

# Anais de Artigos Completos - Volume 2 VI CIDHCoimbra 2021

## Organizadores:

Vital Moreira

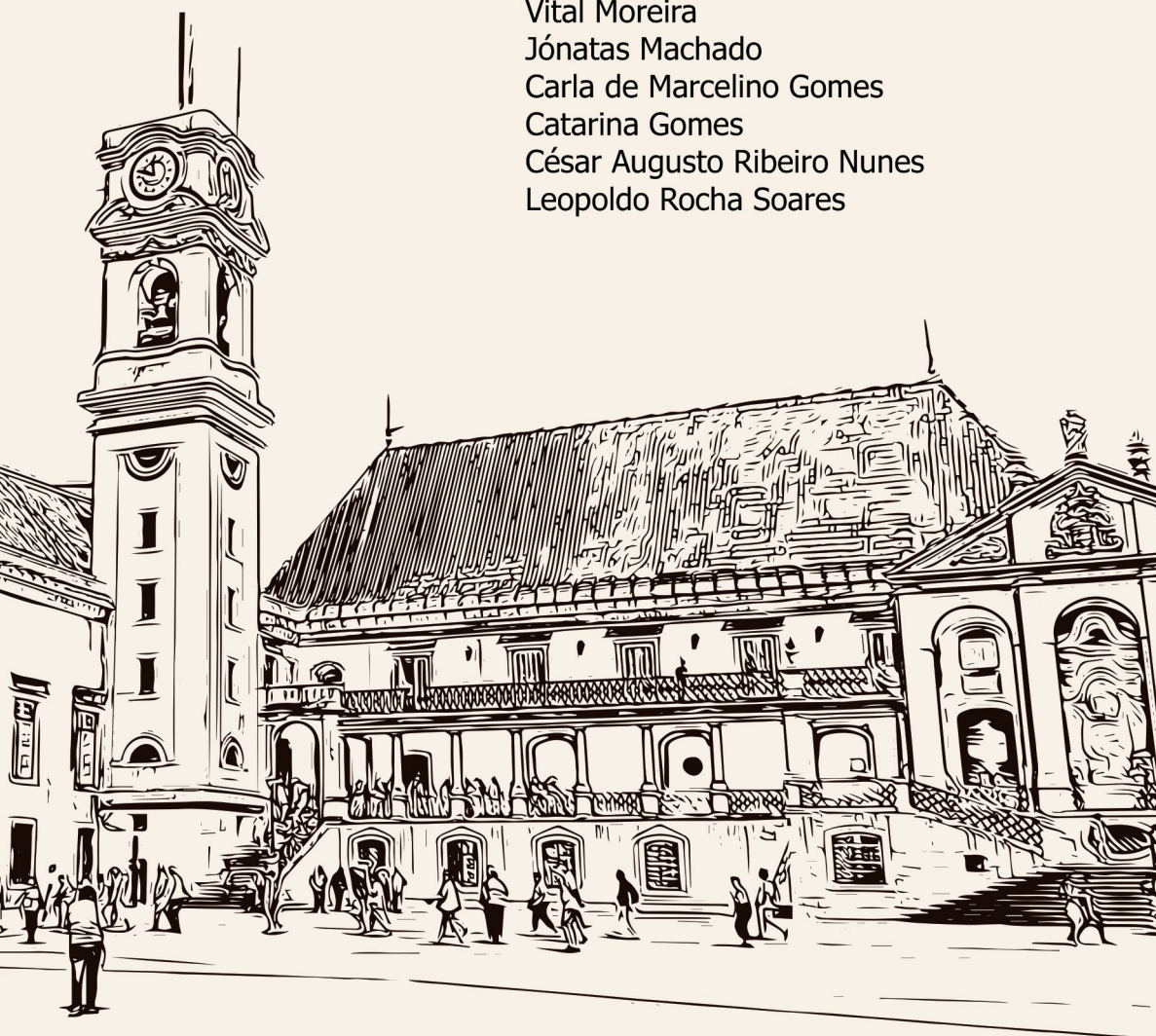
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)  
ISBN 978-65-89537-17-5



# VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI  
CIDHCoimbra 2021  
VOLUME 2**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasílica / Edições Brasil  
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Glaucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As Editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

459 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-17-5 / 978-65-86051-70-4

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

# VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

## VOLUME 2 - Composição dos Simpósios:

<p><b>Simpósio nº. 1</b></p> <p>EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA NO BRASIL</p> <p><b>Coordenadores:</b> Daniel Pacheco Pontes e Alexandre Sanches Cunha</p>
<p><b>Simpósio nº. 2</b></p> <p>O MANDATO TRANSFORMADOR DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Isabella Faustino Alves e Gabriel Garcia</p>
<p><b>Simpósio nº. 3</b></p> <p>A (IN)EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE REPARAÇÃO DETERMINADAS NAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos e Luiza Rosa Barbosa de Lima</p>
<p><b>Simpósio nº. 4</b></p> <p>MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO, DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Ana Paula Faria Felipe e Maria Carolina Rodrigues Freitas</p>
<p><b>Simpósio nº. 6</b></p> <p>DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO</p> <p><b>Coordenadores:</b> Sérgio Henriques Zandona Freitas e Adriano da Silva Ribeiro</p>
<p><b>Simpósio nº. 9</b></p> <p>O DESAFIO DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Lucas Oliveira Vianna e Matheus Thiago Carvalho Mendonça</p>
<p><b>Simpósio nº. 10</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS E FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA: INTERLOCUÇÕES TRANSDISCIPLINARES</p> <p><b>Coordenadores:</b> Thiago Rodrigues e Jean Rodrigues Siqueira</p>
<p><b>Simpósio nº. 12</b></p> <p>OS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p><b>Coordenadores:</b> André Luiz Olivier da Silva e Fernanda Frizzo Bragato</p>
<p><b>Simpósio nº. 13</b></p> <p>A RELAÇÃO ENTRE GLOBAL E LOCAL E O REDIMENSIONAMENTO DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA PANDEMIA COVID-19</p> <p><b>Coordenadores:</b> Janaína Rigo Santin e Letícia Virginia Leidens</p>

