>

⁸⁴⁰ “Acontece que esse processo de passagem dos bens dos traficantes para a sociedade depende de um ritual, está previsto em lei, origina inventários. O que ocorreu na verdade, segundo os grampos, foi uma invasão de policiais de todos os batalhões, tentando a sorte: um aparelho de televisão, um lote de pares de tênis, um fuzil. E o garimpo envolveu o saque de várias casas de cidadãos comuns, perplexos com a fúria e a ganância de seus salvadores” GABEIRA, Fernando. *Complexo do Alemão, Serra Pelada*. Jornal o Estado de São Paulo, sexta-feira, 18 de fevereiro de 2011.

⁸⁴¹ RMS 11365/RO, STJ, conforme SANTOS, Roberta Machado Branco Ramos. *Do Mandado de Segurança Coletivo*. In: SERRANO, Vidal. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais*. Juarez de Oliveira, São Paulo: 2007, Pág. 48

⁸⁴² Apropuc, 11/01/2009, “Tribunal popular faz graves acusações contra o Estado Brasileiro”, disponível em: <http://www.apropucsp.org.br/apropuc/index.php/movimentos-sociais/23-tribunal-popular-faz-graves-acusacoes-contr-o-estado-brasileiro>, acesso em 25/08/2010; e *A importância do Tribunal Popular, O Estado Brasileiro no Banco dos Réus*. Comissão

seguida de morte, SP, expressões de boletins de ocorrência da polícia militar, merecem interpretação conforme o devido processo legal e a responsabilidade civil do Estado, o que também vale para o Decreto do Abate, n. 5.144/2004⁸⁴³ (KARAM, 2006, pág. 101) ou o “*tiro de destruição*”⁸⁴⁴ (MIRANDA, 2009, pág. 261).

Neste passo, em cotejo do art. 144, C.F., ordem pública, com os arts. 5º, 6º e 194, caput, C.F., merece a consideração do mestre e doutor em direito, advogado Salo de Carvalho que entende por desjudicialização material o gradual processo de transferência do controle e regulamentação da atividade repressiva aos órgãos administrativos que embora encarregados de práticas penais não possuem atribuição constitucional, em detrimento do controle judicial previsto pelo princípio do devido processo legal⁸⁴⁵ (CARVALHO, 2004, pág. 474).

Deve-se conferir interpretação conforme do artigo do art. 240, §2º, CPP, sobre fundada suspeita⁸⁴⁶ e art. 59, da Lei de Contravenções Penais, Decreto-

Organizadora do Tribunal Popular: o Estado Brasileiro no banco dos réus. Revista Puc Viva n. 33, out./dez. de 2008.

⁸⁴³ KARAM, Maria Lúcia. *Para conter e superar a expansão do poder punitivo.* Veredas do Direito, vol. 3, n. 5, janeiro/junho de 2006, Escola Superior Som Helder Câmara, Belo Horizonte: 2006, Pág. 101

⁸⁴⁴ MIRANDA, Paola Frassinetti Alves de. *Ineficácia do controle de constitucionalidade brasileiro: o Código Brasileiro de Aeronáutica e o “abate” dos direitos fundamentais.* Instituição do direito penal do inimigo. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 17, out-dez. 2009, IBDC, RT, São Paulo: 2009, pág. 261.

⁸⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro.* In: COUTINHO, Nelson de Miranda & JACINTO, António José Avelãs Nunes (orgs.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: 2004, pág. 474.

⁸⁴⁶ “*Lúcia Rodrigues – Como é a truculência da polícia dentro da favela? Atingem indiscriminadamente mães, pais de família, crianças, adolescentes? Na verdade atinge... Tem vários tipos de operação, depende da operação que tiver. Por exemplo, em Paraisópolis é o choque, então é mais violento, é mais forte, na verdade atinge quem é suspeito, se eu tiver cara de suspeito eu tô aqui de touca, pá, agasalho... Lúcia Rodrigues – Mas o que é ser*

lei n. 3.688/1941, sobre a vadiagem, nos termos da garantia constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito, art. 102, §1º, C.F., sem prejuízo, de direito de petição, art. 5, XXXIV, a), C.F., para edição de Decreto com fiel interpretação, de outro modo deve-se considerar tortura⁸⁴⁷ e configuração de “Estado de Exceção permanente⁸⁴⁸” (CARVALHO, 2006).

Há quem defenda controle internacional dos Estados de Exceção, com supervisão do Comitê de Direitos Humanos, recomendações do ECOSOC, conforme art. 62 da Carta da ONU, com aplicação dos arts. 4, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e 27, da Convenção Interamericana⁸⁴⁹ (VERTIZ,1997).

O Ministério da Justiça dispõe de estudo⁸⁵⁰ da UFRJ e UnB, com dados do perfil e das condições das pessoas condenadas por tráfico, para aplicação

suspeito? Suspeito é ter cara de suspeito. É ter cara de favela... Tatiana Merlino – Então todo mundo é suspeito, né? Não, vocês aqui não, vocês passam batido lá. Se pôs uma touca é mais suspeito... Ou seja, todo morador é suspeito, você tá andando ali, o cara te para: você tá indo aonde? Mas é quê, que o quê? Você é do tráfico. Tipo um amigo meu tava andando com um caderno que a gente tava escrevendo um conto junto e ele foi parado esses dias e o cara perguntou: Esse caderno é do tráfico? Entendeu? Ele falou: Pô! Me respeita mano, eu tô escrevendo, eu sou escritor, mas o caderno é do tráfico. Entendeu?” A periferia pode explodir a qualquer momento. Entrevista com Ferrez de André Hermann, Bárbara Mengardo, Felipe Larsen, Hamilton Octavio de Souza, Júlio Delmanto, Lúcia Rodrigues, Luka Amorim, Marcelo Salles, Marcos Zibordi, Otávio Nagoya, Renato Pompeu, Tatiana Merlino. Ódio da favela vai explodir. Caros Amigos, outubro n. 151, Casa Amarela, São Paulo: 2009.

⁸⁴⁷ Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa , art. 1º, I, c) da Lei Nº 9.455 de 7 de abril de 1997, definidora dos crimes de tortura.

⁸⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Revista Crítica Jurídica n. 25, jan. dez. 2006. Disponível em <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/index>, acesso em: 25/08/2010. Veja também, em situações de emergência, o resguardo dos direitos humanos, do direito chileno: RÍOS ALVAREZ, Lautaro. *Defensa Judicial de los derechos humanos en los estados de excepción*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay: 2010.

⁸⁴⁹ VERTIZ, Juana Goizueta. *Los Estados de Excepción en América Latina: los controles desde el derecho internacional*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana n. 98, Medellín, Colômbia, págs. 185-215.

⁸⁵⁰ RODRIGUES & CASTILHO & VARGAS & BATISTA & PRADO & JAPIASSU, Op. Cit.

de penas alternativas para o pequeno traficante, o jovem vítima instrumentalizado pela economia marginal.

O STF, no HC 97256/RS, declarou inconstitucional, em via incidental, os dispositivos da Lei 11.343/06 impeditivos de pena alternativa, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, art. 5º, XLVI da CF:

“No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo” (HC 97256/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Brito).

A Lei 11.530/2007 institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, Decreto n. 7.081/2010. Há notícia de Comissão de Acompanhamento de Letalidade Policial e do Programa de Acompanhamento de Policiais Militares Envolvidos em Ocorrências de Alto Risco⁸⁵¹, em São Paulo. Afirma-se haver cultura informal da violência nas polícias militar e civil⁸⁵² (RATTON, 2002/2003). Há Proposta de Emenda Constitucional para equiparação de salários dos policiais militares, em nível nacional.

Deve ser aplicada a Convenção sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, Decreto n. 6.949/2009 e a Lei de Saúde Mental, Lei 10.216/2004,

⁸⁵¹ JUNIOR, Emmanuel Nunes de Oliveira. *Política Pública e Estratégias de Controle de Ação Letal das Instituições Policiais em São Paulo*, Dissertação FFLCH, Usp, Novembro, 2003, pág. 46.

⁸⁵² RATTON, José Luiz. *Notas introdutórias sobre violência policial no Brasil*. Revista Faculdade de Direito de Olinda v. 6, n. 9/10, jan./dez. 2002/2003 Veja também: BONSAGLIA, Mario Luiz. *Federalismo e Direitos Humanos*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Usp, São Paulo: 2005.

para o efetivo exercício do direito à saúde c.c direito ao não ser discriminado do paciente portador de transtorno mental, inclusive, tanto do que se vale do uso de álcool e fármaco para alívio de dor psicológica, quanto daquele a desenvolver transtorno decorrente do abuso de álcool e fármaco, com direitos à dignidade, autonomia, participação e informação – “coleta, compilação e disseminação de informações sobre deficiências intelectuais⁸⁵³” (LECOMTE & MERCIER, 2008).

Há omissão da Presidenta em regulamentar o art. 2º da Lei 11.343/2006, o plantio e uso autorizado para fins medicinais⁸⁵⁴, científicos e religiosos^{855 856},

⁸⁵³ Tradução do autor. LECOMTE & MERCIER, Op. Cit.

⁸⁵⁴ Sobre o uso medicinal da *cannabis*, pode ser mencionada a entrevista com Dr. Elisaldo Carlini, em que se verifica o seu uso medicinal até a década de 1930, afirmando não haver razão científica para a maconha figurar em mesma lista que o ópio/heroína, considerando todo medicamento possuir efeitos tóxicos ou colaterais, inclusive os fitoterápicos. “O Brasil participou da criminalização da maconha por meio de uma mentira levada pelo representante brasileiro na Liga das Nações, antecessora da ONU. Em 1925, a Liga das Nações fez a segunda conferência internacional sobre o ópio com 44 países presentes, entre os quais o Brasil. Era para discutir como controlar o ópio, mas o Egito entrou com o tema da maconha. E o representante brasileiro, Ulisses Pernambucano Filho, disse que ela era mais perigosa que o ópio no nosso país. Isso, era naturalmente, incorreto” Entrevista Elisaldo Carlini, O uso medicinal da maconha. Especialista em psicofarmacologia diz que já está mais do que na hora de reconhecer as qualidades médicas da droga no Brasil. Por Neldson Marcolin e Ricardo Zorzetto. Pesquisa FAPESP. Fevereiro de 2010. pág. 10. Podem ser referidas notícias de jornal, em que se reitera a posição retomada: “A erva volúvel. Para descobridor do princípio ativo da maconha, Raphael Mechoulam, a única coisa que impede os derivados da Cannabis de invadirem o mercado são os relações públicas da indústria farmacêutica. (...) ‘Eu acho uma piada a maconha e a heroína receberem o mesmo tratamento. Não faz sentido cientificamente e não faz sentido do ponto de vista médico. (...) O problema com as drogas é social, e cada país tem de tomar suas decisões. Por outro lado, deveria ser permitido administrar a maconha – de uma ou outra forma – como um agente medicamentoso, porque em algumas doenças ela é excelente. Eu forneço THC líquido, em azeite de oliva, para o hospital em que sou associado, e os médicos têm permissão para prescrevê-los em diversos casos, administrando sob a língua. Isso é regulamentado pelo nosso Ministério da Saúde, que está satisfeito em me dar apoio.’” Reportagem de Rafael Garcia. Folha de São Paulo, domingo, 17 de junho de 2007”; Sobre caso em nível federal, nos EUA, para paciente com dores crônicas:

http://money.cnn.com/2009/09/11/magazines/fortune/medical_marijuana_legalizing.fortune/index.htm; Sobre processo administrativo da ANVISA: “Cosmético com Cannabis gera processo. Reportagem de Clarissa Tomé. “(...) O centro da polêmica é o creme Body Butter Hemp, vendido a 53,90 R\$. O hidratante é feito com ‘legítima manteiga extraída das sementes do cânhamo, que é conhecida por auxiliar na regeneração da pele seca’, diz texto no site da Body Store. (...) A Body Store informa que a matéria-prima do hidratante tem registro na Comissão Européia e não possui o THC, portanto não seria entorpecente”, Jornal o Estado de São Paulo, quarta-feira, 25 de agosto de 2010. Deve-se mencionar a exclusão da Convenção de 1961

e considerando as Convenções da UNESCO da diversidade cultural e patrimônio imaterial ratificadas, Decretos n. 5.753/2006 e 6.177/2007, omissão em regulamentar o uso tradicional^{857 858} e cultural⁸⁵⁹, para inclusão em Arquivo

sobre o uso industrial, com interpretação do art. 170, C.F. c.c. art. 28, b, Decreto n. 54.216/1964; Veja também: MALCHER-LOPES, Renato & RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*. Ed. Vieira & Lent. Rio de Janeiro, 2007. De Gilberto Luiz Cruz, extrai-se “hipnótica, sedativa e entorpecente, esta planta tem variado emprego na medicina e os médicos recomendam o seu uso sem exagero, uma vez que o abuso chega a causar até delírio e alucinações. Indica-se contra dores do estômago, histeria, epilepsia, cólicas uterinas, diarreia, disenterias, asma, catarro vesical, catarata, amaurose, blenorragia, impotência e afecções renais. É ainda recomendada no tratamento de gota, do *delirium tremens*, da morfomania e das rachaduras nos seios” CRUZ, Gilberto Luiz. *Dicionário de Plantas Úteis do Brasil*, Civilização Brasileira, DIFEL, Rio de Janeiro: 1982, pág. 164

⁸⁵⁵ Relata-se utilização como fumo ou infusão em beveragem. “*Ha substancias que, embora não venenosas, produzem efeitos diversos e são por isso utilizadas nas ceremonias do culto e nas praticas de feitiçaria. Uma das mais conhecidas é a maconha (...) Em Pernambuco a herva é fumada nos catimbós – lugares onde se fazem os feitiços, e são freqüentados pelos que vão alli procurar a sorte e a felicidade. Em Alagoas, nos sambas e batuques, que são dansas aprendidas dos pretos africanos, usam a planta, e também entre os que porfiam na colcheia, o que entre o povo rústico consiste em dialogo rimado e cantado em que cada replica, quasi sempre em quadras, começa pela deixa ou pelas ultimas palavras do contendor*” RAMOS, Arthur. *As práticas de feitiçaria entre os negros e mestiços brasileiros*. Archivos de Medicina Legal e Identificação, Ano V, n. 11, março, 1935, Rio de Janeiro. Em contexto de dança amazônica: MONTEIRO, Mário Ypiranga. *Folclore da Maconha. Pesquisa feita para o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia*. Revista Brasileira de Folclore, ano VI, n. 14, janeiro/abril de 1966, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro.

⁸⁵⁶ Registra-se utilização de *cannabis* para o ascetismo e a contemplação em rituais para o deus Shiva, no Tibete e Índia (VERLOMME, 1978 apud MACRAE & SIMÕES, 2000) e com fins sociais e religiosos, entre os kaffirs, kasai, em África e grupos indígenas, cuna, no Panamá, cora, tepehua e tepecanos, no México e rastafarianos, na Jamaica e Bahia (MACRAE & SIMÕES, 2000, págs. 88-93). Estes pesquisadores discutem a experiência humana prévia como condição de possibilidade do controle social. MACRAE, Edward & SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de fumo. O uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Edufba, Salvador: 2000. Veja também: GABEIRA, Fernando. *A maconha*. Publifolha, São Paulo: 2000, pág. 14.

⁸⁵⁷ Em contexto indígena a folha de coca possui significado único, sua utilização abusiva dá-se em contexto de exploração dos trabalhadores de minas, com utilização pela medicina e psicoterapia da Europa ao final do séc. XIX, ao mesmo tempo em que aparece sob a forma de vício. OCHAI, Inês. *El contexto cultural de la coca entre los índios kogi*. Revista América Indígena vol. XXXVIII, n. 1, enero-marzo, 1978. Instituto Indigenista Interamericano, México. Para a situação de indígenas peruanos, pode ser referida decisão judicial da Corte Superior sobre erro de compreensão por motivos culturais do camponês que colhe e comercializa folhas de coca. “*La ley, que no puede hacer distinciones, reprime todo tipo de siembra y comercialización; pero si el campesino recurre a ellas para practicar el sortilégio o la masticación (chacchar), ha de verse favorecido por la eximente*” GALDOS, Julio Armaza. *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano. (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP)* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 43, RT, São Paulo: 2003, Pág. 34.

⁸⁵⁸ Em contexto indígena, o uso mágico-religioso da folha de coca, ipandu, dá-se em várias tribos do Brasil, especialmente entre os Tucano. “*Para los tucanos las plantas mágicas más importantes son el ipandú (coca), el caapi y el tabaco, los cuales se emplean para el culto de Jurupari que perpetúa la supremacía masculina*” (NARANJO, Plutarco. *El cocaísmo entre los aborígenes de Sud América*, América Indígena, Vol. XXXIV, n. 3, julio-septiembre, 1974, pág. 621)

Internacional de Técnicas Corporais⁸⁶⁰ (LEVI-STRAUSS, 2001). O art. 4º, incs. I e II da Lei 11.343/2006 enuncia princípios de respeito à autonomia e à diversidade.

O art. 2º da Lei 11.343/2006 consiste em “*norma não-autônoma*”⁸⁶¹ (KELSEN, 2006, pág. 62). A autorização depende da proibição e a proibição depende da autorização. Proíbe-se a comercialização sem permissão de autoridade. É caso de solicitar autorização de uso medicinal e religioso na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“ANVISA”), em havendo silêncio administrativo, mandado de segurança, sem prejuízo de mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como afirmado por Roque Antônio Carraza, o pouco caso com a Constituição:

“*decorre não propriamente da falta de lei, mas da não aplicação das leis existentes*”⁸⁶² (CARRAZA, 1993, pág. 123 apud PEREIRA e SILVA, 2009, pág. 40).

Declarada a omissão de providências administrativas, o STF determina à ANVISA e ao Conselho Nacional de Políticas sobre drogas (“CONAD”), Decreto n. 5.912/2000, o suprimento da omissão em 30 dias.

⁸⁵⁹ Em contexto de dança amazônica: MONTEIRO, Mário Ypiranga. *Folclore da Maconha. Pesquisa feita para o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia*. Revista Brasileira de Folclore, ano VI, n. 14, janeiro/abril de 1966, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro.

⁸⁶⁰ LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*, Perspectivas do Homem, Edições 70, Lisboa: 2001 Pág. 13.

⁸⁶¹ KELSEN, 2006, pág. 62

⁸⁶² PEREIRA e SILVA, Reinaldo. *Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, pág. 40

Em caso de produção autorizada, podem ser aplicados o art. 170, parágrafo 1º, C.F. para autorização de particular explorar o uso industrial e o uso farmacêutico. Caso o Congresso Nacional considerar tratar-se de imperativos de relevante interesse coletivo e segurança nacional, autorização para produção estatal, art. 173, C.F.

Conforme entendimento do STF, as normas protetivas de direitos humanos possuem hierarquia sobre a lei. Se Convenções da UNESCO, dos Deficientes, da Criança, dos Indígenas, dos Discriminados e Discriminadas e Protocolo de Genebra estão acima da lei, é preciso ir além das garantias processuais da Convenção Interamericana reconhecidas pelo STF e declarar a invalidade do conflitante na Lei 11.343/2006.

Se o Estado-Legislator gera risco com a proibição, art. 37, parágrafo 6º, C.F. Se há desvio da finalidade saúde da lei, com corrupção e morte, abuso do poder de legislar e responsabilidade civil do Estado, art. 37, parágrafos 6º e 4º, C.F.

Se o álcool e demais drogas de abuso são prejudiciais em excesso e causam dependência, é de se dar tratamento do art. 196, C.F. para direito à saúde, sem discriminação e com direito à participação, art. 198, inc. III, C.F. para o que for *“problema de saúde pública”*.

Considerando que nem todo uso redundava em dependência ou em atos criminais, é de se conferir patrimônio cultural ao que for produzido sob o influxo

de tais substâncias, com aplicação do art. 216, inc. III, C.F. para os modos de fazer, viver e criar.

Se a norma constitucional da cultura permanecer sem regulamentação no atinente a tais substâncias, mandado de injunção ou Adin por omissão para o devido registro. Se a norma constitucional da saúde, no pertinente à promoção da saúde do usuário, permanecer sem regulamentação, mandado de injunção ou Adin por omissão.

Se a Lei 11.343/2006 conflita com os direitos fundamentais da crença, expressão, da consciência, do corpo, da reunião, da intimidade e do domicílio, declaração de inconstitucionalidade do art. 28, parágrafo 4º com ou sem redução de texto, ausentes a dependência e atos criminais, para interpretação conforme do art. 28 da Lei 11.343/2006.

É a interpretação conforme à Constituição do tratado internacional de controle de oferta e demanda de drogas e interpretação isonômica, considerados os tratamentos dispensados à álcool, tabaco e psicofármacos, com relativização da criminalização estatuída no art. 5º, XLIII, C.F.

A Resolução n. 1 de 25 de janeiro de 2010, do Gabinete de Segurança Institucional, Conselho Nacional de Políticas sobre drogas (“CONAD”), dispõe sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca, o que não exclui a regulamentação da pesquisa científica, do uso medicinal e o reconhecimento do uso culturalmente condicionado. A extração, coleta e

transporte foi regulamentada no Estado do Acre pela Resolução Conjunta CEMACT/CFE nº 4 de 20 de dezembro de 2010⁸⁶³.

Já existem, em nível federal, Decreto 3.551/2000 de patrimônio cultural imaterial, o Decreto 5.813/2006 de plantas medicinais, e a garantia constitucional do mandado de injunção, art. 5, LXXI, C.F., para omissão de norma regulamentadora.

Para a pesquisa científica, menciona-se sugestão de pesquisa agrônômica para redução da nicotina do tabaco⁸⁶⁴ e substituição por agricultura ecológica - sem utilização de agrotóxicos (ALMEIDA, 2005). O tabaco consiste em símbolo nacional⁸⁶⁵ (Lei n. 8.421/92). Há responsabilidade civil (TJ-RS, AC n. 70012335311) e dever de informar⁸⁶⁶ sobre os danos na ingestão de fumaça e a violação de direitos humanos, no campo - endividamento, trabalho infantil e intoxicação dos agricultores para a maior parte exportada de folhas de fumo, conforme Lei Kandir (ALMEIDA, 2005). Há Convenção-Quadro da OMS para o controle do Tabaco e defende-se o direito de não fumar⁸⁶⁷ (OLIVEIRA, 2008).

⁸⁶³ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/850396-governo-do-acre-regulamenta-uso-do-daime.shtml> Veja também: SANTOS, Rafael Guimarães dos. *The ethnopharmacology of Ayahuasca*. Transworld Research Network, Kerala, Índia: 2011. Disponível em: <http://www.trnres.com/ebookcontents.php?id=93> Acesso em 13/03/2011.

⁸⁶⁴ ALMEIDA, Guilherme Eidt Gonçalves de, *Fumo, servidão moderna e violação de direitos humanos*, Terra de Direitos, 2005, Curitiba.

⁸⁶⁵ Sobre o Decreto n. 4 de 19 de novembro de 1889. GUSKOW, Miguel. *Fumo Florido: uma questão de preferência nacional*. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 50, n.189, Brasília, janeiro/junho de 1998.

⁸⁶⁶ Sobre o dever de informar, vide parecer: GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo: 2005.

⁸⁶⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de não fumar. Uma abordagem humanista*. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: 2008.

A menção de respeito aos direitos humanos⁸⁶⁸ vem no art. 14, 2 da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, Decreto 154/1991, e no art. 3.2., vem a menção de respeito aos princípios constitucionais e aos conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico.

Conforme objetivo do art. 5, II, da Lei 11.343, promoção da construção e da socialização do conhecimento sobre drogas no país, propõe-se edição de Decreto de Informação de Utilidade Pública, conforme Decreto n. 4.799/2003, sobre riscos às saúdes física e psíquica, no uso individual ou compartilhado, esporádico ou continuado, de álcool e fármaco, para fins de informação, prevenção⁸⁶⁹ e divulgação dos tratamentos existentes, com ou sem abstenção de uso, em caso de dependência⁸⁷⁰ – sem prejuízo do direito de objeção de

⁸⁶⁸ Para estudo, cabe referir: MENA, Fernanda & HOBBS, Dick. *Narcofobia – proibição às drogas e geração de abusos contra os direitos humanos*, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/812233-narcofobia---proibicao-as-drogas-e-geracao-de-abusos-contra-os-direitos-humanos.shtml>, acesso em 11/11/2010.

⁸⁶⁹ Veja também: LEITE, Eduardo Afonso Furtado. *Análise discursiva de uma campanha publicitária de prevenção ao uso de drogas*. Dissertação de Mestrado, PUC SP, São Paulo: 2002. Veja também, para compreensão da prevenção primária como ideologia: LARA, Aline Frollini Lunardelli. *A produção do conhecimento psicológico-psiquiátrico em saúde mental: considerações a partir de um texto exemplar*. Revista Psicologia Usp, 2006, vol. 17, n. 1, págs. 35-52.

⁸⁷⁰ Afirma-se necessária a existência de clínica diversificada a levar em consideração a diversidade de usos e comportamentos, incluindo-se o contexto social. Sobre a conduta e a dependência, cumprem os excertos seguintes. *“Todos nós tendemos a apresentar, em menor ou maior grau, algum tipo de dependência (do tabaco, do trabalho, do contexto, do cônjuge, do jogging...).* Entretanto, observamos, neste campo, tendência exagerada a uma extensão progressiva do conceito de doença. Do ponto de vista psicológico, a especificidade da farmacodependência consiste na inexistência de uma especificidade estrutural do dependente de fármacos. Por mais que a nosografia psiquiátrica insista em categorizá-la como entidade nosológica autônoma, na clínica da farmacodependência não se consegue reconhecer nada mais sistematizável do que um comportamento toxicomaniaco. Assim, a princípio, não podemos falar em ‘doença’, mas apenas em ‘conduta’ (...) Podemos compreender o dependente de drogas como um indivíduo que se encontra diante de uma realidade objetiva ou subjetiva insuportável, realidade esta que não consegue modificar e da qual não consegue se esquivar, restando-lhe como única alternativa a alteração da percepção desta realidade.” SILVEIRA, Dartiu Xavier da. *Drogas, Vícios: conceitos e preconceitos*. Revista Junguiana, Págs. 26, 27 e 28. Destacam-se como causas condutoras da dependência: fugir à transitoriedade e à angústia existencial; procura por transcendência e contato com forças espirituais, contexto místico-religioso; e busca pelo prazer. BUCHER Apud SILVESTRE, Rosa

consciência a tratamento médico, art. 5º, VIII, C.F., com observância da Lei de Saúde Mental, Lei 10.216/2004, nos casos de internação voluntária, involuntária e compulsória, com descriminalização de quantidades por substância⁸⁷¹, previsão de sanção administrativa⁸⁷², com possibilidade de autorização administrativa, distribuição com receita controlada pelo Estado e Sociedade Civil, sem prejuízo da constituição de associações civis com formação de conhecimento e sem prejuízo de pesquisa de substituição menos nociva e/ou aditiva, inclusive de fumígenos, com diálogo intercultural sobre o fenômeno da drogaadicação/dependência, em foros como o Parlamento do MERCOSUL e da UNASUL. O diálogo entre alteridades sobre direitos humanos é proposto por Aloíso Krohling⁸⁷³ (KROHLING, 2009).

O Presidente da Bolívia solicitou à ONU, em 12 de março de 2009, a eliminação dos incisos 2e) e 1c) do art. 49 da Convenção Única das Nações Unidas sobre Entorpecentes de 1961, Decreto n. 54.216/1964, em favor da

Maria Apud SILVA, José Geraldo & LAVORENTI, Wilson & GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Millenium Editora, 2008, pág. 191. O processo de estigmatização de nada contribui para a redução das vulnerabilidades.

⁸⁷¹ Sobre a situação na Espanha, não se considera delito o consumo próprio, bem como a compra e posse de pequenas quantidades destinadas ao próprio consumo, podendo sancionar-se administrativamente, conforme a Lei de Proteção da Segurança Cidadã, *Ley Corcuera*, a considerar o consumo de droga ilegal em lugar público, a posse para autoconsumo e o abandono dos utensílios de uso como faltas graves. O Tribunal Supremo não considera delito: (i) administrar droga a familiar ou agregado para retirar a síndrome de abstinência ou para desabitua-lo; e (ii) a compra coletiva destinada ao consumo dos adquirentes, bem como a posse e consumo de forma compartilhada entre adictos. Consideram-se quantidades destinadas ao próprio consumo aquelas não superiores ao que o usuário toma habitualmente no máximo no período de 3 a 5 dias, valorando os tribunais em cada caso concreto o grau de dependência física e psíquica do consumidor. HIDALGO, E. 2001. *El consumidor de Drogas Ante la Ley: la reducción de riesgos respecto al ámbito legal del uso de drogas*. Disponível em: <http://www.energycontrol.org/sabermas/sabermasFs.php>

⁸⁷² Luciana Boiteux Rodrigues em referência à Portugal: “As coimas são sanções administrativas aplicáveis aos consumidores de qualquer substância proibida, desde que seja a primeira vez que respondam processo. A condição imposta é que a quantidade apreendida não seja superior ao consumo médio de uma pessoa durante dez dias” RODRIGUES, Op. Cit. pág. 129

⁸⁷³ KROHLING, Aloíso. *Direitos humanos fundamentais*. Diálogo intercultural e democracia. Ed. Paulus, São Paulo, 2009.

mastigação da folha de coca, *el coqueo*. O direito à própria medicina tradicional está previsto no art. 24.1 da Declaração dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007, Decreto 7.056/2009.

No referente ao complexo coca/cocaína, a estratégia governamental consiste na reivindicação de financiamento externo da substituição da agricultura. Segundo H.C.F. Mansilla: “(...) *a maior parte dos fundos em questão não chegou nunca aos camponeses, mas sim evaporou-se por sua vez nas repartições oficiais*” (MANSILLA, 1992, pág. 28).

A Lei 1008 classifica as zonas produtoras de coca em três categorias: a tradicional; a excedentária em transição; e áreas não compreendidas nestas definições. Relata-se extorsão de camponeses, corrupção e militarização, em consequência dos acordos firmados entre Bolívia e Estados Unidos em 09 de maio de 1990, com declaração de zonas de guerra. A Federação Especial de Trabalhadores Camponeses do Trópico de Cochabamba solicitou em 1991 ao governo boliviano a declaração de nulidade do Anexo 3 do Acordo de 09 de maio de 1990, com retirada imediata dos assessores militares estadunidenses e agentes da Drug Enforcement Agency.

“(...) *el valor generado por la economía de la coca/cocaína es apropiado en un 80 por ciento por los países consumidores, alrededor del 15 por ciento por los comercializadores y sólo entre el 2 y el 4 por ciento por las naciones productoras*⁸⁷⁴” (MANSILLA, 1992, pág. 18).

⁸⁷⁴ MANSILLA, H.C.F. *Políticas públicas, economía informal, drogas y las relaciones de los involucrados*. Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos. Instituto de Investigaciones

Deve-se ressaltar a par do conflito entre Trips, Decreto n. 1.355/1994 e Convenção da Biodiversidade, Medida Provisória n. 2.186/2001, a interpretação do fenômeno também como biopirataria, com dano ao meio ambiente⁸⁷⁵ (MANSILLA & BIANES, 1992) e desrespeito ao patrimônio cultural indígena.

Propõe-se intervenção do Estado na ordem econômica, art. 170, §1º da C.F., para autorização administrativa do comércio de pequena quantidade e receita controlada pelo Estado e Sociedade Civil com Agência Reguladora⁸⁷⁶, sem prejuízo de criação de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, art. 149, C.F, para destino de recursos à saúde e à cultura, ressalvada a imunidade tributária de templo religioso⁸⁷⁷, art. 150, VI, “b”, C.F., sem prejuízo de programas de desarmamento⁸⁷⁸ e renda alternativa para

Culturales Latinoamericanas (IILCA), Tijuana: 1992. Veja também: SÓLON, Pablo. *Alguns elementos para entender a Bolívia*. Diplomacia, Estratégia & Política n. 9, jan./mar. 2009, disponível em: www.opsa.com.br/bibliotecadigital.html

⁸⁷⁵ O aumento das plantações de folha de coca não serviram para a difusão dos antigos métodos agrícolas, havendo devastação dos grandes bosques úmidos das regiões tropicais e subtropicais. MANSILLA, H. C.F. & J. BIANES, José. *Narcotráfico y medio ambiente*. Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA), 1992, Pág. 46. Rosinaldo Silva de Sousa afirma haver “incompatibilidade entre a lógica produtiva coletivista tradicional e a lógica de acumulação privada comum à atividade ilícita de produção de drogas” (IZQUIERDO, 2001 apud SOUSA, 2010, pág. 8) SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n. 73, junho de 2010. Disponível em: www.scielo.br Acesso em: 10/01/2011.

⁸⁷⁶ Sugere-se previsão de atribuições de redução de danos com programas de substituição e manutenção de uso e receita controlada pelo SUS e entidades cadastradas, com delimitação e coordenação de competências entre Ministério da Saúde, SENAD e ANVISA pela lei geral de controle, distribuição e comércio de drogas do art. 173, C.F.

⁸⁷⁷ Veja também: MARTON, Ronaldo Lindimar José. *Templos Religiosos – a imunidade do art. 150, VI, b da Constituição Federal e o disposto pela mesma Constituição no art. 195, §7º, 2004*, disponível em: <http://bd.camara.gov.br> Acesso em: 29/12/2010.

⁸⁷⁸ A grande maioria das armas confiscadas no Estado do RJ são de fabricação nacional, mesmo com o rigor de quem está autorizado a comprar e transportar. “Quando uma arma entra no mercado fica difícil garantir, apesar das restrições relativas aos legítimos proprietários, em que mãos ela acabará” CANO, Ignácio. *A importância do micro desarmamento para prevenção da violência*. págs. 135 e 138 In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.) *Insegurança pública. Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*, Instituto Braudel, Novaalexandria, São Paulo: 2002.

substituição do controle penal e redução da violência – política de saúde c.c. direito à vida, a permitir: a implementação dos controles administrativo⁸⁷⁹ e social⁸⁸⁰, programas de saúde, com acompanhamento psicológico, orientação sanitária, participação da sociedade civil e programas de educação para a cidadania responsável, com ou sem implementação de zonas culturais, em que o uso pelos costumes locais seja tolerado, conformando, destarte, o objetivo internacional do controle de oferta e demanda⁸⁸¹ com respeito aos direitos humanos fundamentais da populações urbana e rural^{882 883 884} com respeito aos conhecimentos tradicionais⁸⁸⁵.

⁸⁷⁹ Atenção merece ser dirigida ao dever de fiscalizar os insumos químicos utilizados no refino da pasta de coca, à produção de sintéticos, ao financiamento do comércio ilegal de armas e à regulamentação do sistema financeiro internacional. Conforme reportagem de Flávia Tavares, O Brasil também não é santo, Jornal o Estado de São Paulo, 6 de junho de 2010, Caderno Aliás J3: MAIEROVITCH, Walter: “ (...) *Ao mesmo tempo, fornecemos os insumos químicos. Não somos santos. Como é feito no Brasil, onde está a maior indústria química da América Latina, o controle desses insumos? Essa indústria é de fácil fiscalização, está no eixo Rio-São Paulo, mas não há controle algum. Quando era secretário nacional antidrogas, fiz com o secretário de Justiça de São Paulo, Belisário dos Santos, um levantamento na Junta Comercial. Há empresas que comercializam insumos químicos, mas não tem endereço.*” Para uma descrição detalhada, veja também: PROCÓPIO, Argemiro. *O Brasil no mundo das drogas*. Vozes, Petrópolis: 1999.

⁸⁸⁰ Para controle social, pode-se referir: “*Capacidade de os grupos sociais ou as instituições para fazer normas ou regras efetivas*” (REISS, 1951 apud BERGALLI, pág. 36, 1993). BERGALLI, Roberto. *Controle Social: suas origens conceituais e usos instrumentais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 1, n. 3, julho-setembro, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993.

⁸⁸¹ Pode-se referir, novamente, a entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro, Aliás, 21 de maio de 2006, Jornal o Estado de São Paulo, extraem-se trechos da entrevista com Leandro Piquet: “*Em que medida a cumplicidade calada do consumidor de drogas inviabiliza o combate ao tráfico de drogas? As drogas fazem parte do estilo de vida de praticamente todos os segmentos sociais mais jovens em qualquer grande cidade do mundo. Há uma demanda que não será facilmente alterada por políticas públicas. A polícia e a justiça participam apenas do controle da oferta, o que tem um efeito limitado sobre a demanda. Veja por exemplo o caso da política de repressão à cocaína e à pasta de cocaína que terminou por favorecer o aparecimento de um mercado global de metanfetaminas. Do ponto de vista da demanda, o problema é muito mais de saúde pública do que de justiça criminal. Um dia depois do pior momento da crise, a última segunda-feira, fumava-se maconha livremente nas imediações da minha Faculdade USP, como normalmente se faz por ali. Muito provavelmente, se os alunos tivessem feito o mesmo em uma rua de Paraisópolis estariam presos, mas os meus alunos consideram praticamente nula a probabilidade de serem presos e condenados por consumir maconha e provavelmente só deixarão de consumir qualquer outro tipo de droga se forem convencidos de que esse hábito produzirá efeitos negativos à sua própria saúde. Poucas pessoas deixam de comer atum porque os golfinhos morrem asfixiados nas redes, assim como poucas pessoas deixam de consumir droga por que ela está associada a uma longa cadeia de corrupção e morte.*”

⁸⁸² Deve-se registrar a utilização de fertilizantes químicos. “*En el caso boliviano y peruano se puede hablar de que los campesinos hacen un uso cada vez mayor de abonos sintéticos que*

A solidariedade constitui norma jurídica constitucional, art. 3º, inc. I, C.F. A paz apresenta-se como direito fundamental⁸⁸⁶ (BONAVIDES, 2006), a par de princípio das relações internacionais, art. 4º, VI e IX, C.F. A cooperação internacional está prevista no art. 65, inc. I da Lei 11.343/2006. A segurança interna consiste responsabilidade da Presidenta da República, art. 85, IV, C.F. Consistem atribuições da Presidenta da República conceder indulto⁸⁸⁷ e comutar penas com audiência do Ministério da Justiça⁸⁸⁸ e celebrar a paz⁸⁸⁹,

no son de origen ancestral.” MANSILLA, H. C.F. & J. BIANES, José. *Narcotráfico y medio ambiente*. Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA), 1992, pág. 58.