ISBN: 978-65-89537-17-5

## **COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:**

### **Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

### **Membros Convidados:**

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

# SUMÁRIO

Os Obstáculos Impostos pela Cultura Machista ao Reconhecimento da Mulher Trans e Travesti Como Vítimas de Femicídio e o Papel do Estado.....	11
Isadora Volpon Berto	
O Direito Humano à Igualdade de Gênero - A Intersecção entre os Princípios de Yogyakarta e o Parecer Consultivo 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	21
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro	
Identidade e Ruptura Constitucional na América Latina – A CtIDH na Reconstrução da Identidade do Sujeito Constitucional Pós-Autoritarismo .....	32
Mateus Trinta Bruzaca	
A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Reconhecimento da Responsabilidade do Estado Brasileiro Pelos Crimes Cometidos na Ditadura Militar (1964-1985).....	46
Giovanna Duarte Zuca	
Da Justiciabilidade à Exequibilidade Direta dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais: da decisão <i>Lagos Del Campo vs Peru</i> .....	58
Wilson Seraine da Silva Neto	
A Ressocialização do Encarcerado Perante a Realidade do Sistema Prisional Brasileiro.....	71
Matheus de Lima Fávaro	
É Preciso Reinterpretar a Lei de Anistia: Crime Conexo Não é o que Estão Dizendo.....	84
Plínio Gentil e João Virgílio Tagliavini	
GDPR e LGPD: estudo comparativo.....	99
Rebeca de Aguiar Pereira Neves	
Entre Nixon e Reagan: a tentativa de Jimmy Carter de promover os Direitos Humanos na relação entre os Estados Unidos e a ditadura militar brasileira (1977-1979) ..	112
Daniel Azevedo Muñoz	
Inter-state Human Rights Litigation – The Possibilities and Limitations of Collective Enforcement.....	128
Adrienne Komanovics	

A Gênese Revolucionária e Iluminista dos Direitos Humanos e sua Universalização: uma ótica histórico-filosófica.....	141
Mariana Louzano Moreira	
Os Elementos do <i>Legal Design</i> como Instrumento de Ampliação do Acesso à Justiça.....	154
Eder Amaral e Gabriel Luís Massutti de Toledo Leme	
O Caso Barragem do Fundão: o fórum shopping e Direitos Humanos .....	163
Anne Michelle Schneider	
A Aplicabilidade da Teoria da Margem de Apreciação no Âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....	178
Eduardo Pereira Monteiro	
A Efetividade das Medidas Reparatórias Judiciais no Brasil Como Exigência do Terceiro Princípio de Chicago: um estudo de caso .....	191
Fabrício de Farias Carvalho	
Justiça Restaurativa: um diálogo necessário com outros saberes.....	200
Geovana Faza da Silveira Fernandes	
Heteronormatividade e as Violações de Direito: caso Karen Atala e as crianças vs Chile .....	215
Denise Marques Alexandre	
A Obrigação do Empregador Assegurar as Condições de Segurança, Higiene e Saúde e a Vida Privada do Trabalhador em Portugal .....	227
Maíra Costa Teixeira Brás	
A Democracia Representativa em Crise: o <i>recall</i> como via de revogação do mandato político no direito brasileiro .....	239
Sérgio Augusto Veloso Brasil	
Inteligência Artificial nas Redes Sociais e a Proteção da Privacidade e dos Dados Pessoais dos Cidadãos .....	249
Daniely Rosa Lana Araújo e Emerson Lima	
A Dicotomia Entre o Espaço Público e o Privado e os Impactos da Violência Doméstica Contra a Mulher.....	259
Patrícia Bordinhão dos Santos Barbosa e Bianca Baú Porto	
A (In)Efetividade dos Princípios para Garantia de Direitos .....	267
Amanda Karolina Silva Pereira e Vitor Salino de Moura Eça	



Tutela Antecipada de Urgência e os Casos de Home Care, à Luz da Jurisprudência.....	275
Raphael Castilho Polisel Souza	
Como a Tecnologia pode Auxiliar a Administração Pública no Controle da Corrupção?.....	283
Tâmera Padoin Marques Marin	
Jeremy Bentham, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os Direitos Humanos na Atualidade: Lições Extraídas de um Demérito Historicamente Circunstanciado .....	293
Bruno Zanatta Abrahão	
A Securitização da Migração na Europa sob o Viés Teológico Político e do Paradigma Imunológico .....	307
Laís Ramalho Dos Santos e Rafaela Claudino Osaki	
A Potência dos Afetos e a Conquista da Qualidade Social Como Direito à Formação Humana Plena .....	320
Adriano Caetano Rolindo	
O Estado Como Realização da Política em Kelsen e o Dualismo Sociológico de Weber .....	335
José Henrique de Araújo Rodrigues	
Crimes Culturalmente Motivados: o abandono gemelar guarani sob a perspectiva do direito brasileiro.....	343
Tainá Viana	
Desconstruindo Tradições Inventadas nos Discursos de Fundamentação (da Filosofia) dos Direitos Humanos: subsídios para uma viragem pedagógica .....	355
Miguel da Miguel Régio de Almeida	
Direito à Felicidade na Perspectiva dos Direitos Humanos .....	368
Karen Mello Schivitz	
O Impacto da Covid-19 Frente as Minorias .....	382
Juliana Losnake Pereira e Suelaine Cristiane Nogueira Miranda	
A Atuação das Organizações Religiosas nas Colônias do Noroeste do Rio Grande do Sul (Brasil, Início do Século XX) .....	390
Carla Cristine Spies Stallbaum	
Relações de Poder e de Local: um caso sobre a Teologia da Libertação.....	403
Gabriel Varreira Gasperin	