⁸⁸³ Sobre o fato do narcotráfico ser também agribusiness, veja também: RIBEIRO, Ana Maria Mota. *Sociologia do narcotráfico na América Latina e a questão camponesa. Narcotráfico e violência no campo*. In: RIBEIRO, Ana Maria Motta & Jorge Atílio S. Iulianelli. *Koinomia, DP & A Editora, Rio de Janeiro, 2000, Pág. 38*”

⁸⁸⁴ Rosinaldo Silva de Sousa relata assembléia de sindicato rural da Região do Chapare, sobre contribuições mensais e multa por falta em reuniões e terra ociosa, sobre controle da distribuição dos lotes pelos sindicatos rurais e ideologia igualitária. Refere a revolução de 1952, o registro cívico de 1961, o “*Juzgado da Villa Tunari*”, tribunal especializado em questões fundiárias, indicando o art. 171, inc. II da Constituição da Bolívia, para o fundamento de personalidade jurídica do sindicato rural camponês e o art. 166 da Constituição da Bolívia, para o trabalho como fonte fundamental para a aquisição e a conservação da propriedade agrária. SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n. 73, junho de 2010. Disponível em: www.scielo.br Acesso em: 10/01/2011.

⁸⁸⁵ Sobre conhecimentos tradicionais e expressões culturais transmitidas de geração a geração e a dificuldade de retribuição econômica culturalmente respeitosa com o sistema social originário. “*Muito se tem definido como ‘herança’ ou como uma cobertura de conhecimento, inovações, criações e práticas de comunidades indígenas e/ou povos tradicionais (Artigos da CDB 8(j) e 18), como a agricultura, ciência, tecnologia, ecologia, medicina, incluindo expressões de folclore, nomes, indicações, símbolos e propriedade geográfica cultural. (...) A questão mais desafiadora é como as comunidades indígenas e/ou locais fariam, elas próprias, a definição destes benefícios, e por quais mecanismos podem os indivíduos e/ou organizações que trabalham com estes grupos prover tais benefícios*” BRITO, Myrza Tandaya Nylander. *Propriedade Intelectual do conhecimento tradicional. O desafio amazônico*. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.) Instituto O Direito por um Planeta Verde. Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais. pág. 896

⁸⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração*. Interesse Público v. 8 n. 40, p. 15-22, 2006.

⁸⁸⁷ Para a longa tradição das medidas de clemência, anistia, indulto e comutação, como o nascimento de um príncipe, tratado de paz ou vitória sobre nação inimiga. “*Considerada como meio de pacificação social, a clemência foi, frequentemente, usada como arma política ao serviço exclusivo da manutenção do poder.*” CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol.LVIII, 1982, Pág. 1076.

⁸⁸⁸ Há notícia de cursos sobre mediação de conflitos no Ministério da Justiça, www.mj.gov.br/

⁸⁸⁹ Sobre a necessidade da paz ser socialmente compartilhada: “*A paz se cria, se constrói, na construção incessante da justiça social. Por isso, não creio em nenhum esforço chamado de*

autorizado ou com referendo do Congresso Nacional, arts. 84, incs. XII e XX C.F.

Em sendo hediondo o comércio de medicamentos desautorizados, falsificados ou adulterados e não o seu consumo, considera-se cabível indulto da Presidenta da República para os usuários de álcool e fármaco desautorizado, conforme o Decreto n. 6.706/2008. O Governo do Equador concedeu indulto às mulas, pequenos traficantes/transportadores de drogas⁸⁹⁰.

Pode ser proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸⁹¹, art. 103, I, C.F. por violação à liberdade e invasão da privacidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão na regulamentação dos usos medicinal, religioso, científico, tradicional e culturalmente condicionado e proposição, conforme art. 103 §4º, C.F., e ação declaratória de constitucionalidade da política de redução de danos e atenção social, arts. 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da Lei nº 11.343/2006.

3.4 Segurança cidadã e guerra ao crime

“A mórbida relação pânico/salvação (fundamento, também, de algumas religiões e vários partidos políticos liberticidas) invadiu as preocupações da população; mostra-se o fato, instaura-se o

educação para a paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças, o torna opaco e tenta miopisar as suas vítimas” (FREIRE, 1986 apud CORTELLA, 2004) CORTELLA, Mario Sérgio. *Outras faces da violência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 47, RT, São Paulo: 2004

⁸⁹⁰ METAAL, Pien. *Indulto de mulas en Ecuador*. Disponível em: <http://www.tni.org/es/> Acesso em:03/03/2011.

⁸⁹¹ Veja também: FERREIRA, Carolina Cutrupi. *Os critérios de legitimidade reconhecidos pelo STF para propositura de ação direta de inconstitucionalidade*. In: COUTINHO, Diogo R. & VOJVODI, Adriana M. (org.) *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros, 2009.

Salo de Carvalho disserta sobre o direito fundamental à segurança individual, art. 5º, C.F. o direito fundamental à segurança social, art. 6º, C.F. e entende a concepção de política pública de segurança derivada da categoria segurança pública incompatível com o Estado Democrático de Direito, em interpretação do art. 144⁸⁹², C.F., em referência ao termo “*segurança cidadã*”, “*seguridad ciudadana*”, conforme *Ley Orgánica 1/1992 da Espanha*⁸⁹³ (CARVALHO, 2004, págs. 478 e 479). Pode ser referido o conceito de segurança humana do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: segurança econômica, alimentar, salutar, ambiental, pessoal, comunitária e política⁸⁹⁴ (CRAVO, 2009, pág. 70).

Ignácio Cano descreve as competências federal, estadual e municipal, sobre segurança, refere o Plano Nacional de Segurança Pública, o Fundo Nacional de Segurança Pública, o Plano de Integração e Acompanhamento de Programas Sociais de Prevenção à violência urbana, o Sistema Único de

⁸⁹² Marcelo Salles em entrevista a Nilo Batista: “***Vi uma reportagem na TV Record mostrando uma arma de um policial que falhou, ele pedia ajuda, e a câmera filmando tudo. Quando voltou para os apresentadores, eles comentavam o absurdo de armas obsoletas, que situação a da polícia, e o poder dos traficantes cada vez maior, até derrubarem um helicóptero. Levando a crer que os traficantes varejistas têm um poder muito maior que a polícia. Esse discurso é tão velho... Eu já ouvi mais de cem vezes. É uma maneira de chamar mais violência contra as classes populares, essa coisa de dizer que os grupos são mais armados que a polícia. Isso não é verdade, nunca foi. O problema é que eles conhecem o terreno, eles têm mais a simpatia da população – nem sempre, mas majoritariamente. Mas até no Alemão, se o Bope quiser ele entra. O resultado vai ser um grande número de crianças mortas, velhos mortos, mas entra. Agora, a Constituição, no seu artigo 144, determina o compromisso da polícia com a vida, e não com a morte. Aquele pessoal que se reuniu em 1998: ‘A segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e para a incolumidade das pessoas.’ Não é pra matar, não. É pra salvar. Só que no Rio de Janeiro parece que vigora a Constituição de outro país*” SALLES, Marcelo. “*Há uma política de apartação social pela violência*”. Entrevista a Nilo Batista. Caros Amigos n. 153, dezembro de 2009, pág. 17**

⁸⁹³ CARVALHO, Op. Cit. págs. 478 e 479.

⁸⁹⁴ CRAVO, Teresa de Almeida. *O Conceito de segurança humana: indícios de uma mudança paradigmática?* In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.). *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, Unesp, São Paulo: 2009, pág. 70.

Segurança Pública e o Fórum Metropolitano de Segurança Pública de São Paulo. Este autor entende por *“paradigma da prevenção”* a *“melhoria das condições de vida, o respeito às pessoas e acesso aos direitos de cidadania”*, costumando os programas de prevenção apresentar resultados em longo prazo (CANO, 2006). Afirma haver três níveis de prevenção: a primária à população em geral; a secundária aos grupos em risco de sofrer ou cometer ato ilícito; e a terciária às vítimas de violência e à reinserção social dos autores.

Aponta a falta de investimento suficiente, os baixos salários, a herança autoritária, a corrupção, *“a insistência do modelo da guerra como metáfora”* e o controle das *“classes perigosas”*.

“A transição do modelo de uma polícia de controle do cidadão para uma polícia de proteção das pessoas é gradual e ainda não foi concluída. (...) o objetivo continua sendo, em muitos casos, o aniquilamento do ‘inimigo’, freqüentemente sem reparar nos custos sociais. O problema de segurança pública aparece às vezes como uma questão de calibre, como um nó que será desatado quando o poder de fogo das polícias supere o do inimigo. Em conseqüência, a segurança pública se apresenta fortemente militarizada em suas estruturas, doutrinas, formação, estratégia e táticas. As operações de segurança pública em áreas pobres se assemelham a operações de guerra em território inimigo: ocupação, blitz, etc; no contexto anteriormente mencionado não é de se estranhar a existência de numerosos abusos aos direitos humanos, particularmente ao uso da força. Os tiroteios em comunidades pobres produzem um alto índice de mortes, incluindo as vítimas acidentais. As

alegações de tortura contra presos e condenados também são freqüentes; relações conflitivas com as comunidades pobres, sobretudo em lugares onde o crime organizado é forte. A juventude que vive nesses lugares considera a polícia inimiga e um setor da polícia tem essa mesma visão. As pesquisas mostram que existem muitas comunidades onde os moradores têm mais medo da polícia que dos traficantes de drogas, cujo despotismo é mais previsível (CANO, 2006).

Para “*experiências de modernização*”, elenca as polícias comunitárias, as ouvidorias de polícia, as técnicas de geo-referenciamento, a priorização de prevenção de crimes contra a vida, como o programa Fica Vivo de Belo Horizonte, a permanência da polícia e a relação de proximidade com os habitantes, de inspiração do Programa *Cease Fire* de Boston, a informatização e a melhoria de infra-estrutura, com escritórios e espaços abertos para dificultar os abusos e torturas. Para experiências municipais, relata sobre a Secretaria Municipal de Cidadania e Segurança Pública, com Conselhos Municipais Regionais de Segurança Pública e o Centro Integrado de Cidadania de Vitória, o Conselho Municipal de Direitos Humanos, o Comitê de Promoção dos Direitos Humanos e de Prevenção à violência de Recife (CANO, 2006).

De Paula Miraglia, pode ser extraída a experiência de Diadema: “(...) *criação da Secretaria de Defesa Social, a reformulação da Guarda Civil Municipal, a aprovação e implementação da Lei de Fechamento de Bares, conhecida popularmente como “Lei Seca”, a Campanha de Entrega Voluntária*

de Armas, até o desenvolvimento de projetos sociais específicos para a juventude⁸⁹⁵ (...)” (MIRAGLIA, 2006, pág. 92).

Sérgio Adorno afirma haver ausência de previsões orçamentárias para as penas alternativas à prisão, informa serem poucos os boletins de ocorrência transformados em inquéritos policiais, e constata: “(...) a sociedade mudou, os crimes cresceram e se tornaram mais violentos, mas as instituições encarregadas da proteção dos cidadãos bem como de aplicar a lei e ordem permaneceram operando segundo o mesmo modelo que o faziam há três ou quatro décadas. (...) Mantiveram práticas tradicionais de controle social, baseadas na manutenção de um ‘cordão sanitário’ em torno das ‘classes perigosas’⁸⁹⁶” (ADORNO, 2008, pág. 11).

A prisão não pode ser eixo da política criminal. “Estamos encarcerando quase 230 mil brasileiros que não foram julgados, antecipando a pena, e estima-se que 25% desses indivíduos serão condenados a penas alternativas a prisão, o que é mais absurdo. (...) para qualquer situação de conflito que fuja de uma solução minimamente razoável no diálogo, existe o discurso pedindo que aquela situação seja criminalizada⁸⁹⁷” (GOMES, 2010, págs. 116 e 177).

Cláudio do Prado Amaral, Juiz da 1ª Vara das Execuções Criminais e Corregedor dos presídios da Capital de São Paulo determinou por sentença a

⁸⁹⁵ MIRAGLIA, Paula. *Os municípios e a segurança pública*. In: LIMA, Renato Sérgio & PAULA, Liana de (orgs.) *Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?* Contexto, São Paulo: 2006, pág. 96.

⁸⁹⁶ ADORNO, Sérgio. *Políticas Públicas de Segurança e Justiça Penal*. Segurança Pública, Cadernos Adenauer n. 4, Ano IX, Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro: 2008.

⁸⁹⁷ GOMES, Geder. *Política Penitenciária e Penas Alternativas*. In: PIETÁ, Elói (coord.) *Justiça e Segurança vol. 3, O Brasil em Transformação 2003-2010*, Fundação Perseu Abramo, Friedrich Ebert Stiftung, São Paulo: 2010.

cessação de entrada de novos presos em Centro de Detenção, entendendo-se a superpopulação carcerária por tortura institucional e tratamento degradante c.c. com os artigos de integridade física e moral, bem como o de pena cruel⁸⁹⁸ (COSTA, 2008).

3.5. Conclusão: Estado de Exceção

José Afonso da Silva distingue as normas em preceptivas e proibitivas, com determinação de agir e não agir, destacando as seguintes normas proibitivas do art. 5º, C.F.: “1) *ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); 2) nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV); 3) não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); 4) a casa é asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), é inviolável o sigilo da correspondência (art. 5º, XII)*⁸⁹⁹” (AFONSO DA SILVA, 2008, pág. 67). Identifica em uma mesma norma comandos preceptivos e proibitivos: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” (art. 5º, IV) (AFONSO DA SILVA, 2008, pág. 67).

Conforme afirmado o art. 5º, inc. XLIII C.F. considera crime inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, igualmente a ação de grupos armados, art. 5º, inc. XLIV, C.F.

⁸⁹⁸ COSTA, Priscyla. *Juiz proíbe entrada de novos presos em Centro de Detenção*. Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2008, disponível em www.conjur.com.br, acesso em 27/10/10

⁸⁹⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Malheiros, São Paulo: 2008

Miguel Carbonell alarma para a superpopulação carcerária e sustenta a despenalização das drogas como primeira medida a ser tomada em matéria de segurança pública para regulação efetiva da oferta e da demanda, devendo-se compreender o problema do consumo de drogas como tema de saúde pública e não de segurança pública⁹⁰⁰ (CARBONELL, 2010).

Alguns como Dimitri Dimoulis⁹⁰¹ chegam ao extremo em considerar descrição disposta na Constituição, por genérica, sem taxatividade, e a criminalização inadequada e desnecessária para a finalidade da saúde em face dos custos em repressão e violação de direitos fundamentais dos usuários e grupos em situação de vulnerabilidade, sustentando a inconstitucionalidade da política criminal, com base no princípio da proporcionalidade.

Indaga-se a desproporção da finalidade saúde com os meios empregados para obter-lo⁹⁰², o sacrifício excessivo e desnecessário de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Afirma-se haver vulneração de lei a direito fundamental, se o conteúdo daquela revela-se incompatível com o conteúdo normativo tipificado neste⁹⁰³ (KELSEN, 1988 apud PULIDO, 2005, pág.86).

⁹⁰⁰ CARBONELL, Miguel. *La guerra perdida*. Disponível em: [HTTP://www.metapolitica.com.mx](http://www.metapolitica.com.mx), acesso em 22/10/2010.

⁹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri. *A constitucionalidade do tráfico de drogas*. Palestra na Puc SP, dia 21/09/2010, Semana Jurídica Universitária, www.seju.com.br

⁹⁰² FREIJEDO, Francisco J. Bastita & MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde & RODRÍGUEZ, Paloma Requejo & LINERA, Miguel Ángel Presno & CORRAL, Benito Aláez & SARASOLA, Ignacio Fernández. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en La Constitución Espanola de 1978*, Tecnos, Madrid: 2005, Pág. 149.

⁹⁰³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2005. Veja também: RIPOLLÉS, José Luis Diéz. *El control de constitucionalidad de las leyes penales*. Revista Española de Derecho Constitucional n. 75, septiembre/diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2005.

Considera-se, como o faz a doutrina penal, hediondo o comércio de remédios falsificados e adulterados e a disseminação de epidemia, sem menoscabo de se atentar: a uma, para o sentimento popular em se considerar hediondo a indução ao vício, ao abuso, à dependência e aos desequilíbrios emocional e financeiro – ao que associações de recuperação e associações de pais certamente fazem coro, com reforço do argumento proibicionista de ser a criminalização adequada para dificuldade do acesso aos fármacos proscritos e tipificados por ilícitos; muito embora, sem deixar também, a duas, de atentar ao incentivo econômico da proibição – interessante aos financistas, com conseqüências nefastas em contextos de vulnerabilidade social, mormente, em se tratando de crianças e adolescentes, seja para o consumo, para a venda ou para proteção armada; e, a três - na perspectiva de quem enfoca as liberdades civis do maior de idade ao uso responsável e justificado – sem deixar de atentar para a circulação de um produto de risco no regime de proibição, bem como de seus substratos mais nocivos e aditivos, o crack.

O tabaco industrializado e o crack são considerados epidemias. O câncer consiste em agravo associado ao uso de tabaco industrializado. O HIV, a hepatite e a tuberculose consistem em epidemias associados ao uso, sem prevenção, de certas drogas. O sexo desprotegido pode-se dar em contexto de abuso de álcool, igualmente agressões, depressões, distúrbios de conduta e acidentes de trânsito⁹⁰⁴.

⁹⁰⁴ Conforme Francisco Inácio Pinkusfeld Barros. In: DOMINGUEZ, 2011, Op. Cit., pág. 14

A redução de danos visa prevenir a disseminação de epidemias e assegurar o direito à saúde e convivência autônoma. Como afirmado, o substrato nocivo e aditivo, bem como a comercialização de adulterados, resulta da proibição do comércio da cocaína. À folha de coca reivindica-se o estatuto de patrimônio cultural, planta sagrada, objeto litúrgico e se comercializada é de se reivindicar *royalties*⁹⁰⁵ para as comunidades andinas, quando da extração de medicamento. Da Constituição Federal pode-se extrair um dever geral de não comercialização, porém atento à realidade da proibição, deve-se relativizar e compatibilizar com o direito de uso seguro e informado, seja pela condicionamento cultural, seja pela disposição do corpo, garantido o direito de associação⁹⁰⁶, seja pelo uso medicinal, seja pelo direito moral ao uso recreativo, facilitando-se o direito à saúde com a descriminalização, com a administrativização – sanções e licenças administrativas – e com o controle social.