Precedente Judicial Estrangeiro Aplicado no Brasil em Tempo de Pandêmia: Liberação Temporária de Cultos Religiosos em Todo Território Nacional.....	412
Guilherme Rigo Berndsen	
Mediação Comunitária, Direito à Moradia e Poder Local: uma análise a partir das bases do estado democrático de direito.....	423
Caroline Isabela Capelesso Ceni e Giana Lisa Zanardo Sartori	
Meio Ambiente e Direitos Humanos – Os Impactos da Pandemia no Compliance e Identidade Glocal.....	435
Gabriel de Almeida Braga e Ícaro da Silveira Frota	
Mecanismos De Auto-transformação na Sociedade Civil: Reflexão Sobre o Conceito de Auto-Ajuda-Mútua (Selbsthülfe) no Desenvolvimento do Cooperativismo no Sul do Brasil no Início do Século XX.....	445
Josei Fernandes Pereira	

# OS OBSTÁCULOS IMPOSTOS PELA CULTURA MACHISTA AO RECONHECIMENTO DA MULHER TRANS E TRAVESTI COMO VÍTIMAS DE FEMINICÍDIO E O PAPEL DO ESTADO

**Isadora Volpon Berto**

Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

## **Resumo:**

A cultura machista presente em nossa sociedade é responsável pela divisão de papéis entre os sexos, entre as esferas pública e privada, bem como determina os comportamentos aceitáveis por parte das mulheres e os gêneros que são inteligíveis e merecem proteção da lei. A redação da “Lei do Femicídio” (13.104/2015), ao colocar a “condição do sexo feminino” como critério, deliberadamente excluiu as mulheres trans e travestis. O artigo investigará o porquê desta escolha, bem como irá analisar o papel do Estado para perpetuar a invisibilidade dessas mulheres, negando o reconhecimento de seu gênero até mesmo depois de sua morte.

**Palavras-chave:** Machismo; Gênero; Femicídio.

## **Introdução**

A Lei do Femicídio, nº 13.104/2015, em total desacordo com o texto proposto pela Convenção de Belém do Pará (1994) – que estabeleceu como violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero feminino - considerou como feminicídio o homicídio contra a mulher por razões da “condição do sexo feminino”.

A escolha da “condição do sexo feminino” na redação legislativa evidencia o preconceito existente contra as mulheres trans e travestis e a tentativa de mantê-las às margens da lei. Mais do que uma questão de direito, tal escolha merece ser analisada pela perspectiva antropológica e social, a fim de explorar os motivos discursivos, culturais e estruturais que a fomentaram.

A partir do pressuposto teórico de Judith Butler (2003) de que nosso sistema é construído para atender aos objetivos reprodutivos de uma heterossexualidade compulsória, e de Gayle Rubin (1993, p. 11), que teoriza no mesmo sentido ao afirmar que “a organização social do sexo repousa sobre

o gênero, a heterossexualidade obrigatória e a coerção da sexualidade feminina”, é preciso refletir acerca do impacto de tais decisões na vida (e morte) das mulheres trans e travestis, uma vez que, ao descaracterizá-las enquanto sujeitos de direito, as estruturas estatais negam e invalidam a existência de qualquer outro gênero que não masculino e feminino, revelando uma dupla vulnerabilidade. Para Butler,

A insistência sobre a coerência e unidade da categoria das mulheres rejeitou efetivamente a multiplicidade das intersecções culturais, sociais e políticas em que é construído o espectro concreto das “mulheres” (BUTLER, 2003, p. 34-35).

Assim, tal escolha redacional aponta para uma clara tentativa de excluir as mulheres trans e as travestis da proteção oferecida pela lei, tornando suas mortes invisíveis aos olhos do Estado.

Esta opção possui ligação com a cultura machista que está enraizada na sociedade, de forma que é imprescindível questionar o próprio fundamento da mesma, e “essa indagação é marcada pelo conceito altamente carregado de patriarcado” (STRATHERN, 2006).

O presente artigo também abrangerá discussões teóricas sobre o gênero, a fim de compreender onde se encontram os transgêneros e travestis e o lugar que ocupam na sociedade. Para Gayle Rubin, crítica da identidade de gênero exclusiva, esta “é a supressão de similaridades naturais” (1993, p. 12) e que “o mesmo sistema social que oprime as mulheres [...] oprime todo mundo pela sua insistência numa divisão rígida da personalidade” (1993, p. 12).

Numa tentativa moderna de auxiliar a compreensão do gênero, foram criados os “Princípios de Yogyakarta” (2007, p. 9-10):

Entendendo “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

Os Princípios de Yogyakarta (2006) determinam, ainda, que os Estados deverão “adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero” (p. 13).

Contudo, devemos questionar: o Estado brasileiro, como signatário, tem cumprido com esta determinação?

A urgência da temática é demonstrada pelos números: o boletim nº 002/2021 divulgado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais apontou que o Brasil chegou a 80 assassinatos de pessoas trans e travestis no

primeiro semestre de 2021. Vale destacar que das 80 vítimas, 78 eram mulheres trans e travestis.

Marilyn Strathern (2006, p. 35) faz um apontamento muito interessante acerca da sociedade, do qual partiremos para analisar o papel do Estado no assassinato das mulheres trans e travestis:

As sociedades não são simplesmente mecanismos de solução de problemas: são também mecanismos de criação de problemas. Esta é a outra face do modelo que vê as pessoas individuais como tendo que resolver os problemas apresentados por seu envolvimento num contexto particular. Nos termos desse modelo, a sociedade pode superar as diferenças naturais entre os indivíduos, mas, ao fazê-lo, apresenta-os com problemas peculiares aos contextos em que estão envolvidos e com os quais têm de lutar.