A proibição contribui com a roleta russa. Se há interações medicamentosas perigosas ou substâncias de risco em circulação, mormente considerando pessoas com predisposição à surto psicótico⁹⁰⁷, é dever do Estado informar e regulamentar a pesquisa etnofarmacológica. Sustenta-se tese de responsabilidade civil do Estado por ato legislativo por risco criado e omissão em regulamentação.

⁹⁰⁵ A par da Convenção da Biodiversidade, pode-se mencionar a corrente dos sabinianos, inspirada nos estoícos, a considerar o proprietário da matéria também proprietário da coisa fabricada, para os proculianos, de base aristotélica, considera-se a forma dada à coisa, como na especificações perfeitas uva-vinho e azeitona-azeite. CRETELLA JR, Curso de Direito Romano, RT, São Paulo: 1970, Pág. 181. De todo modo, reivindica-se indenização.

⁹⁰⁶ <http://coletivodar.org/2010/12/madri-abre-seu-primeiro-clube-privado-para-consumo-de-maconha/>

⁹⁰⁷ Veja também: PEREIRA, Merval. *Ainda a polêmica maconha*. O Globo, 13/02/2004, O País, p. 4

A antropologia urbana bem demonstra o funcionamento de comércio lucrativo – o que resulta da proibição de acordo com os defensores de produção e distribuição controladas – em um país desigual como o Brasil. Phillippe Borgouis, antropólogo norte-americano, crítico da “*indústria destrutiva*”, em entrevista divulgada pelo UOL⁹⁰⁸, para além do estudo de grupos vulneráveis, destaca a sociabilidade⁹⁰⁹. Marcelo Freixo, Deputado Estadual do RJ, aponta o sentido da ação governamental para a inteligência⁹¹⁰.

Propõe-se interpretação do art. 4º, II da CF, prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, para diálogo em foros da UNASUL e Parlamento do Mercosul, com invocação do art. 173 da CF, para exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional e a relevante interesse coletivo definido em lei, com aplicação no que couber da Lei n. 9.782/99, Sistema Nacional de Vigilância

⁹⁰⁸ Disponível em: <http://jornaldedebates.uol.com.br/blog/jd/assista-entrevista-philippe-bourgeois-record>, Acesso em: 27/12/2010.

⁹⁰⁹ Para sociabilidade, socorre-se de Miguel Reale: “*A sociabilidade é tendência natural do homem, mas a sociedade é permanentemente ‘construída’, algo que uma geração recebe e transmite a outra, quando mais não seja pelo fato fundamental da linguagem, sendo umas gerações mais felizes por poderem transferir proporcionalmente mais do que receberam. Quando a criança aprende palavras no seio da família, recebe, através das palavras, uma compreensão do social, uma maneira de ser e de comportar-se. É certo, pois, que toda conduta é um fato social e histórico, porque envolve sempre, ou um enlace concreto do homem com outros homens, ou uma posição do homem com referência a outros homens e a seus bens, em uma trama de interesses e de fins que se desenrola no tempo. Todo agir humano, repetimos, é um agir no meio social e, como a sociedade mesma, a conduta é uma expressão da cultura. A conduta como tal é um bem da cultura. Dizer, porém, que toda cultura humana é conduta social, e expressão do mundo da cultura, é suscitar uma série de problemas, porquanto nem sempre o homem age segundo as mesmas categorias, as mesmas direções, ou iguais razões de enlace*” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo: 1998, Pág. 387

⁹¹⁰ FREIXO, Marcelo. *Violência é caso para inteligência*. Disponível em: http://www.marcelofreixo.com.br/site/noticias_do.php?codigo=114, Acesso em: 27/12/2010. Veja também: BRITO, Valteir Marcos de. *O papel da inteligência no combate ao crime organizado transnacional*. Convênio UFRJ, Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro: 2007, disponível em: <http://bd.camara.gov.br>, Acesso em: 27/12/2010.

Sanitária⁹¹¹, o que não exclui o debate da regulamentação do sistema financeiro internacional⁹¹².

Márcia da Silva Pereira Leite indica duas possibilidades para o Rio de Janeiro: a apartação ou a incorporação⁹¹³ (LEITE, 1995, pág.15). Deve-se compreender o processo de criminalização da juventude pobre⁹¹⁴ (BATISTA, 1996) e discutir o projeto de Estatuto da Juventude⁹¹⁵ (BARRIENTOS-PARRA, 2005).

A delinqüência tem origem, na perspectiva de Viktor Frankl, antropológico-filosófica, na “*falta de liberdade do espírito*”; na perspectiva de Alfred Adler, psicanalítica, na “*falta de espírito de comunidade*”, com base em três problemas fundamentais do delinqüente: “*sua atitude frente ao próximo ou seja*

⁹¹¹ Para a conjugação da descriminalização com a regulamentação, veja também: SCABIN, Cláudia Silva. *Uso de Drogas: uma análise sob a perspectiva da redução de danos*, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1 número 20 jan./07 a jun./07, Brasília

⁹¹² Sobre a militarização e o risco para as democracias latino-americanas, veja também: JUNIOR, João Marcelo de Araújo. *A problemática das drogas na América Latina. Primeiras conclusões do projeto alternativo do Rio de Janeiro*. Fasc. de Ciências Penais, v. 3, n. 2, p. 122-135, abr./mai./jun., Porto Alegre: 1990.

⁹¹³ “(...) duas possibilidades estão colocadas para a cidade: apartação ou incorporação. A primeira, clara para os criminosos e ambígua em relação aos subalternos, sugere que para todos aqueles figurados como disruptivos em relação à ordem social e, particularmente, à reconstrução da Cidade do Rio de Janeiro, parece não existir qualquer horizonte legítimo quanto à cidadania, segurança ou direitos humanos. A segunda alternativa, a incorporação (presente nas estratégias de instauração da cidade legal nos morros), vem sendo posta de forma extremamente restrita. Articulada à estratégia de ‘levar a lei aos favelados’, vem se traduzindo basicamente em proporcionar aos excluídos primeiro os direitos civis e, depois, os direitos sociais. O problema está na identificação, acima apontada, de direitos civis apenas com liberdade, propriedade e segurança e em uma redução dos direitos sociais à implantação dos Centros Comunitários de Defesa da Cidadania” LEITE, Márcia da Silva Pereira. *Imagens, Escolhas e Dilemas de uma cidade em pé de guerra*. Proposta n. 66, setembro de 1995, Rio de Janeiro. Veja também: CALDEIRA, Teresa P. do Rio. *Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo*, Editora 34, Edusp, São Paulo: 2000.

⁹¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. *Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro*. Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade, Cortesia, Rio de Janeiro: 1996.

⁹¹⁵ BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *O Estatuto da Juventude: Aspectos Jurídicos e Políticos*. Revista de Direito Privado n. 22, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

*frente ao social, sua atitude frente ao seu meio de vida ou seja seu trabalho e profissão, e sua atitude frente ao amor*⁹¹⁶ (LERNER, pág. 211).

Há queixas de um hedonismo manchado de sangue. O hedonismo pode ser tido como falseamento da realidade ou convicção filosófica, o que é um direito constitucional. Há quem, na filosofia do Direito, e também no direito penal, coloque tudo em termos de angústia⁹¹⁷.

Em palestra seguida de debate, Miguel Reale, sobre autodefesa da democracia, inclusive o art. 142, C.F, refere a educação e o sistema partidário: *“A consciência da democracia é uma consciência de cidadania. (...) O resultado é a dança das legendas. Não há nenhuma fidelidade. Como é que pode merecer confiança do povo e iluminar a consciência política de uma nação um deputado que sai do partido sem motivo nenhum, somente segundo suas conveniências? (...) a cidadania não é uma abstração, é uma relação de poderes”* (REALE, 1991, pág. 22). *“(...) A autodefesa da democracia tem que ir às raízes da problemática política e não ficar apenas discutindo o estado de defesa e o estado de sítio, um preventivo e outro repressivo, quando é preciso*

⁹¹⁶ LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

⁹¹⁷ *“Afiml, somos uma ilusão de ser, pois apenas estamos, existimos, não somos realmente, já que ser é ser para sempre. Se somos, somos nada. É esse nada, esse vazio interior, que nos horroriza, por mais que o evitemos, quando com ele deparamos, ao pensarmos com radicalidade nossa existência, e verificamos o que somos: não-ser, mera existência. Tudo o que se faz, pelo simples motivo de em assim agindo ter-se prazer – desde as coisas tidas como mais simples, desde comer e fazer amor, conversar e fazer amigos, até as mais sofisticadas, como a arte a ciência, passando por aquelas em geral condenáveis moralmente, como a busca de glória, do poder, de dinheiro, ou, ainda mais, drogar-se, cometer crimes – não passam de tentativas vãs de ocultarmos de nós mesmos nossa falta de ser, preencher ou ornamentar o vazio fundamental que somos nós: negar isso, eis a origem do mal radical, o que humanos impingem voluntariamente a outros, destrutando-o como tais.”* FILHO, Willis Santiago Guerra. Sobrevivendo aos sobreviventes. Revista Cultural da Apropuc-sp n. 9, 1º Semestre de 2009, Violência de Estado, relatos e testemunhos, Pág. 65. Este artigo trata da importância do testemunho de sermos humanos e singulares.

descer às causas geradoras. (...) Os nossos partidos políticos são apenas cédulas de passaporte eleitoral” (REALE, 1991, págs. 27 e 28). “Porque em um país onde os partidos não existem, a não ser como legendas, alguém ocupa seu lugar. Em política a lei fundamental é esta: o vazio, o vácuo é sempre ocupado. De maneira que a autodefesa da democracia está nisto. E digo para terminar: não deixemos vazios e vazios sociais, porque eles serão ocupados pelo arbítrio em não pelo poder⁹¹⁸” (REALE, 1991, pág. 32). Indica-se crise do Estado Nacional⁹¹⁹ (ABRUCIO & MATTAR, 2000) e “morte do contrato social e ascensão do fascismo social⁹²⁰” (SANTOS, 2003, pág. 12). O direito estatal desorganiza-se, coexistindo com o direito não-oficial dos múltiplos legisladores não-estatais de fato⁹²¹ (SANTOS, 2003, pág. 13).

Boaventura Souza Santos cunha o termo “*turbulência das escalas*” para a “*estranheza, desfamiliarização, surpresa, perplexidade, e invisibilidade*”. (...) “Quando um menino de rua vai à procura de abrigo para passar a noite e, em conseqüência disso, é morto por um polícia, ou quando alguém que é abordado na rua por um pedinte recusa dar-lhe esmola e conseqüência disso é morto pelo pedinte, o que aí temos é uma explosão imprevista da escala do conflito⁹²² (...)” (SANTOS, 2003, pág. 15).

Aponta para a “*emergência do fascismo social*”, com a classificação de: “*fascismo do apartheid social*”; “*fascismo contratual*”; “*fascismo territorial*”;

⁹¹⁸ REALE, Miguel. *Vazio Político*. Encarte de Problemas Brasileiros n. 287, set./out. 1991.

⁹¹⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz & MATTAR, Reginaldo Nasser. *Para além da crise do Estado Nacional*. Jornal da Tarde. 8 de abril de 2000, pág. 3.

⁹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais n. 65, maio, Coimbra: 2003.

⁹²¹ SANTOS, Op. Cit. pág. 13.

⁹²² SANTOS, Op. Cit. Pág. 15

“fascismo da insegurança”; e “fascismo financeiro”⁹²³ (SANTOS, 2003, pág. 20-27).

*“(...) a esmagadora maioria da população que sofre as conseqüências da intensa destruição e da intensa criação social está demasiado ocupada ou atarefada com adaptar-se, resistir ou simplesmente subsistir, para sequer ser capaz de perguntar, quanto mais de responder a questões complexas acerca do que fazem e porquê”*⁹²⁴ (SANTOS, 2003, pág. 3).

Há formas e meios de prevenir, diminuir riscos, abusos, usos nocivos, problemáticos e danos, substituir por alternativas saudáveis, menos nocivas, aditivas? A discussão em ciências humanas, além de reforçar os aspectos simbólicos, para além do constatável farmacologicamente, aponta para a importância do contexto de uso, da pauta de comportamento, do padrão de consumo e do controle social.

Em entrevista, Louk Hulsman afirmou:

“Primeiramente eu quero esclarecer que não considero as atividades da justiça criminal como uma resposta aos conflitos sociais, mas como uma fonte de conflitos. Os enormes conflitos gerados ao redor das drogas ilegais não têm nada a ver com as características supostamente especiais dessas substâncias ilegais, mas sim com sua criminalização. Quando você define drogas como “psicotrópicas”, a única diferença entre as legais e ilegais é que as legais (álcool, tabaco, etc.) já pertencem ao estilo de vida normal das nações

⁹²³ SANTOS, Op. Cit. Págs. 20-27

⁹²⁴ SANTOS, Op. Cit. Pág. 3

*colonizadoras no momento em que a regulamentação tornou-se uma força*⁹²⁵, (MARTEAU, 1995, pág. 128). De Louk Hulsman, saudoso criminólogo, pode-se destacar a preocupação em compreender o que nomina de “*situações-problema*”.

Há as questões do direito e do exercício de direito, campo de investigação de direito constitucional sobre limites a direitos fundamentais; de direito administrativo na conformação e limitação administrativas; e no Estado de Sítio, de Defesa, de Tensão, de Exceção, pela suspensão do exercício de determinados direitos em hora e local por Decreto. Resta indagar se a lei de drogas consiste em uma lei de exceção⁹²⁶, ou se o melhor diagnóstico é lei simbólica em nome da saúde com risco criado pela proibição: anomia, corrupção, torturas físicas e psíquicas, discriminação étnico-racial, infiel execução da lei, violação ao devido processo legal, direitos fundamentais da privacidade e do domicílio, superpopulação carcerária, crime de poder econômico com exploração da vulnerabilidade social, violências em contexto de crise do direito.

Entende-se por anomia quando as normas de comportamento não são mais efetivas e “*quando valores comuns se perdem na confusão dos interesses privados*” (MERTON apud ABRANCHES, 1994, pág. 138). Há falta de sentido,

⁹²⁵ MARTEAU, Juan Félix. Tradução de Helena Singer. *Entrevista. A morte das penas. Uma conversa com o abolicionista penal Louk Hulsman*. PLURAL Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia, USP, S. Paulo n. 2, pág. 118-131, 1. sem. 1995, pág. 128. Veja também: MARTEAU, Juan Félix. *A condição estratégica das normas*. IBCCrim, São Paulo: 1997.

⁹²⁶ A declaração de Magistrados Latinos menciona “*legislação de emergência*”. ACUÑA, Martin Vasquez & CUÑARRO, Mônica & TORRES, José Henrique Rodrigues & CASARA, Rubens Roberto & ALEGRE, Clara Penín & GUTIÉRREZ, Pablo Ruz & MARINI, Luigi & GHERSI, Renato Finocchi & CLUNY, António & COSTA, Eduardo Maia. *Declaração de Magistrados Latinos sobre políticas públicas em matéria de drogas e direitos humanos*. Porto, 3 de julho de 2009.

isolamento e sentimento de incapacidade com estranhamento diante do espetáculo (SEEMAN apud ABRANCHES, 1994, pág. 137). A industrialização (DURKHEIM apud ABRANCHES, 1994, pág. 134) e a urbanização provocam anomia.

Sérgio Abranches afirma a violência urbana ser mais ampla do que a criminalidade, abarcando “os arrastões, saques, brigas de turmas, carecas do subúrbio”. Refuta o conceito de banditismo social de Hobsbawn. Veicula “formas anômicas de violência” dos “clãs do banditismo urbano” (ABRANCHES, 1994, págs. 124 e 125), afirmando haver manipulação das carências sociais no populismo demagógico, no clientelismo político e no que nomina de “clientelismo bandoleiro” (ABRANCHES, 1994, pág. 126). Questiona, sobretudo o “silêncio intimidado” (ABRANCHES, 1994, pág. 143) e o “mandonismo bandoleiro⁹²⁷” (ABRANCHES, 1994, pág. 126), nas favelas. A ciência política brasileira vale-se da economia neoclássica para pensar em “incentivos” e “desincentivos” ao crime e à violência⁹²⁸.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, certa feita, apontou para a disfunção: a falta de visão de segurança coletiva; a desigualdade de oportunidades; a carência de incentivos às iniciativas econômicas e sociais; o exercício anti-social dos direitos individuais; o abuso do poder econômico; a falta de

⁹²⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *A alienação da autoridade: notas sobre a violência urbana e criminalidade. Violência, Banditismo e Mandonismo*. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Coord.) Governabilidade, sistema político e violência urbana. José Olympo, Rio de Janeiro: 1994. Veja também: BRUSEKE, Franz Josef. *A lógica da decadência. Destrução Sócio-Econômica, o Problema da Anomia e o Desenvolvimento Sustentável*. Apresentação de Octavio Ianni. Cejup, Belém: 1996.

⁹²⁸ Veja também Leandro Piquet Carneiro, pesquisador da Usp.

solidariedade e a debilidade de setores econômicos específicos⁹²⁹ (NETO, 1987).

A distinção entre Estado Excepcional e Ditadura Constitucional vem apresentada por Nagib Slaibi Filho⁹³⁰ (VILLALON, pág. 31 apud SLAIBI FILHO, 1989, pág. 333), com enfoque para a salvaguarda constitucional do regime democrático e não para a suspensão de exercício de direitos, podendo ser tomadas somente as medidas do art. 139, C.F., o que, na prática, já ocorre no Brasil, independentemente de Decreto de Estado de Sítio, art. 138, C.F.

Há as definições de ditadura comissária para restauração da Constituição vigente, como exercício do poder constituído⁹³¹ e de ditadura soberana, como exercício do poder constituinte⁹³² (SCHMITT apud AGAMBEN, 2004 apud SANTIN, 2005, pág. 183).

A revolução como fonte de direito está em Ignacio Gonzalez Rubio (DEL VECCHIO, pág 61 apud GONZALEZ RUBIO, 1952, Cap. IV apud CRACOGNA, 1986, pág. 57), remanescendo a pergunta se a revolução está fora ou dentro do direito (CRACOGNA, 1986, Pág.60). Caracteriza-se a revolução pela

⁹²⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social nas Constituições dos Estados Democráticos*. 1987

⁹³⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. *Estado de Defesa e Estado de Sítio*. Revista Forense vol. 306, abril-maio-junho, FORENSE, Rio de Janeiro: 1989, pág. 31.

⁹³¹ Remanesce como sugestão de pesquisa o estudo da teoria da necessidade como fato e como direito e a teoria da urgência, sobre a variada utilização do conceito, no processo legislativo.

⁹³² SANTIN, Giovane. *O Estado de Exceção em Giorgio Agamben*. Revista de Estudos Criminais, ano V, jul./set. nº 19, Notadez, Porto Alegre: 2005.

contestação e substituição da ordem vigente⁹³³ (ANDRE-VICENT apud CRACOGNA, 1986, pág. 62).

Na França distingue-se o Estado de Exceção fictício do Estado de Exceção real⁹³⁴ (AGAMBEN, 2007, pág. 13 apud MASSAÚ, 2008). O Estado de Exceção, segundo Giovane Santin, perdura no Brasil desde a edição da Lei de Crimes Hediondos. O Estado de Exceção caracteriza-se pela extensão dos poderes de autoridade militar em tempo de guerra às autoridades civis e pela suspensão da eficácia da lei⁹³⁵ (AGAMBEN, págs. 15-17, 48-49 apud SANTIN, 2005, pág. 179). A lei permanece vigente sem vigor. Não há propriamente criação ou manutenção do direito. Há suspensão do direito no conceito de Estado de Exceção⁹³⁶ (SCHMITT apud AGAMBEN, 2004 apud SANTIN, 2005, pág. 185). O que está em jogo na anomia é a força da guerra. Para Agamben o Estado de Exceção consubstancia-se em vazio de direito⁹³⁷ (AGAMBEN, 2004, pág. 56/57 apud SANTIN, 2005, pág. 184).

Havia em Roma a declaração pelo Senado de inimigo público. O *hostis iudicatus* podia ser destituído de seus bens e condenado à morte⁹³⁸ (AGAMBEN, 2004 apud SANTIN, 2005, págs. 122-123).

⁹³³ CRACOGNA, Dante. *Acerca del concepto jurídico de revolucion*. Estudios de Derecho, Vol. XLV, ns. 109-110, Universidad de Antioquia, Medellín: 1986, Págs. 55-72

⁹³⁴ MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Resenha de AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poletti. 2 ed. Boitempo, São Paulo: 2007*, Revista Discursos Jurídicos Campo Mourão, v. 4 n. 2, p. 221-224, ago./dez. 2008

⁹³⁵ SANTIN, 2005, Op. Cit. pág. 179

⁹³⁶ SANTIN, 2005, Op. Cit. pág. 185

⁹³⁷ SANTIN, 2005, Op. Cit. pág. 184

⁹³⁸ SANTIN, 2005, Op. Cit. págs. 122-123

Na filosofia do Direito, escreve-se “*guerra civil global*”⁹³⁹ (AGAMBEN, 2004 apud GUERRA FILHO, 2009). Alessandro Visacro escreve “*guerra irregular*”⁹⁴⁰ (VISACRO, 2009).

A noção de guerra como duelo entre iguais com regras limitativas cede a formas de combate como o ataque de surpresa, a emboscada, a pilhagem e o massacre total, com conquista, subjugação e dominação⁹⁴¹ (HUIZINGA, 2004, pág. 102).

Na Colômbia, houve reposicionamento das forças em conflito, durante a política de paz do Presidente Belisario Betancur - a operação Urabá de 1984, e enfrentamento interguerrilheiro, durante a política de guerra do Presidente César Turbay Ayala. FARC (*Fuerzas Armadas Revolucionárias de Colombia* e EPL (*Ejército Popular de Liberación*) deitam raízes em Urabá. EPL entregou as armas em 1991.

⁹³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Algo sobre o Estado de Exceção em que vivemos*. Avulso distribuído em sala de aula, Puc SP, 2009, pág. 1.

⁹⁴⁰ VISACRO, Alessandro. *Guerra Irregular. Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. Contexto, São Paulo: 2009. Veja também: ARBEX JR., José. *Narcotráfico. Um jogo de poder nas américas*. Moderna, São Paulo.

⁹⁴¹ HUIZINGA, 2004, Op. Cit. pág. 102 Fernando Pinto refere a teoria da guerra mais curta e o direito consuetudinário da guerra, ressaltando a Lei n. 2.889 de 01/10/1956 a definir e punir o genocídio. PINTO, Fernando. *A presença do Costume e sua força normativa*. Liber Juris, Rio de Janeiro: 1982, págs. 82-83

Relata-se ascensão eleitoral da União Patriótica e generalização do paramilitarismo com política de extermínio, entre 1987 e 1988, em Urabá. A conquista de território realizou-se com extermínio da população civil, principalmente camponeses, por meio de massacres, assassinatos seletivos, desaparecimentos, deslocamento forçado e torturas⁹⁴² (SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 38). Há necessidade de aplicação do Protocolo II da Convenção de Genebra. Houve iniciativas locais de paz, como a proposta de trabalhadores e empresários do setor bananeiro, porém fora de estratégia nacional de paz⁹⁴³ (GARCÍA, 1997, págs. 138-149).

Surgem, em 1994, as *Cooperativas Rurales de Seguridad* (Convivir), em Antioquia, por meio do Decreto 356 de 1994. É o fenômeno da segurança privada⁹⁴⁴. *“Esta estratégia privada de segurança leva várias décadas de aplicação em Antioquia. As tem praticado as guerrilhas em zonas de influência; as milícias e mais recentemente as bandas juvenis no bairros de Medellín; os paramilitares e até os narcotraficantes”*⁹⁴⁵ (HINCAPIÉ, 1997, pág. 128). O cenário de violência complexificou-se: paramilitares, grupos de justiça privada, milícias, bandos jovens, delinqüência organizada, exércitos do narcotráfico e forças de segurança do Estado, havendo migração entre estes⁹⁴⁶ (HINCAPIÉ, 1997, págs. 132 e 133). Na Guatemala, foram criadas pelo Exército as

⁹⁴² SCHLENKER, Juana & ITURRALDE, Manuel A. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: Humanización del conflicto o estrategia de guerra?* Análisis Político n. 56, enero-marzo, Bogotá: 2006.

⁹⁴³ GARCÍA, Clara Inés. *Urabá: políticas de paz y dinámicas de guerra.* Estudios Políticos n. 10 enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997, Págs. 138-149.

⁹⁴⁴ Para estudo no Brasil, veja também: CUBAS, Viviane de Oliveira. *Segurança Privada. A expansão dos serviços de proteção e vigilância em São Paulo.* Fapesp, Humanitas, São Paulo: 2005.

⁹⁴⁵ HINCAPIÉ, María Teresa Uribe de. *Antioquia: entre la guerra y la paz.* Estudios Políticos n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997, pág. 128

⁹⁴⁶ HINCAPIÉ, Op. Cit. Págs. 132 e 133

Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) no final de 1981⁹⁴⁷ (OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA, 1998, pág.169). Há o chamado processo de militarização⁹⁴⁸ (BRZOKA, 1994 apud KURTENBACH, 1999, pág.199).

Desde 1994 predominou, na Colômbia, a política de guerra à guerrilha com práticas mercenárias em contexto de alianças transitórias, com povoamento e despovoamento de territórios – instituições da vida local e municípios. “*Los frecuentes crímenes contra alcaldes⁹⁴⁹, personeros, concejalos⁹⁵⁰ o líderes sindicales o comunales se enmarcan en esta disputa por lo local⁹⁵¹*” (HINCAPIÉ, 1997, pág. 136). Qualquer ação política é percebida como ação de guerra. A população deslocada, os refugiados, na Colômbia, estima-se em 1 milhão de pessoas, como em Ruanda⁹⁵² (HINCAPIÉ, 1997, págs. 132-137).

Na Colômbia, existe a figura do extraditável. Houve tentativas de paz negociada em maio de 1984, setembro de 1988, janeiro de 1990 e novembro

⁹⁴⁷ Oficina de Direitos Humanos Del Arobispado de Guatemala, Informe Proyecto interdiocesano de recuperación de la memoria histórica, *Guatemala nunca más*, Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa S.L., Donostia: 1998. Relata-se na Guatemala, comunidades de resistência, uma vez impedidos de fugir, pág. 101.

⁹⁴⁸ KURTENBACH, Sabine. *La sociedad civil y la regulación civil de conflictos: el aporte de la sociedad civil a la terminación de conflictos armados*. In: HENGSTENBERG, Peter & KOHUT, Karl & MAIHOLD, Gunter (editores). *Sociedad civil en América Latina: representación de intereses y gobernabilidad*. Asociación Alemana de Investigación sobre America Latina – ADLAF, Friedrich Ebert Stiftung – FES, Editorial Nueva Sociedad, Caracas: 1999

⁹⁴⁹ Máxima autoridad no município. *Vox. Diccionario para la enseñanza de la lengua española*, Biblograf, Universidad de Alcalá de Henares: 1995.

⁹⁵⁰ Grupo que governa o município. *Vox. Diccionario para la enseñanza de la lengua española*, Biblograf, Universidad de Alcalá de Henares: 1995.

⁹⁵¹ HINCAPIÉ, Op. Cit. Pág. 136

⁹⁵² HINCAPIÉ, Op. Cit. Págs. 132-137

de 1990. Propôs-se em maio de 1984, ao Presidente Belisario Betancourt, a eliminação do tráfico de drogas no país e repatriação de divisas com a possibilidade de reintegração à sociedade colombiana e direito de apelar na Corte Suprema Colombiana contra as extradições. Houve reação negativa no Senado colombiano⁹⁵³ (LEE, 1992, págs. 43-65).

Em setembro de 1988, foi redigida proposta ao Presidente Virgilio Barco para abandono do negócio e entrega de bens: laboratórios, aviões e pistas de aterrissagem, em troca de reforma no tratado de extradição para os E.U.A e anistia. Depois do assassinato do candidato presidencial do partido liberal, Luis Carlos Galán em agosto de 1989, houve ofensiva do governo. Após a ofensiva, houve realocação de refinarias no Equador, Peru e Brasil, o que favoreceu o Cartel de Cali (LEE, 1992, págs. 43-65).

Com a desarticulação da estrutura militar de Pablo Escobar, houve recomposição dos bandos armados. O surgimento de milícias em Medellín resulta da *Coordinadora Nacional Guerrillera (CNG)* e da iniciativa de ex-guerrilheiros e de moradores. Pode ser referida a *Cooperativa de vigilancia, Coosercom*. Há deterioração dos laços de sociabilidade e a extorsão, o pagamento de “*vacinas*”, *vacunas*. A polícia é vista como amiga ou inimiga,

⁹⁵³ LEE, Rensselaer W.. *Aprovechamiento Máximo de las negociaciones sobre drogas en Colombia*. Revista Occidental, Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas, Tijuana: 1992.

conforme a aliança estabelecida com bandos, milícias, paramilitares ou esquadrões da morte⁹⁵⁴ (JARAMILLO, 1997, págs. 150-159).

Com a eleição de César Gaviria Trujillo, em agosto de 1990, buscou-se a confissão de crimes mediante concessões legais de períodos reduzidos em um terço de prisão e garantias contra a extradição para os E.U.A. com identificação de bens e finanças, com possibilidade de redução em uma sexta parte, em caso de delação, Decreto n. 2047 de 5 de setembro de 1990⁹⁵⁵ (LEE, 1992, págs. 43-65).

Exigiu-se, em contraparte, a eliminação do requisito da delação e centro de detenção especial para proteção de vinganças, com presença estatal e entidade internacional de direitos humanos. Houve edição do Decreto n. 3030 em 17 de dezembro de 1990 (LEE, 1992, págs. 43-65).

O governo colombiano buscou negociações com os líderes do Cartel de Medellín, havendo redução do narcoterrorismo e entrega de líderes para as autoridades colombianas, em dezembro de 1990 e janeiro de 1991 (LEE, 1992, págs. 43-65).

⁹⁵⁴ JARAMILLO, Ana María. *Consideraciones sobre el conflicto armado en el Medellín de los años noventa*. Estudios Políticos n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997, Págs. 150-159

⁹⁵⁵ LEE, 1992, Op. Cit.

Nos E.U.A, em 1982, permitiu-se ao exército americano participar do combate à produção e comercialização de drogas ilícitas, incorporando-se à Doutrina de Segurança Nacional, em 1986, no governo Reagan, bem como, em 1989, no governo Bush. Durante os governos de Bill Clinton (1993-2001) e Andrés Pastrana (1998-2002), surge o Plano Colômbia. O Departamento de Estado sustentou a eliminação ao invés da contenção⁹⁵⁶ (RICHANI, 2003 apud VALENCIA, 2005, pág. 82). O montante financeiro inicial foi destinado à compra de serviços e equipamentos militares da Bell Textron, Lockheed Martin, Military Professional Resources e United Technologies, considerando as atividades petrolíferas na região, OXY, Texaco, Harken, Chevron, BP-Amoco, Reliant, Eron, Global e Halliburton⁹⁵⁷ (SANTOS, 2010, págs. 72-74).

“Esse negócio ilegal que nos seus melhores momentos alcançou um valor maior do que o resto das exportações colombianas tem razão de atrair tantos ‘empresários’ e de gerar uma trama de proteções e inúmeras resistências⁹⁵⁸” (VALENCIA, 2005, pág. 86).

Entre 1998 e 2001, o governo do Presidente Andrés Pastrana buscou negociar com as FARC, mediante cessão de território, exigindo-se referendo, participação política com igualdade de garantias, fim do bipartidarismo, reforma agrária, mudança da política econômica e fim do Plano Colômbia (OROZCO,

⁹⁵⁶ VALENCIA, León. *Drogas, conflito e os Estados Unidos. A Colômbia no princípio de século*. Diplomacia, Estratégia e Política janeiro/março, 2005.

⁹⁵⁷ SANTOS, Marcelo. *Passado e Presente nas relações Colômbia-Estados Unidos: a estratégia de internacionalização do conflito armado colombiano e as diretrizes da política externa norte-americana*. Revista Brasileira de Política Internacional, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Rio de Janeiro: 2010, págs. 67-88

⁹⁵⁸ VALENCIA, 2005, Op. Cit.

2004 apud SANTOS, 2010, pág. 74). Houve reagrupamento, treinamento e armamento.

Com Álvaro Uribe o governo desfecha ofensiva nos Departamentos de Cundinamarca e Antioquia. Rejeita a troca humanitária de seqüestrados por encarcerados. A partir de maio de 2004, a ofensiva estende-se aos Departamentos de Caquetá, Guaviare, Meta e Putumayo. O enfraquecimento das guerrilhas não significou alteração na produção e no fluxo das drogas aos E.U.A⁹⁵⁹ (PECENY & DURMAN, 2006 apud SANTOS, 2010, pág. 78).

As negociações com as Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) culminaram com o Acordo de Santa Fé de Ralito, em julho de 2003, estabelecendo-se imediato cessar fogo e entrega de armas até 2005, com garantias de incorporação à vida civil e à vida política, com atenuação e anistia dos crimes contra a humanidade, havendo recusa, firmando-se, em maio de 2004, zona de reabilitação em Tierralta, Córdoba. Aprova-se a Lei de Justiça e Paz em 2005, com aplicação de extradição para os E.U.A somente na falta de negociação, penas mais brandas e não obrigatoriedade de confissão⁹⁶⁰ (CAICEDO, 2006 apud SANTOS, 2010, pág. 78). O governo Uribe conseguiu desmobilizar 32.000 paramilitares até o final de 2006. Para as AUC os habitantes de região dominada por seus inimigos são considerados potenciais

⁹⁵⁹ SANTOS, 2010, Op. Cit. pág. 78

⁹⁶⁰ SANTOS, 2010, Op. Cit. pág. 78

combatentes⁹⁶¹ (SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 45). Na Colômbia, há a figura do desmobilizado (SANTOS, 2010, págs. 67-88).

Novas facções surgiram como as Águias Negras, em atividades como o narcotráfico, homicídios e extorsões nos Departamentos do Norte de Santander, Nariño, Córdoba, Valle, La Guajira e Bolivar. Na região de Nariño, a Organização Nueva Generación busca controlar o território e o narcotráfico. Prorrogou-se o Plano Colômbia até o ano de 2008⁹⁶² (SANTOS, 2010, págs. 67-88).

Estima-se 48% das receitas provirem do narcotráfico, 36% da extorsão, 8% do seqüestro e 6% do roubo de gado e roubo a banco, na FARC. Estima-se 60% das receitas provirem da extorsão, 28% do seqüestro, 6% do narcotráfico e 4% do roubo de gado, no ELN (Ejército de Libertación Nacional)⁹⁶³ (RANGEL, 2001, pág. 391 apud SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 37).

O discurso dos direitos humanos e do direito internacional humanitário converte-se em estratégia de guerra, para denúncia das ações do inimigo e justificação das próprias ações, por meio de construção de um inimigo cruel e desumano, buscando-se reconhecimento internacional. Há o chamado ciclo do terror:

⁹⁶¹ SCHLENKER, Juana & ITURRALDE, 2006, Op. Cit. pág. 45

⁹⁶² SANTOS, 2010, Op. Cit. págs 67-88

⁹⁶³ SCHLENKER, Juana & ITURRALDE, Manuel A. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: Humanización del conflicto o estrategia de guerra?* Análisis Político n. 56, enero-marzo, Bogotá: 2006, págs. 29-50.

“O elemento discursivo e simbólico no adestramento das tropas é, portanto, esquemático e polarizante, e permite que se crie uma idéia simples e estereotipada do inimigo a que se deve eliminar. Por essas razões não é de estranhar que os direitos humanos ocupem um lugar secundário e que sejam utilizados como uma arma a mais de guerra” (SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 47).

O perdão mútuo pode romper com o ciclo de vingança (OROZCO, 2000, pág. 89 apud SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 49) e a reconciliação por meio da aproximação das narrativas opostas pode desconstruir a imagem desumanizada do inimigo⁹⁶⁴ (CAMACHO, 2002 apud SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, pág. 49).

No Brasil, é corrente a expressão *“direitos humanos para seres humanos”⁹⁶⁵*. Na Colômbia, há valoração dos viciados como descartáveis, *desechables*⁹⁶⁶ (JARAMILLO, 1997, pág. 150). No Brasil, os usuários de crack são valorados como *“sujeira”*. O policial vê-se como *“lixeiro da sociedade”* (PAIXÃO, 1982 apud RATTON, 2002/2003, pág. 34).

⁹⁶⁴ SCHLENKER & ITURRALDE, 2006, Op. Cit. pág. 49

⁹⁶⁵ Conforme recente conversa com taxista.

⁹⁶⁶ JARAMILLO, 1997, Op. Cit. pág. 150

“O elemento relevante para a explicação da violência policial – militar ou civil – seria cultural. A cultura policial seria composta por experiências cotidianas que conformariam um tipo de conhecimento prático e pronto para ser usado de natureza predominantemente informal. A reprodução destes elementos culturais informais se daria na rotina policial em que os neófitos aprendem ‘praticamente’ com os veteranos, configurando uma formação policial informal rival da formação dos cursos oficiais das instituições policiais”. O sistema legal é visto como obstáculo ao combate eficiente à criminalidade⁹⁶⁷. (RATTON, 2002/2003, pág. 37).