## **A violência contra mulheres e sua relação com os papéis de gênero**

Para Simone de Beauvoir (1980, p. 21), é um erro pensar que a passividade que caracteriza a mulher “feminina” advém da biologia, “na verdade, é um destino que lhe é imposto por seus educadores e pela sociedade”. Nesse sentido Mary Wollstonecraft (2016, p. 39) afirma que desde a infância as mulheres são ensinadas que “um pouco de conhecimento da fraqueza humana, uma espécie de astúcia, um temperamento suave, uma obediência exterior e uma atenção escrupulosa [...]; e, se forem belas, todo resto é desnecessário”.

Gayle Rubin (1993) teoriza que a fêmea se torna uma mulher oprimida a partir de relações sociais, explorando a obra de Lévi-Strauss, “as estruturas elementares do parentesco”. Para ela, “uma mulher é uma mulher. Ela só se torna uma doméstica, uma esposa, uma mercadoria, uma coelhinha, uma prostituta ou ditafone humano em certas relações” (1993, p. 2).

Portanto, tem-se que, na visão tradicional de organização societária, o homem é detentor do poder e, a mulher, sendo o polo mais fraco, está sujeita a sofrer mais com as violências sociais. Desta forma, não há ruptura significativa nas estruturas antigas, isto é, as concepções dominantes de feminilidade e masculinidade ainda se organizam a partir de disputas simbólicas e materiais, que operam no interior dos espaços domésticos e que, por conseguinte, acabam por se projetar em outras áreas, sendo processadas em outros espaços institucionais.

Interessante destacar, nesse sentido, os ensinamentos de Michelle Perrot em sua obra “As mulheres ou os silêncios da história”. Ela coloca o corpo como centro de toda relação de poder e relaciona-o à divisão entre público e privado. Desta forma, as mulheres são ancoradas “em seus corpos, frágeis, doentios, histéricos que se deve proteger e esconder” (2005, p. 491), o que justifica a delimitação entre as esferas pública e privada. “Aos homens, o público, cujo centro é a política. Às mulheres, o privado, cujo coração é formado pelo doméstico e a casa” (PERROT, 2005, p. 459).

Assim, a violência contra a mulher – em todas as suas formas – está intrinsecamente conectada aos papéis de gênero previamente definidos como “femininos”.

Bandeira (2014) argumenta que os pilares da violência contra a mulher são o patriarcado e a posição de dominação simbólica masculina. Ambos se manifestam por meio de armadilhas, relacionadas ao fato de a existência da mulher ser carregada de sentidos. A demarcação simbólica do papel da mulher ditado pelo patriarcado, quando rompida, responde com a morte.

Nesse contexto, em 1988, a Constituição Federal declarou a igualdade entre os gêneros, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Contudo, a igualdade formal constitucionalizada possui discrepâncias com a prática, isto porque, “[...] a representação linguística da isonomia dá a falsa compreensão de que algumas mudanças foram profundamente operadas na sociedade” (Siqueira et al., 2020: 221).

Como bem apontado por Foucault *apud* Judith Butler (2003, p. 18), os sistemas jurídicos de poder produzem os sujeitos que subsequentemente passam a representar.

Em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências delas. Se esta análise é correta, a formação jurídica da linguagem e da política que representa as mulheres como “o sujeito” do feminismo é em si mesma uma formação discursiva e efeito de uma dada versão da política representacional. (BUTLER, Judith. 2003, p. 18-19).

E assim, quase como demonstração empírica da teoria criada por Foucault, surgiu, em 2015, a Lei do Femicídio (13.104/2015), que alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio, circunstância qualificadora do homicídio contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Desta maneira, o sujeito do feminicídio obrigatoriamente deve apresentar a condição de sexo feminino, comprovando a tese de Judith Butler (2003, p. 19) de que a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão.

Resta claro a tentativa de excluir da proteção da lei as mulheres que não se enquadram na condição de sexo feminino, anulando qualquer construção feminina que não corresponda ao sexo. A categoria das “mulheres” é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais busca-se a emancipação, configurando uma forma de violência de gênero.

Ainda, de forma totalmente contraditória, a referida lei considera que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Portanto, apesar da deliberada exclusão das mulheres trans e travestis como vítimas de feminicídio, a redação ambígua da lei abre espaço para reflexão sobre o que seria a condição de mulher, não havendo, necessariamente,

correspondência com o sexo, conforme abordaremos a seguir.

## **As configurações de gênero fora do binarismo “masculino” e “feminino”**

Segundo Butler (2003), gêneros “inteligíveis” são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os gêneros inteligíveis seriam o masculino e feminino.

Importante destacar, quanto a isso, as lições de Simone de Beauvoir (1980), ao afirmar que apenas o gênero feminino é marcado, pois o masculino se revela como universal.

Atualmente há um consenso de que as mulheres transexuais são pessoas que reivindicam o reconhecimento social e legal como mulher. É um indivíduo que tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, ou seja, seu sexo psíquico se encontra em discordância com o biológico. (SILVA *et al*, 2015, p. 365).

Por outro lado, a mulher travesti é aquela que nasce com o sexo biológico masculino, mas não se identifica como homem, construindo uma identidade de gênero feminina.

Para ambas, a construção do corpo feminino começa desde cedo, como aponta Silva *et al* (2015):

São várias as mudanças corporais, desde as primeiras intervenções, como as unhas pintadas, maquiagem, o uso de perucas, sapatos e roupas, até os processos mais profundos e significantes de mudança, como os pelos e cabelos, a voz, a arte de esconder o pênis sob a roupa, as cirurgias plásticas, a aplicação de hormônios e, no caso das transexuais, a cirurgia de transegenitalização ou redesignação sexual, uma vez que elas buscam esta cirurgia para adequar a aparência física ao seu sexo psicológico. Ambas buscam, em todo seu processo de transformação, aquilo que chamam de feminino. (p. 365).