No jornal de 16 de abril de 2008, do Estado de São Paulo, lê-se: *“ ‘A PM é o melhor remédio contra a dengue, não fica um mosquito em pé’, afirma comandante da PM no Rio”*, com uma foto do policial do Bope com a caveira na boina, apontando arma contra “suspeitos” no Complexo do Alemão.

De acordo com o art. 119 da Constituição Colombiana, o Presidente pode conceder perdões para crimes políticos, todavia, narcoterrorismo e tráfico de drogas consistem em crimes comuns⁹⁶⁸ (LEE, 1992, pág. 62). Houve iniciativa da cúpula militar, na Colômbia, para suprimir o crime político do Código Penal⁹⁶⁹ (HINCAPIÉ, 1997, pág. 127).

⁹⁶⁷ RATTON, José Luiz. *Notas introdutórias sobre violência policial no Brasil*. Revista Faculdade Direito de Olinda v. 6 n. 9/10, Olinda: 2002/2003, pág. 31-43.

⁹⁶⁸ LEE, 1992, Op. Cit. Pág. 62

⁹⁶⁹ HINCAPIÉ, 1997, Op. Cit. 127

Deve-se discutir solução regional própria⁹⁷⁰ (LEITE & CARPES, 2005, pág. 3). Na Colômbia, podem ser referidos a Lei de Justiça e Paz 975/2005, a Decisão da Corte Constitucional C-370-06⁹⁷¹, e os Decretos ns. 20475 de 1990, 3030 de 1990, 3391 de 2000, 4760 de 2005 e 4436 de 2006. Houve declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional Colombiana do Estatuto antiterrorista⁹⁷² (TURRIAGO, 2006, pág.241)

Indivíduos assumem a confrontação como meio de sobrevivência⁹⁷³. Pergunta-se, na Colômbia, se há possibilidade, em termos de custo e benefício, de saída negociada com mediação de terceiros, para o que se nomina de participação para transformação do entorno⁹⁷⁴ (RIAZA, 1997, pág. 121).

A sociedade civil consiste na maior vítima das guerras civis latinoamericanas, com destaque, porém, para a falta de possibilidade de participação política. O Estado de Exceção legaliza o autoritarismo político. As Igrejas Católica e Protestante tiveram papel de mediação na América Central,

⁹⁷⁰ LEITE, Iara Costa & CARPES, Mariana Montez. *As Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia: um problema regional*. Publicado no Jornal do Brasil, 27/03/2005, Observatório Político Sul-americano, OPSA, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, IUPERJ/UCAM.

⁹⁷¹ Disponível em: www.cnrr.org.co Acesso em: 12/03/2011.

⁹⁷² TURRIAGO, Jaime Caycedo. *Militarización y alternativa popular. Otra mirada sobre las luchas sociales en Colombia*. In: CECENÁ, Ana Esther. Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado. Clacso, Buenos Aires: 2006, págs. 223-244.

⁹⁷³ "O morro desceu para usar do delito como instrumento de sobrevivência. Até certo ponto, o crime é crime por ser crime, mas há também muito crime que é autodefesa do indivíduo enquanto ser vital". REALE, Miguel. *Vazio Político*. Problemas Brasileiros n. 287, set./out. 1991, Pág. 27

⁹⁷⁴ RIAZA, William Restrepo. *Conflicto armado y alternativas de paz*. Estudios Políticos n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997, Págs. 111-125.

em situações de empate militar ou empate estratégico, com organização de vítimas, grupos de direitos humanos e comitês de refugiados/deslocados (KURTENBACH, 1999, págs. 197-208).

Na Nicarágua, houve dois processos de paz com Comissões de Reconciliação Nacional, com cessar de fogo três vezes ao ano para vacinação das crianças nas zonas de conflito. Relatam-se Comissões de Reconciliação Nacional na Nicarágua, El Salvador e Guatemala, “*Acuerdo de Guatelama*”, 29 de dezembro de 1996, no México e na Colômbia, 1995. A Igreja pode contribuir com o início de diálogo e, à diferença de mediadores externos, como a ONU no “*Tratado de Chapultepec*”, 1992, em El Salvador, participam de discussões para o reajuste de forças políticas e recursos materiais, ressaltando-se a necessária participação da sociedade civil no pós Tratado de Paz⁹⁷⁵ (KURTENBACH, 1999, págs. 197-208).

Na Colômbia, houve desmobilização de guerrilheiros, M19, Esperanza, Paz y Libertad, PRT, CRS, Quintín Lame. A participação social encontra dificuldades. Há extermínio de ativistas políticos, sindicais, da Unión Patriótica e do Partido Comunista, como o Senador Manuel Cepeda, 1994. Com o referendo de 2003, na Colômbia, houve a Gran Coalición Democrática, com a Frente Social y Político, a Alternativa Democrática e o Pólo Democrático

⁹⁷⁵ KURTENBACH, Sabine. *La sociedad civil y la regulación civil de conflictos: el aporte de la sociedad civil a la terminación de conflictos armados*. In: HENGSTENBERG, Peter & KOHUT, Karl & MAIHOLD, Gunter (editores). *Sociedad civil en América Latina: representación de intereses y gobernabilidad*. Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina – ADLAF, Friedrich Ebert Stiftung – FES, Editorial Nueva Sociedad, Caracas: 1999

Independente, com greve em 2004, pela Unión Sindical Obrera. O plano de desmobilização de paramilitares culminou com o controle de territórios pelo Estado. O temor de pressão armada sobre eleitores persiste⁹⁷⁶ (TURRIAGO, 2006).

Com a descriminalização⁹⁷⁷ e com a efetiva implementação de penas alternativas, pode-se viabilizar, no Brasil, a desprisionalização em massa e implementação, via Decreto, de programa de entrega voluntária de armas.

Para inscrição na secretaria do trabalho do governo e programas sociais, afora o que prevêem o Decreto e Lei do Pronasci, deve-se discutir emenda constitucional ao art. 5º inc. XLIII, para concessão de anistia⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶TURRIAGO, 2006, Op cit. págs. 223-245.

⁹⁷⁷ Veja também: SILVA, Antonio Claudio Macedo da. *Descriminalização judicial*. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia v. 21, jan./dez., Salvador: 1995, págs. 19-26; CARVALHO, Luiz Carlos Schmidt de. *Descriminalização do uso de drogas, suspensão do processo judicial e recuperação de usuário de tóxicos. Questões para reflexão*. Justitia vol. 173, jan./mar. São Paulo: 1996, págs. 21-26; CARVALHO, Salo de. *A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da Constituição)*. Revista da Ajuris, ano XXXIII, n. 102, junho, Ajuris, Porto Alegre: 2006, Págs. 327-348; CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal*, Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 50, setembro-outubro, IBCCRIM, RT, São Paulo: 2004, págs. 237-279; REGHELIN, Elisangela Melo. *Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira*. Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 64, janeiro-fevereiro, IBCCRIM, RT, São Paulo: 2007, Págs. 57-77; SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal. Análise de Políticas Extrapenais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009; CARVALHO, Salo de. *Política criminal de drogas no Brasil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009; e ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus reflexos na Legislação Brasileira*, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004. Para a situação de legalidade dos psicofármacos, veja também: ROAZZI, Antônio. *Considerações sobre o significado ideológico das toxicomanias*, Arquivo Brasileiro de Psicologia, n. 4, v. 39, Instituto Superior de Pesquisas Psicossociais da FGV, Rio de Janeiro: 1987.

⁹⁷⁸ Pode ser referida a ação social da Ong Afroreggae: www.afroreggae.org.br

Este artigo da Constituição Federal, em estudo dos debates constituintes⁹⁷⁹, guarda relação com a preocupação com as integridades física e psíquica diante da tortura, ocorre que a proibição do comércio de drogas agrava justamente o que se criminaliza no mesmo artigo, tortura, aliciamento para o terrorismo e racismo pela subjugação cultural e econômica.

Há prática de racismo institucional por violação ao direito à segurança e o direito à igualdade aos serviços públicos, arts. 1 e 5 (b) da Convenção Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, vide Decretos

⁹⁷⁹ Conforme solicitação realizada ao CEDI, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, CORPI, Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação, foram localizadas 35 sugestões constituintes, o que sobreleva mencionar foi a aglutinação dos temas em sucessivas emendas, para inclusão de tipificações como o terrorismo na Constituição Federal. Havia anteprojetos do relator, de subcomissões, de comissões temáticas e de projetos de Constituição. Como sugestão de pesquisa remanesce a Emenda 2038 do “Centrão” aprovada na votação nº 15, em 1º turno, e votação nº 753, em 2º turno. Como abaixo transcrito, duas subcomissões podem ser referidas como iniciais do relatório de 11/11/2010 disponível em informa.cedi@camara.gov.br:

“O tema do inciso foi tratado na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, Ib, Art. 45, com a seguinte redação:

‘Art. 45 - A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.

§ 1º - Considera-se tortura qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informação ou confissão, para puni-la ou constrangê-la, ou a terceiros, com o consentimento ou tolerância de autoridade pública ou de outrem investido oficial ou oficiosamente de autoridade.

§ 2º - Tais crimes serão apurados e julgados por denúncia da própria vítima, de seus parentes ou representantes legais, ou por representação da sociedade civil junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

§ 3º - A vítima terá direito a justa e adequada indenização, inclusive aos meios necessários à sua plena reabilitação

§ 4º - Em caso de morte, os dependentes ou herdeiros da vítima terão direito à indenização do Poder Público, assegurada a este ação de regresso contra os seus prepostos torturadores.

§ 5º - Nos casos de tortura cometida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a estas incumbe a indenização.’

O tema do inciso também foi tratado na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Ic, Capítulo 1, Art. 1º, VII, com a seguinte redação:

‘Art. 1 - São direitos e garantias individuais:

VII - a integridade física e mental e a existência digna; a tortura e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insusceptíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei”

A pesquisa dos debates constituintes, em perspectiva originalista, pode ser enriquecida com o conceito de Constituição Simbólica de Marcelo Neves, o que remanesce como sugestão acadêmica.

Promulgadores, art. 5º, §2º, C.F. e Lei nº 12.288 de 2010, Estatuto da Igualdade Racial.

Pode-se alegar do presente escrito: “*grosseira instrumentalização ideológica da pesquisa sociojurídica e social em geral*⁹⁸⁰” (ARNAUD & DULCE, 2000) “*transfiguração conceitualizada*⁹⁸¹” (BOURDIEU & WACQUANT, 2002) das teorias de relações raciais estadounidenses.

Na teoria geral do processo, já se afirmou que a função do direito não é igualar vontades por uma lei geral de liberdade e sim harmonizar a satisfação das necessidades, e “*tudo aquilo apto a satisfazer uma necessidade, chamar-se-á bem*⁹⁸²” (GUERRA FILHO, 1986). E tipifica-se o fenômeno guerra como exercício de autotutela⁹⁸³. Pode-se apontar, desde a antropologia urbana⁹⁸⁴, o fenômeno dos justiceiros⁹⁸⁵, do linchamento⁹⁸⁶, do acerto (SP), do arrego (RJ),

⁹⁸⁰ ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Fariñas. Introdução à *Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000, pág. 123.

⁹⁸¹ WACQUANT, Loïc & BOURDIEU, Pierre. *Sobre as artimanhas da razão imperialista*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, n. 1, 2002, p. 20, Universidade Candido Mendes, MCT, CNPq, FINEP.

⁹⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Breves notas sobre os modos de solução de conflitos*. Revista de Processo, vol. 11, n. 42, abril-junho de 1986, Pág.272.

⁹⁸³ Willis Santiago Guerra Filho lecionou sobre a autocomposição em interesses disponíveis e a autotutela. “*Autotutela é emprego de força quer do indivíduo, quer do grupo a que se acha integrado (família, gens, horda), para fazer valer o seu interesse. (...) Autotutela caracteriza-se pelo fato de um dos sujeitos em conflito, ou mesmo os dois, em casos de duelos ou guerras, resolver ou tentar resolver o caso pendente mediante sua ação direta.*” GUERRA FILHO, 1986, Op. Cit. Pág. 274.

⁹⁸⁴ Apenas para referir o campo da disciplina, a exemplo de: OLIVEN, Ruben George. *A antropologia dos grupos urbanos*. Vozes, Petrópolis: 2007.

⁹⁸⁵ Vide FERREIRA, Maria Inês Caetano. *Violência na solidariedade. Um estudo sobre homicídios em bairros da periferia da capital paulista*, Associação Editorial Humanitas, São Paulo: 2006.

⁹⁸⁶ Vide BENEVIDES, Maria Victoria & FERREIRA, Rosa Maria Fischer. *Respostas populares e violência urbana: o caso de linchamento no Brasil (1979-1982)*, Comentário de Hélio Bicudo, págs. 227-247. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.) *Brasiliense*, São Paulo: 1983.

da crocodilagem⁹⁸⁷ (RG e SP), do tribunal de rua e do escolacho. Uma mediação para a “*reconstrução de vínculos esmagados*” está em Luis Alberto Warat⁹⁸⁸ (WARAT, 2010, pág. 18). Uma teoria do direito próxima de uma teoria da negociação está em Márcio Pugliesi⁹⁸⁹ (PUGLIESI, 2005).

Celso Antônio Bandeira de Mello sustentou a inconstitucionalidade do valor de salário mínimo insuficiente ao atendimento das necessidades vitais⁹⁹⁰ (MELLO, 2009). Deve-se remarcar o significado de direitos humanos como reunião dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Conclui-se por haver necessária complementaridade de todos os direitos: a liberdade política, como condição de seu exercício, depende da liberdade econômica, ao menos, da condição de subsistência para que a participação nos destinos da comunidade seja em igualdade de condições. Como referido no art. 7, inc. XI, C.F., a participação nos lucros e na gestão das empresas, constitui também direito⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ “faz acerto e mata na crocodilagem” SABOTAGE, *Rap é compromisso*.

⁹⁸⁸ WARAT, 2010, Op. Cit. pág. 18

⁹⁸⁹ PUGLIESI, Márcio. *Por uma teoria do direito. Aspectos Micro-sistêmicos*. RCS, São Paulo: 2005.

⁹⁹⁰ MELLO, 2009, Op. Cit.

⁹⁹¹ Reportagem de MENDES, Vannildo. Lula defendeu projeto que partilha lucro das empresas, diz Mangabeira. 29 de janeiro de 2010, Jornal o Estado de São Paulo: “(...) *Prevista na Constituição, a participação de empregados no lucro das empresas é disciplinada pela Lei nº 10.101, editada em 2000 pelo governo Fernando Henrique Cardoso. O texto remete os critérios da distribuição à livre negociação entre as partes e não fixa um percentual de partilha. O novo texto, na prática, anularia a lei vigente e tornaria a distribuição compulsória, fixando a cota de 5%. Desse montante, se aprovada a proposta, 2% serão transferidos de forma linear a todos os empregados. Os 3% restantes devem ser distribuídos conforme critério interno de gestão da empresa, em razão do mérito individual, produtividade e resultados.*” (MENDES, 2010). Veja também: FUENMAYOR, Ronald Chacín. *Aspectos políticos, jusfilosóficos y constitucionales de la cogestión obrera*. Gaceta Laboral v. 12 n. 3, Maracaibo: 2006. Disponível em: www.scielo.org.ve

3.6 Bibliografia III:

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *A alienação da autoridade: notas sobre a violência urbana e criminalidade. Violência, Banditismo e Mandonismo*. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Coord.) Governabilidade, sistema político e violência urbana. José Olympo, Rio de Janeiro: 1994;

ABRUCIO, Fernando Luiz & MATTAR, Reginaldo Nasser. *Para além da crise do Estado Nacional*. Jornal da Tarde. 8 de abril de 2000, pág. 3;

ACUÑA, Martín Vasquez & CUÑARRO, Mônica & TORRES, José Henrique Rodrigues & CASARA, Rubens Roberto & ALEGRE, Clara Penín & GUTIÉRREZ, Pablo Ruz & MARINI, Luigi & GHERSI, Renato Finocchi & CLUNY, António & COSTA, Eduardo Maia. *Declaração de Magistrados Latinos sobre políticas públicas em matéria de drogas e direitos humanos*. Porto, 3 de julho de 2009;

ADORNO, Sérgio. *Políticas Públicas de Segurança e Justiça Penal*. Segurança Pública, Cadernos Adenauer n. 4, Ano IX, Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro: 2008;

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Malheiros, São Paulo: 2008;

AGUIAR, Marcelo Souza. *O direito à felicidade como direito humano fundamental*. Revista de Direito Social v. 31, Notadez, São Paulo: 2006, págs. 113 e 114;

ALMEIDA, Alba Riva Brito. *Alienação e separação nas toxicomanias: o outro não existe*. Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo. In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.) Edufba, Cetad/UFBA, Salvador, 2004.

ALMEIDA, Guilherme Eidt Gonçalves de, *Fumo, servidão moderna e violação de direitos humanos*, Terra de Direitos, 2005, Curitiba;

ALIVERTI, Ana. *La protección de los niños en los conflictos armados bajo el derecho humanitário*, Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Lexis Nexis, Ablledo-Perrot, Buenos Aires: 2004;

AMUY, Liliane Maria Prado. *A lei anti-tóxicos (n 6.368/76): os critérios científicos utilizados em sua elaboração e a exclusão do álcool*. Mestrado em História da Ciência, PUC SP, 2005.