Assim, como explica Butler (2003), essas categorias seriam impossibilidades lógicas dentro das normas de inteligibilidade cultural. O gênero, ao funcionar como uma norma, opera nas práticas sociais, definindo e separando o que é normal do anormal, do abjeto, de forma que o direito à vida das mulheres trans e travestis se torna socialmente mais frágil.

Carvalho (2018, p. 10) levanta uma hipótese de distinção entre travestis e transexuais relacionada à atribuição do estigma. Enquanto as primeiras são pervertidas a partir do olhar moral da sociedade, as segundas são incorporadas em uma categoria médico-psiquiatra.

Ser medicamente rotulado pode trazer o privilégio da desresponsabilização por sua condição, algo que diferencia o desviante “mental” do desviante moral. Nesse ponto, devo lembrar que os imorais e per-

vertidos são sempre julgados socialmente como responsáveis por sua condição, logo, mercedores de toda sorte de desgraças e violências que os acometa, como no caso das travestis. (CARVALHO, 2018, p. 12-13).

Ainda, o autor destaca a rotulação dos corpos das travestis e transexuais em modelos de feminilidade. As transformações corporais das travestis se mostram exageradas, enquanto as transexuais parecem construir seus corpos mais próximos do que seria o feminino natural. Essa percepção acaba por atrelar às travestis a ideia de prostituição e inibição do corpo, o que não ocorre necessariamente no caso das transexuais.

Entretanto, essa rotulação dos corpos é mais uma tentativa social de enquadramento das mulheres transexuais e travestis dentro da norma de inteligibilidade. A busca pela aparência externa feminina acaba sendo um elemento crucial na construção do gênero, que é essencial para o reconhecimento enquanto mulher. Conforme uma pesquisa realizada pelo Caderno de Saúde Pública (CARRARA, Sérgio *et al*, 2019, p. 6) com mulheres trans e travestis:

For trans people and travestis, surgical procedures are a crucial element in constructing a gendered body. Interviewees seemed to prioritize procedures involving the “external” and more visible surface of their body[...]. This prioritization may be linked to the fact that, in addition to being less complex, these medical procedures create visible body markers that are essential for the social recognition of an embodied gendered experience.

Por outro lado, a pesquisa destacou que, a maioria das mulheres trans e travestis não mostrou interesse em realizar a cirurgia de redesignação sexual, o que demonstra que a identificação de gênero e o autoreconhecimento enquanto mulher não estão relacionados ao órgão sexual.

A larger percentage of trans women (42%) than women (21.4%) declared that they had not undergone this procedure, and were not considering doing so. Meanwhile, none of the travestis responded that they had had vaginoplasty, and 53.8% declared they were not considering it.

Portanto, concordamos com os ensinamentos de Beauvoir (1980) que a identificação das mulheres com o “sexo” é uma fusão da categoria das mulheres com as características sexualizadas dos seus corpos, uma recusa a conceder liberdade e autonomia às mulheres, tal como as pretensamente desfrutadas pelos homens. Assim, a destruição da categoria do sexo representaria a destruição de um atributo, o sexo, o qual tomou o lugar da pessoa.

Nesse sentido, Wittig *apud* Butler (2003, p. 41) afirma que “a derrubada da heterossexualidade compulsória irá inaugurar um verdadeiro humanismo da ‘pessoa’, livre dos grilhões do sexo”.



## Conclusão

Pela exposição acima, podemos concluir que a escolha redacional da Lei do Femicídio não foi ao acaso, mas sim, faz parte de um projeto de aniquilação da população LGBTQIA+, pautado principalmente em uma cultura machista, com instituições que promovem a transfobia por meio de leis e decisões, perpetuando a submissão do corpo feminino à sociedade.

A mera escolha da expressão “condição do sexo feminino” pode não parecer relevante em um primeiro momento, mas torna-se crucial a análise das motivações por trás dela ao considerarmos o contexto no qual está inserida.

Um levantamento feito pela ANTRA constatou que, em 2020, dos 175 casos de assassinatos, 87 deles ocorreram em vias públicas, bem como, 77% apresentam requintes de crueldade, o que revela o desprezo pela condição feminina.

Ainda, a pesquisa revela que 14% dos casos notificados não respeitaram a identidade de gênero das vítimas e 47% expuseram o nome de registro, não o nome social da vítima, o que aponta para a negação da identidade e, portanto, invalidação da existência mesmo após a morte.

Portanto, são pequenos atos como uma simples escolha da palavra da lei que colaboram para a marginalização e precarização desse grupo de mulheres em vida e a falta de reconhecimento enquanto mulher após sua morte. A Lei do Femicídio, ao estabelecer qual grupo é digno de sua proteção, acaba por invalidar e excluir qualquer outro conceito de feminino.

Cabe ao Estado Brasileiro, enquanto signatário dos Princípios de Yogyakarta, fortalecer as políticas de gênero no país já existentes e criar novas que sejam capazes de alcançar a população LGBTQIA+, em especial, as mulheres transexuais e travestis. Ainda, deve se estimular o debate sobre direitos humanos e identidade de gênero nas escolas e demais instituições, a fim de desconstruir o pré-conceito existente sobre a figura da trans e da travesti, tomando o cuidado de não reduzir a figura da travesti à uma caricatura de mulher.

Os movimentos sociais e manifestações populares em prol dos direitos das mulheres trans e travestis também são de grande valia, pois dão visibilidade ao assunto e levam à mídia os casos subnotificados de mortes.

Por fim, quanto aos operadores do Direito, cabe o pensar fora da moldura legislativa, a fim de efetivar o principal objetivo da Lei do Femicídio, ainda que obscurecido pelo machismo inerente às instituições: proteger as mulheres, entendidas estas no seu espectro mais amplo, de serem vítimas de qualquer espécie de violência demarcada pelo seu papel de gênero há muito definido pelos seus algozes, com o qual não podemos compactuar mais.

Nesse sentido, muito já se avançou na aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) para mulheres transexuais, conforme julgamento da 1ª Turma Criminal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao afirmar que:

O gênero feminino da vítima parte de sua liberdade de autodeter-

minação, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se veste e pela maneira como deseja ser tratada em suas relações. (...) A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções postas à sua disposição para que exerça de forma plena e sem constrangimentos sua liberdade de escolha, não se tratando de condicionantes para que seja considerada mulher. (RSE 2017 16 1 007612-7 0006926-72.2017.807.0020, Relator: Des. George Lopes Leite, Data de Julgamento: 05/04/2018).

Porém, a aplicação da Lei do Feminicídio para os casos de violência contra mulheres transexuais e travestis ainda não é unânime e, ao analisarmos as denúncias, a maioria dos casos denunciados tem como vítimas mulheres que realizaram a cirurgia de transgenitalização, ou outra intervenção estética, o que novamente leva à associação da condição de mulher com seu corpo, seu sexo, entendimento este que devemos combater. Nesse sentido a denúncia feita pelo Ministério Público no Inquérito Policial nº 0001798-78.2016.8.26.0052:

Já no que tange ao conceito da expressão “condição de sexo feminino”, constante nesta qualificadora, também se encontra delineado no caso, senão vejamos. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, retirou-se do Projeto de Lei para implementação desta qualificadora o termo “gênero” para constar “sexo feminino”, mas doutrinadores como Valéria Scarance Fernandes<sup>1</sup> ensinam que a alteração não tirou o seu caráter de proteção de gênero. Já Ela Castilho<sup>2</sup> acrescenta que “(...) a condição de sexo feminino é uma construção social tal como o papel atribuído às mulheres na sociedade e que constitui o chamado gênero feminino”. Do mesmo modo, Maria Berenice Dias<sup>3</sup>, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini<sup>4</sup>, bem como Adriana Mello<sup>5</sup> entendem que qualquer pessoa ligada ao gênero feminino, inclusive transexuais, podem ser vítimas de violência de gênero e, portanto, de feminicídio. Inegavelmente, a vítima se comportava como mulher, até mesmo com nome social de conhecimento notório, mantendo relação amorosa com um homem, utilizando vestes e cabelos femininos, além de já ter realizado procedimentos cirúrgicos para adequação do corpo, como a manipulação de silicone nos seios (laudo necroscópico anexado em cópia). Deste modo, evidente que a vítima sofreu violência de gênero, sofrendo agressões por ser mulher, estando em situação de vulnerabilidade em relação ao seu agressor, o que se coaduna com todos os requisitos e conceitos para verificação deste tipo de violência.

## Referências

ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. **Boletim nº 002/2021**. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/07/boletim-trans-002-2021-1sem2021-1.pdf>. Acesso em: 06/10/2021.

ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. **Dossiê Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020**. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>.

Acesso em: 06/07/2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo 1. Fatos e mitos**. 4ª edição. Tradução: Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo 2. A experiência vivida**. 2ª edição. Tradução: Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARRARA, Sérgio et al. **Body construction and health itineraries: a survey among travestis and trans people in Rio de Janeiro, Brazil**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 35, n. 4, e00110618, 2019. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2019000400502&lng=en&nrm=i-so](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000400502&lng=en&nrm=i-so)>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

CARVALHO, Mario. **“Travesti”, “mulher transexual”, “homem trans” e “não binário”: interseccionalidades de classe e geração na produção de identidades políticas**. Cadernos Pagu, 2018, e185211, 35p.

**Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Belém do Pará, 1994.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**. Tradução: Vera Whately. Rio de Janeiro: Dumará Distribuidora de Publicações LTDA., 2001.

**Lei 13.104 de 9 de março de 2015**. Brasil, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 25/07/2020.

Ministério Público do Paraná. Inquérito Policial nº 0001798-78.2016.8.26.0052. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/denunciafemicidio-transexual.pdf>. Acesso em: 20/10/2021.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução: Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

**Princípios de Yogyakarta**. Tradução: Jones de Freitas. 2007. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 06/08/2020.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo**. Tradução: Christiane Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha, Sonia Corêa. Recife: S.O.S Corpo, 1993.

SILVA, Rodrigo Gonçalves Lima Borges da; BEZERRA, Waldez Cavalcante; QUEIROZ, Sandra Bonfim de. **Os impactos das identidades transgênero na sociabilidade de travestis e mulheres transexuais**. Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo, v. 26, nº 3. P. 364-372. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/88052>. Acesso em: 16/12/2020.

STRATHERN, Marilyn. **O gênero da dádiva**. Tradução: André Villalobos. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

TJDFT. RSE 2017 16 1 007612-7 0006926-72.2017.807.0020. Disponível em: ht-

[tps://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/maio/turma-determina-que-lei-maria-da-penha-deve-ser-aplicada-em-caso-de-agressao-a-transexual](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/maio/turma-determina-que-lei-maria-da-penha-deve-ser-aplicada-em-caso-de-agressao-a-transexual). Acesso em: 22/10/2021.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. São Paulo: Boitempo, 2016.

# O DIREITO HUMANO À IGUALDADE DE GÊNERO - A INTERSECÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E O PARECER CONSULTIVO 24/2017 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro**

Pós-Doutorado em andamento - NOVA School of Law– Lisboa; Pós-Doutorado - Coimbra; Estágio Pós-Doutoral em Direito Internacional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Mestrado e da Graduação - UFU.

## **Resumo:**

A comunidade internacional é dotada do regime jurídico de direito internacional de direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero, mas ainda há lacunas para a efetivação dos direitos e princípios decorrentes de referido regime jurídico, especialmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que emitiu o Parecer Consultivo nº 24/2017, para orientar os Estados na adoção de medidas legislativas e de políticas públicas. Por isso, o trabalho tem como objetivo geral a análise interseccional entre identidade de gênero, os Princípios de Yogyakarta e a Opinião Consultiva 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, como objetivo específico, o estudo dos princípios da igualdade e da não-discriminação, que têm natureza de norma *jus cogens*, e de sua efetividade para proporcionar o direito humano à identidade de gênero. Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

**Palavras-chave:** Direito à igualdade de gênero; Princípios de Yogyakarta; Parecer Consultivo 24/2017 da CtIDH; Direitos Humanos; Princípios da igualdade e da não-discriminação.