ANDRADE, Tarcísio Mattos. *Redução de danos: um novo paradigma?* Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo. In: TAVARES, Luiz Alberto (Coord.) Edufba, Cetad/UFBA, Salvador, 2004;

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Pensando a psicologia aplicada à Justiça*. In: GONÇALVES, Hebe Signorini & BRANDÃO, Eduardo Ponte. *Psicologia Jurídica no Brasil*. Nau, Rio de Janeiro: 2008, pág. 41

ARAÚJO, Alexandre Arnaut de. *Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei*. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2010;

ARNAUD, André-Jean & DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000;

ARICÓ, Carlos Roberto. *Estudos sobre Psicanálise: epistemologia e política*. Núcleo de Estudos em Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise, São Paulo: 1984.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômanos*./ Aristóteles; tradução de Mário da Gama Kury – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985, 4ª Edição, 2001;

BARCELLONA, Pietro. *Estado de Derecho, igualdad formal y poder econômico (Apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico)*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez n. 29, 1989;

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *O Estatuto da Juventude: Aspectos Jurídicos e Políticos*. Revista de Direito Privado n. 22, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005;

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. *Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro*. Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade, Cortesia, Rio de Janeiro: 1996;

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. História do Direito Brasileiro. Senado Federal, Brasília: 2003;

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. *O Estatuto da Juventude: Aspectos Jurídicos e Políticos*. Revista de Direito Privado n. 22, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005;

BEAMONTE, José Ramón de Verda y. *Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)*. Revista de Derecho Privado, octubre 1998, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, SA;

BENEVIDES, Maria Victoria & FERREIRA, Rosa Maria Fischer. *Respostas populares e violência urbana: o caso de linchamento no Brasil (1979-1982)*, Comentário de Hélio Bicudo, págs. 227-247. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.) *Brasiliense*, São Paulo: 1983;

BERGALLI, Roberto. *Controle Social: suas origens conceituais e usos instrumentais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 1, n. 3, julho-setembro, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1993;

BONAVIDES, Paulo. *O direito à paz como direito fundamental da quinta geração*. Interesse Público v. 8 n. 40, p. 15-22, 2006;

BOGHOSSIAN, Bruno & DANTAS, Pedro & FIGUEIREDO, Talita. “Bope confunde furadeira com arma e mata fiscal. Morador consertava toldo quando tomou tiro de fuzil; policial responderá por homicídio doloso”, Reportagem, Jornal o Estado de São Paulo, 20 de maio de 2010;

BRANDALISE, Vitor Hugo & MACHADO, Renato. *Promotoria quer regularizar flanelinha*. Jornal o Estado de São Paulo, dia 21 de julho de 2010;

BRITO, Myrza Tandaya Nylander. *Propriedade Intelectual do conhecimento tradicional. O desafio amazônico*. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.) Instituto O Direito por um Planeta Verde. Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais;

BILL, Mv. *Causa e Efeito*. In: Causa e Efeito, Chapa Preta, Thug Nine.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A impossibilidade de denúncia de tratados internacionais por ato privativo do Presidente da República (uma análise crítica dos argumentos dominantes sobre o assunto)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, n. 46, jan-mar, 2004, Editora Revista dos Tribunais, pág. 340;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Mendicância: revogação e repercussões no Direito penal e processo penal*. Carta Forense, fevereiro de 2010;

CAETANO, Flávio Crocce & FIGUEIREDO, Marcelo & GALINDO, Auria Belo. *Consulta à ACT – Aliança de Controle do Tabagismo*, 2007.

CAUDAS AULETE, 3^a Edição, Delta;

CANO, Ignácio. *A importância do micro desarmamento para prevenção da violência*. págs. 135 e 138 In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.) Insegurança pública. Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana, Instituto Braudel, Novaalexandria, São Paulo: 2002;

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. *Intoxicação por maconha. Traficante e Usuário*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100, p. 225-257, jan./dez. 2005;

CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela no Rio de Janeiro*. Realização Instituto Federal de São Paulo, Palestra na PUC-SP 12 de maio, 2010, Coordenação: Lourdes Carril e Reinaldo José de Oliveira;

Caderno Aliás. *Entrevista com Jurandir Freire Costa, Roberto de Aguiar e Leandro Piquet Carneiro*, Aliás, Jornal o Estado de São Paulo, 21 de maio de 2006;

CARBONARI, Paulo César. *Raízes da Violência*. Tempo e Presença n. 339, janeiro/fevereiro de 2005, Pág. 10;

CARBONELL, Miguel. *La guerra perdida*. Disponível em: [HTTP://www.metapolitica.com.mx](http://www.metapolitica.com.mx), acesso em 22/10/2010;

CARNEIRO, Henrique Soares. *A vingança do quilombo. A repressão à maconha começou por conta da associação de seu uso aos negros e às camadas pobres da população*. Revista Nossa História. Ano 3, n. 33, julho 2006, Pág. 22-24.

_____. *Bebida, Abstinência e Temperança na História Antiga e Moderna*, Senac, São Paulo:2010, pág. 36

CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro*. In: COUTINHO, Nelson de Miranda & JACINTO, António José Avelãs Nunes (orgs.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: 2004, pág. 474;

_____. *Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Revista Crítica Jurídica n. 25, jan. dez. 2006. Disponível em <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/index>, acesso em: 25/08/2010;

CAUDAS AULETE, 3ª Edição, Delta.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª Edição revista da tradução. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 1ª Edição, 1995, São Paulo, pág. 163;

CHAVES, Antônio. *Direitos de personalidade. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes) – esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo” – direito ao cadáver e às partes do mesmo*. Justitia vol. 98, 1977;

CIA, Michele. *Simbolismo Penal*. In: BORGES, Paulo César Côrrea (coord.) *O princípio da igualdade na perspectiva penal*. Temas Atuais. UNESP, São Paulo: 2007, Pág. 11-31;

Compêndio de Legislação Comparada – I Reunião Especializada de Autoridades de Aplicação em matéria de Drogas, Prevenção do Uso Indevido e Reabilitação, [http:// www.mercosur.org.uy/](http://www.mercosur.org.uy/)

Comissão Organizadora do Tribunal Popular. *A importância do Tribunal Popular, O Estado Brasileiro no Banco dos Réus*. Comissão Organizadora do

Tribunal Popular: o Estado Brasileiro no banco dos réus. Revista Puc Viva n. 33, out./dez. de 2008;

COLAÇO, Thais Luzia. *O Despertar da Antropologia Jurídica*. In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*, Conceito, São Paulo: 2011, Pág. 19;

COOPER, James M. *State of the Nation: therapeutic jurisprudence and the evolution of the right of self-determination in international law*. Behavioral Sciences and the Law, n. 17, 1999, John Wiley & Sons, Ltd. Pág. 608;

COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, 1992

COSTA JR., Paulo José da. *Bala Perdida (aberratio ictus, delicti, causae)*, DPJ, São Paulo: 2006;

COSTA, Priscyla. *Juiz proíbe entrada de novos presos em Centro de Detenção*. Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2008, disponível em www.conjur.com.br, acesso em 27/10/10;

CRACOGNA, Dante. *Acerca del concepto juridico de revolucion*. Estudios de Derecho, Vol. XLV, ns. 109-110, Universidad de Antioquia, Medellín: 1986, Págs. 55-72;

CRAVO, Teresa de Almeida. *O Conceito de segurança humana: indícios de uma mudança paradigmática?* In: NASSER, Reginaldo Mattar (org.). *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*, Unesp, São Paulo: 2009, pág. 70;

CRETELLA JR, Curso de Direito Romano, RT, São Paulo: 1970, Pág. 181;

CRUZ, Gilberto Luiz. *Dicionário de Plantas Úteis do Brasil*, Civilização Brasileira, DIFEL, Rio de Janeiro: 1982;

DA COSTA, Marli Marlene M. *Políticas Públicas e Violência Estrutural*. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (org.) *Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, RS: 2005;

DAMÁSIO, E. de Jesus. *Descriminalização*, Revista Informação Legislativa, a. 15 n. 59, jul./set. 1978, disponível em www.senado.gov.br, acesso em 26/10/10;

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Malheiros, São Paulo: 2009, pág. 235;

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Manole, Barueri: 2004;

Der Spiegel, 24/05/2010, *Berlin, na Alemanha, deve flexibilizar as leis de porte de maconha*:
<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2010/05/24/berlim-na-alemanha-deve-flexibilizar-as-leis-de-porte-da-maconha.htm>

DIAS, Laércio Fidelis. *Usos e abusos de bebidas alcoólicas segundos os povos indígenas do Uaçá*. In: Drogas e Cultura: novas perspectivas. LABATE, Beatriz Caiuby & GOULART, Sandra & FIORE, Maurício & MACRAE, Edward & CARNEIRO, Henrique (orgs). Edfba e Fapesp, Salvador: 2008;

Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira, Pág. 487.

DIMOULIS, Dimitri. *A constitucionalidade do tráfico de drogas*. Palestra na Puc SP, dia 21/09/2010, Semana Jurídica Universitária, www.seju.com.br;

FERRAJOLI, Luigi. *Criminalidad y Globalización*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, México: 2006, págs. 301-316;

FERREIRA, Oliveiros. *O Caminho da violência*. In: D'INCAO, Maria Angela (Org.). *O Brasil não é mais aquele... Mudanças Sociais após a redemocratização*, Ed. Cortez, págs. 131-145;

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle das políticas públicas pelo poder judiciário*, Caderno de Soluções Constitucionais, Coleção Soluções Constitucionais, Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, São Paulo, Malheiros: 2008;

_____. *O Controle da moralidade na Constituição*. Malheiros, São Paulo, 1999;

FOSTER, Jeffrey Clayton. *The Rocky Road to a "Drug Free Tennessee": A history of the early regulation of cocaine and the opiates, 1897-1913*. Journal of Social History, Volume 29 Number 3, p. 547, 1996;

FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, n. 31, Saraiva, São Paulo: 1979, Págs. 95 e 96;

FREIJEDO, Francisco J. Bastita & MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde & RODRÍGUEZ, Paloma Requejo & LINERA, Miguel Ángel Presno & CORRAL, Benito Aláez & SARASOLA, Ignacio Fernández. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en La Constitución Espanola de 1978*, Tecnos, Madrid: 2005, Pág. 149;

FREIXO, Marcelo. *Violência é caso para inteligência*. Disponível em: http://www.marcelofreixo.com.br/site/noticias_do.php?codigo=114, Acesso em: 27/12/2010;

GABEIRA, Fernando. *Complexo do Alemão, Serra Pelada*. Jornal o Estado de São Paulo, sexta-feira, 18 de fevereiro de 2011;

GALDOS, Julio Armaza. *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano. (Aproximación al estudio de la eximente del art. 15 del CP)* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 43, RT, São Paulo: 2003, Pág. 34;

GARCÍA, Clara Inés. *Urabá: políticas de paz y dinámicas de guerra*. Estudios Políticos n. 10 enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997, Págs. 138-149;

GARCIA, Rafael. "A erva volúvel. Para descobridor do princípio ativo da maconha, Raphael Mechoulam, a única coisa que impede os derivados da Cannabis de invadirem o mercado são os relações públicas da indústria farmacêutica" Folha de São Paulo, domingo, 17 de junho de 2007;

GAROTINHO, Anthony. *Uma Política de Segurança para o Rio de Janeiro*. Arché Interdisciplinar. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, Ano VII, n. 19, 1998, Pág. 148;

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Uma leitura antropológica do uso de drogas*. Fasc. de Ciências Penais, v. 3, n. 2, p. 59-64, Porto Alegre: 1990.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Paz e Terra, 1998

GOLTZMAN, Paula. *Impacto de las políticas de drogas en la situación sócio-sanitaria de los usuarios de drogas*, modulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos, <http://punto.latintraining.com/>;

GONÇALVES & LAPA (Coord). *Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008, 330p;

GOMES, Geder. *Política Penitenciária e Penas Alternativas*. In: PIETÁ, Elói (coord.) Justiça e Segurança vol. 3, O Brasil em Transformação 2003-2010, Fundação Perseu Abramo, Friedrich Ebert Stiftung, São Paulo: 2010;

GOMES, Geraldo. *Drogas – breves anotações, narcóticos, anestésicos, alucinógenos, hipnóticos, sedativos e excitativos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, n. 19, julho-setembro, 1997, Ed. Revista dos Tribunais;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. RCS, São Paulo: 2005, pág. 41;

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*, Saraiva, São Paulo: 2001, pág. 24;

_____. *Sobrevivendo aos sobreviventes*. Revista Cultural da Apropuc-sp n. 9, 1º Semestre de 2009, Violência de Estado, relatos e testemunhos, Pág. 65;

_____. *Algo sobre o Estado de Exceção em que vivemos*. Avulso distribuído em sala de aula, Puc SP, 2009, pág. 1;

_____. *Breves notas sobre os modos de solução de conflitos*. Revista de Processo, vol. 11, n. 42, abril-junho de 1986, Pág.272;

_____. *Fundamentos de epistemologia jurídica dos direitos humanos (na Constituição Federal Brasileira de 1998, por ocasião de seus 20 anos)*. Puc Viva, ano 9, n. 33, out./dez. 2008, disponível em www.apropucsp.org.br;

_____. *Apontamentos para uma teoria possibilista do Direito (como Teoria Filosófica Fundamental de Base Fenomenológica)* In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira & MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUSKOW, Miguel. *Fumo Florido: uma questão de preferência nacional*. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 50, n.189, Brasília, janeiro/junho de 1998;

GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo: 2005;

HERMAN, André, MENGARDO, Bárbara, LARSEN, Felipe, SOUZA, Hamilton Octavio de, DELMANTO, Julio, RODRIGUES, Lúcia, AMORIN, Luka, SALLES, Marcelo, SIBORDI, Marcos, NAGOYA, Otávio, POMPEU, Renato e MERLINO, Tatiana. *A periferia pode explodir a qualquer momento*. Entrevista com Ferrez. Ódio da favela vai explodir. Caros Amigos, outubro n. 151, Casa Amarela, São Paulo: 2009;

HIDALGO, E. 2001. *El consumidor de Drogas Ante la Ley: la reducción de riesgos respecto al ámbito legal del uso de drogas*. Disponível em: <http://www.energycontrol.org/sabermas/sabermasFs.php>;

HINCAPIÉ, María Teresa Uribe de. *Antioquia: entre la guerra y la paz*. Estudios Políticos n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997;

HÖBENREICH, Evelyn. *Envenenamento e uso indevido de remédios no direito romano*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 98, 2003, (Janeiro-Dezembro), Págs. 34 e 35;

HUIBERT, Vermeulen. *Políticas sobre drogas: el “modelo holandés” y la posición latinoamericana* In: HOPENHAYN, Martín (Compilador). La grieta de las drogas: desintegración social y políticas públicas en America Latina, ONU, Comissão Econômica para América Latina e Caribe, Santiago de Chile, 1997;

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens. O jogo como elemento da cultura*. Perspectiva, São Paulo: 2004;

JARAMILLO, Ana María. *Consideraciones sobre el conflicto armado en el Medellín de los años noventa*. Estudios Políticos n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997;

JUNIOR, Emmanuel Nunes de Oliveira. *Política Pública e Estratégias de Controle de Ação Letal das Instituições Policiais em São Paulo*, Dissertação FFLCH, Usp, Novembro, 2003, pág. 46;

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Capítulo 13 “A validade do direito – direito de resistência – desobediência civil”, pág. 313, Fundação Calouste Gulbenkian;

KARAM, Maria Lúcia. *Para conter e superar a expansão do poder punitivo*. Veredas do Direito, vol. 3, n. 5, janeiro/junho de 2006, Escola Superior Som Helder Câmara, Belo Horizonte: 2006;

KELSEN, Hans. *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger*. Revista Crítica Jurídica nº 18, jun/2001.

_____. *Jurisprudência Normativa e Jurisprudência Sociológica*. In: NETO, A. L. Machado & NETO, Zahidé Machado. O Direito e a Vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Companhia Editora Nacional, Universidade de São Paulo, São Paulo: 1966, pág. 19.

KEMP, Kênia. *A relação saúde-doença*. In: GUERREIRO, Silas (org.) *Antropos e Psique. O outro e sua subjetividade*, Olho D’água, fevereiro, São Paulo: 2001;

KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais. Diálogo intercultural e democracia*. Ed. Paulus, São Paulo, 2009;

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Perspectivas filosóficas*. Livraria Duas Cidades, Secretaria de Estado da Cultura, 1983;

KURTENBACH, Sabine. *La sociedad civil y la regulación civil de conflictos: el aporte de la sociedad civil a la terminación de conflictos armados*. In: HENGSTENBERG, Peter & KOHUT, Karl & MAIHOLD, Gunter (editores). Sociedad civil en América Latina: representación de intereses y gobernabilidad. Asociación Alemana de Investigación sobre América Latina – ADLAF, Friedrich Ebert Stiftung – FES, Editorial Nueva Sociedad, Caracas: 1999;

LACROIX, Michel. *O culto da emoção*. José Olympio, Rio de Janeiro: 2001.

LAPLANTINE, François. *Antropologia da Doença*. Martins Fontes, São Paulo: 2004.

LAPLANTINE, François & RABEYRON, Paul-Louis. *Medicinas Paralelas*, Brasiliense, São Paulo: 1989, págs. 63 e 64

LECOMTE, Jocelin & MERCIER, Céline. *The WHO Atlas on global resources for persons with intellectual disabilities: a right to health perspective*. Salud Pública de México vol. 50 suppl. 2 Cuernava, 2008. Disponível em www.scielosp.org, acesso em: 25/08/2010;

LEE, Rensselaer W.. *Aprovechamiento Máximo de las negociaciones sobre drogas en Colombia*. Revista Occidental, Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas, Tijuana: 1992;

LEITE, Márcia da Silva Pereira. *Imagens, Escolhas e Dilemas de uma cidade em pé de guerra*. Proposta n. 66, setembro de 1995, Rio de Janeiro;

LEITE, Iara Costa & CARPES, Mariana Montez. *As Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia: um problema regional*. Publicado no Jornal do Brasil, 27/03/2005, Observatório Político Sul-americano, OPISA, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, IUPERJ/UCAM;

LERNER, Bernardo. *Enciclopédia Jurídica*, Omeba, Tomo VI, Defe-Dere, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires;

LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*, Perspectivas do Homem, Edições 70, Lisboa: 2001;

LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional ano 13, n. 51, abril-junho 2005, Editora Revista dos Tribunais;

LÓPEZ, Rosalía Rodríguez. *La represión de las artes mágicas en derecho romano*. Edisofer S.L. Madrid: 2005;

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*, RT, São Paulo: 1990;

MACRAE, Edward & SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de fumo: o uso de maconha entre camadas médias urbanas*, Edufba, Cetad, Salvador: 2000, págs. 31 e 32.

MALCHER-LOPES, Renato & RIBEIRO, Sidarta. *Maconha, cérebro e saúde*. Ed. Vieira & Lent. Rio de Janeiro, 2007;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Tutela judicial da criança e adolescente em áreas de conflito armado nos morros e favelas*. Revista dos Tribunais, ano 84, fevereiro de 1995, vol. 712, RT, São Paulo: 1995;

MANSILLA, H.C.F. *Reflexiones Críticas sobre la Legalización o Penalización de Drogas en el Área Sudamericana*. Revista Occidental, Estudios Latinoamericanos, 1995, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA).

_____. *Políticas públicas, economía informal, drogas y las relaciones de los involucrados*. Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos. Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA), Tijuana: 1992.