## **Introdução**

A comunidade internacional é dotada de um regime jurídico decorrente da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero. Apesar disso, ainda há muito o que alcançar para a

efetivação dos direitos e princípios decorrentes de referido regime jurídico, especialmente no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que emitiu o Parecer Consultivo nº 24/2017 sobre o tema, diante da necessidade de orientar os Estados na adoção de medidas legislativas ou de políticas públicas em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Referido Parecer se relaciona com os Princípios de Yogyakarta e, por isso, o trabalho tem como objeto a análise interseccional entre identidade de gênero, os Princípios de Yogyakarta e a Opinião Consultiva 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por sua vez, o trabalho tem como objeto geral a análise de referida interseccionalidade e como objetivo específico o estudo dos princípios da igualdade e da não-discriminação, que têm natureza de norma *jus cogens*, e de sua efetividade para proporcionar o direito humano à identidade de gênero.

A recorrente violência de gênero verificada na América Latina justifica a escolha do tema o que também torna o trabalho relevante, uma vez que os Estados necessitam adequar os seus ordenamentos jurídicos domésticos ao regime jurídico decorrente do direito internacional dos direitos humanos, a fim de proporcionar igualdade de gênero e, conseqüentemente, a não-discriminação.

Através do método dedutivo, com a análise bibliográfica e jurisprudencial, espera-se, como resultado, a confirmação da tese de que o direito à igualdade de gênero é um direito humano que decorre de um regime jurídico específico do direito internacional dos direitos humanos. O artigo analisará, inicialmente, os Princípios de Yogyakarta e a influência das teorias da interseccionalidade e da colonialidade de gênero em sua redação, os princípios da igualdade e da não-discriminação para, em seguida, abordar a relação dos princípios com a Opinião Consultiva 24/2017 da CtIDH.

Como resultado, o trabalho pretende avaliar se o regime jurídico interamericano relativo ao direito à igualdade de gênero está em consonância com referidos princípios.

## **1. Os princípios de Yogyakarta, interseccionalidade e colonialidade de gênero**

Os princípios de Yogyakarta são princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero <sup>1</sup>.

Em seu preâmbulo, o documento consigna que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. Além disso, o documento registra que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser

---

1 Os Princípios de Yogyakarta estão disponíveis em [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso: 31 out. 2021.

motivo de discriminação ou abuso.

O documento compreende orientação sexual e identidade de gênero, respectivamente como

“uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atracção emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.”; e como “a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”

Com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos, com base na orientação sexual e na identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados, a Comissão Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalisão de organizações de direitos humanos, reuniu um grupo de especialistas que preparou um documento preliminar com os Princípios que, posteriormente foram adotados em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, por especialistas de 29 países.

Os Princípios se referem a um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero, estabelecendo obrigações primárias aos Estados para a implementação dos direitos humanos, sendo que cada princípio é acompanhado de recomendações aos Estados e a outros atores para fomentar a proteção e a promoção dos direitos humanos.

O documento reflete a legislação atual que perfaz o corpo normativo do direito internacional dos direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero e reafirma quais são as normas jurídicas vinculantes que devem ser cumpridas por todos os Estados.

Nesse contexto, o artigo propõe-se a analisar os Princípios 1 e 2 de Yogyakarta que dizem respeito à natureza universal dos direitos humanos, bem como aos princípios da igualdade e da não-discriminação. Nesse sentido, é importante ressaltar que todos os seres humanos têm o direito ao gozo universal dos direitos humanos, o que independe de orientação sexual e de identidade de gênero. Por isso, os Estados devem agir com o dever de diligência no sentido de propiciar o gozo universal dos direitos humanos, para adaptar a sua legislação doméstica ao direito internacional dos direitos humanos, ou seja, para realizar o controle de convencionalidade, bem como para implantar políticas públicas para a abordagem pluralista dos direitos humanos em consonância com a identidade de gênero.

O gozo universal dos direitos humanos por todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual e de sua identidade de gênero deve, portanto, ser garantido pelos Estados, de acordo com os artigos 1.1. e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que prevê o dever de devida diligência.

Apesar de haver divergências a respeito da universalidade dos direitos humanos, é preciso ressaltar que referidas discrepâncias não se encaixam no recorte feito para o desenvolvimento desse artigo, que se vale da característica da universalidade dos direitos humanos para afirmar que todo e qualquer ser humano é dotado de dignidade intrínseca, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Por sua vez, o Princípio 2 de Yogyakarta ressalta o direito à igualdade e a não-discriminação que se aplica a todos os seres humanos, independentemente de orientação sexual e de identidade de gênero. Assim, todos são iguais perante a lei, independentemente de orientação sexual e de identidade de gênero e referida igualdade deve ser garantida tanto no aspecto formal como no aspecto material. Por isso, os Estados devem agir com o dever de devida diligência adotando medidas legislativas e políticas afirmativas no sentido de expandir referido princípio da igualdade ao âmbito do gênero.

Cabe ressaltar que os Princípios de Yogyakarta consideram que:

“A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.”

Assim, percebe-se que o Princípio 2 expressa o entendimento do documento a respeito do que pode ser considerado discriminação por orientação sexual ou por identidade de gênero e, além disso, consigna o entendimento de que, muitas vezes, referida discriminação tem relação com raça, gênero, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico, o que reflete a percepção de que a discriminação por orientação sexual ou devido à identidade de gênero deve ser analisada sob o viés da teoria da interseccionalidade.