MANSILLA, H. C.F. & J. BIANES, José. *Narcotráfico y medio ambiente*. Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas (IILCA), 1992;

MARCOLIN, Neldson & ZORZETTO, Ricardo. Entrevista Elisaldo Carlini, *O uso medicinal da maconha. Especialista em psicofarmacologia diz que já está mais do que na hora de reconhecer as qualidades médicas da droga no Brasil*. Pesquisa FAPESP. Fevereiro de 2010;

MARONNA, Cristiano Ávila. *Em busca da racionalidade perdida*. Boletim IBCCRIM n. 189, agosto/2008;

MARTINS, Leonardo Pereira. *Crime Organizado, Terrorismo e inviolabilidade de domicílio: sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5, XI da CF*. RT/Fasc. Pen. Ano 93 v. 824 jun. 2004;

MARTEAU, Juan Félix. Tradução de Helena Singer. Entrevista. *A morte das penas. Uma conversa com o abolicionista penal Louk Hulsman*. PLURAL, Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia, USP, S. Paulo n. 2, pág. 118-131, 1. sem. 1995;

MATOS, Marílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. Almedina, Coimbra: 2010;

MATOS, Olgária. *Modernidade: república em estado de exceção*. Revista Usp nº 59, setembro/novembro, São Paulo: 2003, pág. 46-53;

MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Resenha de AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poletti. 2 ed. Boitempo, São Paulo: 2007*, Revista Discursos Jurídicos Campo Mourão, v. 4 n. 2, p. 221-224, ago./dez. 2008;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Vol. 4, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2009;

MCS, Racionais. *Racistas otários nos deixem em paz*. In: Holocausto Urbano, 1990. Zimbabwe Records;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. IDAP, Malheiros, São Paulo: 2009;

MENDES, Vannildo. *Lula defendeu projeto que partilha lucro das empresas, diz Mangabeira*. 29 de janeiro de 2010, Jornal o Estado de São Paulo;

MENA, Fernanda & HOBBS, Dick. *Narcofobia – proibição às drogas e geração de abusos contra os direitos humanos*, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/812233-narcofobia---proibicao-as-drogas-e-geracao-de-abusos-contra-os-direitos-humanos.shtml>, acesso em 11/11/2010;

METAAL, Pien. *Indulto de mulas en Ecuador*. Disponível em: <http://www.tni.org/es/> Acesso em:03/03/2011;

MIRAGLIA, Paula. *Os municípios e a segurança pública*. In: LIMA, Renato Sérgio & PAULA, Liana de (orgs.) *Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?* Contexto, São Paulo: 2006, pág. 96;

MIRANDA, Paola Frassinetti Alves de. *Ineficácia do controle de constitucionalidade brasileiro: o Código Brasileiro de Aeronáutica e o “abate” dos direitos fundamentais. Instituição do direito penal do inimigo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 17, out-dez. 2009, IBDC, RT, São Paulo: 2009;

MONTEIRO, Mário Ypiranga. *Folclore da Maconha. Pesquisa feita para o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia*. Revista Brasileira de Folclore, ano VI, n. 14, janeiro/abril de 1966, Ministério da Educação e Cultura. Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro;

MOREIRA, Gabriela. *“Bala perdida mata criança na sala de aula. Pelo menos outras seis pessoas morreram num confronto entre PMS e traficantes no Rio; à tarde, comandante do batalhão foi exonerado”*, Reportagem, Jornal o Estado de São Paulo, 17 de julho de 2010;

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX. O espírito do tempo – 1 neurose*. Forense-Universitária, Rio de Janeiro: 1962

NADER, Lucia. *O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU*, Revista Sur n. 7, disponível em http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_nader.htm, acesso em: 25/08/2010;

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, Coimbra: 2009;

NARANJO, Plutarco. *El cocaísmo entre los aborígenes de Sud América*, América Indígena, Vol. XXXIV, n. 3, julio-septiembre, 1974;

NETO, Antonio Augusto Machado de Campos Neto. Intoxicação por maconha. Traficante e usuário. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 100 p.225-257, jan./dez. 2005;

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social nas Constituições dos Estados Democráticos*. 1987;

NETO, Eduardo Rios & RIANI, Juliana de Lucena Ruas. *Desigualdades Raciais nas condições habitacionais da população urbana*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.) *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais. O Negro na Geografia do Brasil*, Autêntica, Belo Horizonte: 2007, págs. 91-112;

NETO, Theodomiro Dias. *O direito penal como meio de auto-engano*. Tendências e Debates, Folha de São Paulo, São Paulo, 15 de dezembro de 2003;

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Ed. Acadêmica, São Paulo, 1994;

_____. Palestra proferida no Congresso Pernambucano de Direito Público, Porto de Galinhas, Pernambuco, 26 a 29 de agosto de 2009;

Notícias UOL. “Bala que matou aluno em sala de aula no RJ não era da polícia, diz laudo”, 23/08/2010, disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/08/23/bala-que-matou-aluno-em-sala-de-aula-no-rj-nao-era-da-policia-diz-laudo.jhtm>, acesso em 25/08/2010;

NOBLAT, Ricardo. *Aborto ilegal mata uma mulher a cada dois dias*. Blog do Noblat. Brasília, 10/10/10, disponível em <http://oglobo.oglobo.com/>, acesso em 27/10/10;

OCHAI, Inês. *El contexto cultural de la coca entre los índios kogí*. Revista América Indígena vol. XXXVIII, n. 1, enero-marzo, 1978. Instituto Indigenista Interamericano, México.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de não fumar. Uma abordagem humanista*. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: 2008;

OLIVEIRA, Sandra da Rocha Marmo. *Fenomenológico-existencial/Compreensiva*. Capítulo 14.2.3 In: SEIBEL, Sergio Dario & JR. TOSCANO, Alfredo. *Dependência de Drogas*. Atheneu, São Paulo, Rio de Janeiro, Riberão Preto, Belo Horizonte.

PEREIRA e SILVA, Reinaldo. *Omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, pág. 40;

PERES, Maria Fernanda Tourinho. *Violência: um problema de saúde pública*. In: LIMA, Renato Sérgio & PAULA, Liana de (orgs.) *Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?* Contexto, São Paulo: 2006;

PIOVESAN, Flávia. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In: JUNIOR, Alberto do Amaral & JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito internacional dos direitos humanos*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo: 2009;

PINTO, Fernando. *A presença do Costume e sua força normativa*. Liber Juris, Rio de Janeiro: 1982, págs. 82-83;

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2005;

PUGLIESI, Márcio. *Por uma teoria do direito. Aspectos Micro-sistêmicos*. RCS, São Paulo: 2005;

RAMOS, Arthur. *As práticas de feitiçaria entre os negros e mestiços brasileiros*. *Archivos de Medicina Legal e Identificação*, Ano V, n. 11, março, 1935, Rio de Janeiro;

RATTON, José Luiz. *Notas introdutórias sobre violência policial no Brasil*. *Revista Faculdade de Direito de Olinda* v. 6, n. 9/10, jan./dez. 2002/2003;

REALE, Miguel. *Vazio Político*. *Encarte de Problemas Brasileiros* n. 287, set./out. 1991;

_____. *Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo: 1998, Pág. 387;

REIS, Jorge Renato dos. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações*. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (org.) *Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, RS: 2005;

RIAZA, William Restrepo. *Conflicto armado y alternativas de paz*. *Estudios Políticos* n. 10, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín: 1997;

RIBEIRO, Ana Maria Mota. *Sociologia do narcotráfico na América Latina e a questão camponesa. Narcotráfico e violência no campo*. In: RIBEIRO, Ana Maria Motta & Jorge Atílio S. Iulianelli. *Koinomia*, DP & A Editora, Rio de Janeiro, 2000;

RODRIGUES, Jeferson & BROGNOLI, Felipe Faria & SPRICIGO, Jonas Salomão, *Associação dos usuários de um Centro de Atenção Psicossocial: desvelando sua significação*, UFSC, *Texto & Contexto Enfermagem*, abril-junho, ano 15, n. 2;

RODRIGUES, José Augusto de Souza, *Imagens da ordem e da violência no estado do Rio de Janeiro*, dissertação de mestrado, IUPERJ, 1993, em SENTO-SÉ, João Trajano. *Imagens da ordem, vertigens do caos – o debate sobre as políticas de segurança pública no Rio de Janeiro nos anos 80 e 90*, Arché Interdisciplinar. Faculdades Integradas Candido Mendes Ipanema, Ano VII, n. 19, 1998, pág. 63;

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Schecaira. Tese de Doutorado, 2006;

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo & CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de & PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas & JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (colaborador). Série Pensando o Direito. Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “*Tráfico de Drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*”, UnB, UFRJ, Brasília, Rio de Janeiro, Julho de 2009, disponível em: www.mj.gov.br/;

RODRIGUES, Thiago. *Política e Drogas nas Américas*. Educ, Fapesp, São Paulo: 2004;

ROLNIK, Raquel. *Territórios Negros nas Cidades Brasileiras: etnicidades e cidade em São Paulo e Rio de Janeiro*. In: SANTOS, Renato Emerson dos (org.) *Diversidade, espaço e relações étnico-raciais. O Negro na Geografia do Brasil*, Autêntica, Belo Horizonte: 2007, pág. 87;

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Cadernos da Escola do Legislativo 12, jan./jun. 2004, disponível em: www.almg.gov.br Acesso em: 07/12/2010;

ROSI, Diana. *Impacto de las políticas de drogas en la epidemia de VIH y otros problemas de salud en usuarios de drogas*, modulo de curso on-line Política de Drogas, VIH y Derechos Humanos, <http://punto.latintraining.com/>;

RUBIO, David Sanchez. *Derechos Humanos y Democracia. Absolutización del formalismo e inversión ideológica*. Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho n. 17, 2000, Pág. 287;

SABOTAGE, *Rap é compromisso*;

SALLA, Fernando & GAUTO, Maitê & ALVAREZ, Marcos César. *A contribuição de David Garland. A sociologia da punição*. Tempo Social, revista de sociologia da Usp, v. 18, n. 1, disponível em: www.scielo.org.br;

SALLES, Marcelo. “*Há uma política de apartação social pela violência*”. Entrevista a Nilo Batista. Caros Amigos n. 153, dezembro de 2009, pág. 17;

SANTIN, Giovane. *O Estado de Exceção em Giorgio Agamben*. Revista de Estudos Criminais, ano V, jul./set. nº 19, Notadez, Porto Alegre: 2005;

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais n. 65, maio, Coimbra: 2003;

SANTOS, Marcelo. *Passado e presente nas relações Colômbia-Estados Unidos: a estratégia de internacionalização do conflito armado colombiano e as diretrizes da política externa norte-americana*. Revista Brasileira de Política Internacional, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília: 2010, pág. 70;

SANTOS, Roberta Machado Branco Ramos. *Do Mandado de Segurança Coletivo*. In: SERRANO, Vidal. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais*. Juarez de Oliveira, São Paulo: 2007, Pág. 4;

SCHLENKER, Juana & ITURRALDE, Manuel A. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: Humanización del conflicto o estrategia de guerra?* Análisis Político n. 56, enero-marzo, Bogotá: 2006;

SECLAENDER, Airton C. Leite. *O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação*. Revista de Direito Público, n. 99, julho-setembro de 1991;

SLAIBI FILHO, Nagib. *Estado de Defesa e Estado de Sítio*. Revista Forense vol. 306, abril-maio-junho, FORENSE, Rio de Janeiro: 1989, pág. 31;

SICA, Leonardo. *O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Nova Série, ano 1, n. 2, julho-dezembro, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, págs. 105-116;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª edição, Ed. Malheiros;

SILVA, José Geraldo & LAVORENTI, Wilson & GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Millenium Editora, 2008;

SILVA, Luiz Antonio Machado da & LEITE, Márcia Pereira. *Violência, Crime e Polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?* Sociedade e Estado, Brasília, vol. 22, n.3, p. 545-591, set./dez. 2007;

SILVEIRA, Dartiu Xavier da. *Drogas, Vícios: conceitos e preconceitos*. Revista Junguiana;

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. Revista do IASP, ano 10, n. 19, jan.-jun. RT, São Paulo: 2007;

SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Organização política e cultivos ilícitos de coca na Bolívia: uma abordagem etnográfica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, n. 73, junho de 2010. Disponível em: www.scielo.br Acesso em: 10/01/2011;

SOUZA, Luciano Anderson de. *A punição à feticçaria como paradigma de um direito penal irracionalista: obscurantismo e arbítrio no pré-iluminismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, julho-agosto de 2009, RT, São Paulo: 2009;

SOUZA, Marcelo José Lopes de. *O tráfico de drogas no Rio de Janeiro e seus efeitos negativos sobre o desenvolvimento sócio-espacial*. Cadernos IPPUR/UFRJ, Ano VIII, n. 2/3, set./dez. 1994, pág. 31;

SPROESSER, Andyara Klopstock. *A comissão parlamentar de inquérito – CPI no ordenamento jurídico brasileiro*, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, São Paulo, 2008, p. 230;

SZTUTMAN, Renato. *Cauim, substância e efeito: sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios*. In: Drogas e Cultura: novas perspectivas. LABATE, Beatriz Caiuby & GOULART, Sandra & FIORE, Maurício & MACRAE, Edward & CARNEIRO, Henrique (orgs). Edufba e Fapesp, Salvador: 2008;

TAVARES, Flávia. *O Brasil também não é santo*, Jornal o Estado de São Paulo, 6 de junho de 2010, Caderno Aliás, entrevista com Walter Maierovitch;

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. Revista Trimestral de Direito Civil v. 9 n. 33 jan./mar. 2008, p.3-36

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos. O mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1996;

TOLEDO, Karina. Reportagem. *“Não se dignifica a dor por um filho que não nasceu”* Entrevista a Maria Manuela. Jornal o Estado de São Paulo, 23 de janeiro de 2010;

TOMÉ, Clarissa. *Cosmético com Cannabis gera processo*. Jornal o Estado de São Paulo, quarta-feira, 25 de agosto de 2010;

TURRIAGO, Jaime Caycedo. *Militarización y alternativa popular. Otra mirada sobre las luchas sociales en Colombia*. In: CECEÑA, Ana Esther. Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado. Clacso, Buenos Aires: 2006;

VALENCIA, León. *Drogas, conflito e os Estados Unidos. A Colômbia no princípio de século*. Diplomacia, Estratégia e Política janeiro/março, 2005;

VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos. *Drogas y Moral: entre la educación y las leyes*. In: GREIFF, Pablo de & GREIFF, Gustavo de (compiladores). *Moralidad, legalidad y drogas*. Fondo de Cultura Económica, México: 2000;

VAZ, Alexandre Fernandez. *Memória e Progresso. Sobre a presença do corpo na arqueologia da modernidade em Walter Benjamin*. Capítulo 3 in SOARES, Carmen Lúcia. (org.) *Corpo e História*. Ed. Autores Associados, Campinas, Sp, 2004.

VELHO, Gilberto. *Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica*. In: VELHO, Gilberto & ALVITO, Marcos. *Cidadania e Violência*. UFRJ , FGV: 1996;

VERTIZ, Juana Goizueta. *Los Estados de Excepción en América Latina: los controles desde el derecho internacional*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana n. 98, Medellín, Colômbia, págs. 185-215;

VIDAL, Sergio. *A regulamentação do porte, cultivo e distribuição não-comercial de Cannabis sativa: um paradigma legal de redução de danos*. Grupo interdisciplinar de Estudos sobre Substâncias Psicoativas, disponível em: www.giesp.ffch.ufba.br.

VISACRO, Alessandro. *Guerra Irregular. Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. Contexto, São Paulo: 2009;

WACQUANT, Loïc & BOURDIEU, Pierre. *Sobre as artimanhas da razão imperialista*. Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, n. 1, 2002, p. 20, Universidade Candido Mendes, MCT, CNPq, FINEP;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislacion 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario*. Fascículos de Ciências Penais. *Drogas, Abordagem Interdisciplinar*, trimestral, ano 3, v. 3, n. 2, abr./mai./jun., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 1990, Pág. 21;

ZALUAR, Alba. *Condomínio do Diabo: as classes populares urbanas e a lógica do "ferro" e do fumo*. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Crime, Violência e Poder*. Brasiliense, São Paulo: 1983; e

ZANCHETTA, Diego. *1 ano após ação na Luz, sai clínica para viciado. Centro de tratamento para dependentes do crack vai funcionar em Heliópolis, zona sul*. Jornal O Estado de São Paulo, 11 de agosto de 2010.

Anexo I

Nação Zumbi - Blunt Of Judah

“Eu tô bem na minha altura
Onde na fadiga do vento
É que o veneno circula
E o remédio nem deve saber
Que acabou o descanso
Pra encontrar a cura
Fêmea sonhadora, seus devaneios
Me faz ver através das portas
E até atravessar espelhos
Tô no caminho do Blunt of Judah
Pra ficar sonhando depois que acordar
(...)”

Esta letra foi retirada do site Letras.mus.br www.lettras.mus.br Reprodução parcial para fins didático-científicos, exceção ao direito do autor, Convenção de Berna. Fair Use.

Anexo II

Vinicius de Moraes - Berimbau

“(…)

Quem de dentro de si

Não sai!

Vai morrer sem amar

Ninguém!

O dinheiro de quem

Não dá

É o trabalho de quem

Não tem!

Capoeira que é bom

Não cai!

E se um dia ele cai

Cai bem! (…)”

Esta letra foi retirada do site Letras.mus.br www.lettras.mus.br.
Reprodução parcial para fins didático-científicos, exceção ao direito do autor,
Convenção de Berna. Fair Use.

Anexo III

Final Conflict - Inhuman Nature
Interpretação Sepultura

“(...)

Can you stop it?

Do you want to?

We poison the plebs

Cisco terminate, acid rain

We poison our bodies to eliminate the pain

Oh, what we do to each other

And what it's done to us

And there are tv-screens

So we see what we should trust

(...)

They call it human nature

But it's this you made

Hold each other

Then again and again

How can we look at ourselves

At what we've done

Stop looking out for yourself

Look out for everyone

(...)”

Esta letra foi retirada do site Letras.mus.br www.lettras.mus.br Reprodução parcial para fins didático-científicos, exceção ao direito do autor, Convenção de Berna. Fair Use.

Anexo IV

Raul Seixas - Cowboy Fora Da Lei

“(…)

Eu não sou besta pra tirar onda de herói

Sou vacinado, eu sou cowboy

Cowboy fora da lei

Durango Kid só existe no gibi

E quem quiser que fique aqui

Entrar pra historia é com vocês!”

Esta letra foi retirada do site Letras.mus.br www.letras.mus.br Reprodução parcial para fins didático-científicos, exceção ao direito do autor, Convenção de Berna. Fair Use.

Anexo V

Bezerra da Silva - Desabafo do Juarez da Boca do Mato

“(…)

Para você

Que só sabe do morro falar mal

Fale também que somos vítimas

De uma elite selvagem e marginal

O morro pede

O fim da discriminação

Embora marginalizados

Nós também somos cidadãos

Só combate o morro

Não combate o asfalto também

Como transportar escopeta?

Fuzil AR-15 o morro não tem

Navio não sobe o morro doutor

Aeroporto no morro não tem

Lá também não tem fronteira

Estrada, barreira pra ver quem é quem

(…)”

Esta letra foi retirada do site Letras.mus.br www.lettras.mus.br Reprodução parcial para fins didático-científicos, exceção ao direito do autor, Convenção de Berna. Fair Use.