Dessa forma, os problemas que atingem as pessoas por orientação sexual ou por identidade de gênero estão ligados a outros aspectos como raça, religião, origem, dentre outras circunstâncias, o que exige que os Estados exerçam o seu dever de devida diligência no contexto interseccional.



A propósito da teoria da interseccionalidade, Kimberle Crenshaw (2002) adverte que a teoria é uma ferramenta importante para revelar todos os elementos que contribuíram para a discriminação e, dessa forma, as políticas públicas adotadas para o enfrentamento dessas questões pelos Estados, podem ser mais efetivas e eficazes para combater o que a autora denomina de invisibilidade interseccional, que ofusca todas as circunstâncias que incidem sobre a discriminação.

A mesma autora (CRENSHAW, 2002) ainda explica que a análise interseccional da discriminação por gênero deve ser apta a evitar tanto a superinclusão como a subinclusão. Na perspectiva da superinclusão, os problemas seriam tratados como situações que atingem apenas as mulheres ou a população LGBTQI+, sem analisar a interseccionalidade com as questões raciais, por exemplo. Em sentido inverso, a análise unidimensional da discriminação poderia acarretar a subinclusão de determinadas mulheres que não se encontrariam no contexto dos problemas das mulheres pertencentes a grupos dominantes, por exemplo, os problemas das mulheres indígenas imigrantes. Referidas mulheres se encaixam no contexto da subinclusão, uma vez que não pertencem ao grupo dominante de mulheres que seriam percebidas em suas lutas por reconhecimento (HONNETH, 2003). Nas duas perspectivas, da superinclusão e da subinclusão, percebe-se que as questões relativas à discriminação por gênero, como raça, religião, origem entre outras, são negligenciadas e, por isso, seu tratamento interseccional seria mais eficaz e efetivo para o enfrentamento da discriminação, uma vez que a interseccionalidade busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos de subordinação.

A respeito, Crenshaw (2002, p. 176) afirma que:

“A discriminação interseccional é particularmente difícil de ser identificada em contextos onde forças econômicas, culturais e sociais silenciosamente moldam o pano de fundo, de forma a colocar as mulheres em uma posição onde acabam sendo afetadas por outros sistemas de subordinação. Por ser tão comum, a ponto de parecer um fato da vida, natural ou pelo menos imutável, esse pano de fundo (estrutural) é, muitas vezes, invisível. O efeito disso é que somente o aspecto mais imediato da discriminação é percebido, enquanto que a estrutura que coloca as mulheres na posição de receber tal subordinação permanece obscura. Como resultado, a discriminação em questão poderia ser vista simplesmente como sexista (se existir uma estrutura racial como pano de fundo) ou racista (se existir uma estrutura de gênero como pano de fundo). Para apreender a discriminação como um problema interseccional, as dimensões raciais ou de gênero, que são parte da estrutura, teriam de ser colocadas em primeiro plano, como fatores que contribuem para a produção da subordinação.”

Por essa razão, é salutar que os Princípios de Yogyakarta façam referência à interseccionalidade, o que indica que o regime jurídico relativo ao direito

internacional dos direitos humanos deve ser interpretado de forma multidimensional, a fim de abranger todos os níveis de subordinação e de discriminação que atingem os seres humanos por conta de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Dessa forma, pode-se afirmar que a discriminação dirigida a determinado grupo de pessoas pode, aparentemente, ter uma relação apenas com a perspectiva do gênero, mas, na realidade, tem, como pano de fundo, estruturas de poder hierarquizadas de uma sociedade patriarcal, imperialista e colonialista (QUIJANO, 2005).

A respeito, escreve Quijano (2005, p. 123-124):

Nesse sentido específico, a humanidade atual em seu conjunto constitui o primeiro *sistema-mundo global* historicamente conhecido, não somente um *mundo* como o que talvez tenham sido o chinês, o hindu, o egípcio, o helênico-romano, o maia-asteca ou o tauantinsuiano. Nenhum desses possíveis mundos teve nada em comum exceto um dominador colonial/imperial e, apesar de que assim se propõe da visão colonial eurocêntrica, não se sabe se todos os povos incorporados a um daqueles mundos tiveram também em comum uma perspectiva básica a respeito das relações entre o humano e o restante do universo. Os dominadores coloniais de cada um desses mundos não tinham as condições, nem provavelmente o interesse, de homogeneizar as formas básicas de existência social de todas as populações de seus domínios. Por outro lado, o atual, o que começou a formar-se com a América, tem em comum três elementos centrais que afetam a vida cotidiana da totalidade da população mundial: *a colonialidade do poder*, *o capitalismo* e *o eurocentrismo*. Claro que este padrão de poder, nem nenhum outro, pode implicar que a heterogeneidade histórico-estrutural tenha sido erradicada dentro de seus domínios. O que sua globalidade implica é um piso básico de práticas sociais comuns para todo o mundo, e uma esfera intersubjetiva que existe e atua como esfera central de orientação valorativa do conjunto. Por isso as instituições hegemônicas de cada âmbito de existência social, são universais para a população do mundo como modelos intersubjetivos. Assim, o Estado-nação, a família burguesa, a empresa, a racionalidade eurocêntrica.

No mesmo sentido da interseccionalidade entre gênero e raça e da colonialidade do poder, Maria Lugones (2008) estabelece a intersecção entre raça, classe, gênero e sexualidade ao estudar a situação das mulheres não brancas, vítimas da colonialidade do poder e da colonialidade de gênero. A autora faz uma análise da tese da colonialidade do poder, de Aníbal Quijano (2005) e a aplica no contexto da colonialidade de gênero afirmando que as mulheres de cor são vítimas da dominação racial e da colonialidade do poder, e, assim, são inferiorizadas pelo capitalismo global. Dessa forma, a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça expressa a dominação colonial oriunda do pensamento eurocêntrico, o que se expande para a questão de gênero (QUIJANO, 2005), uma vez que referida realidade também se desenvolve em um sistema moderno colonial de gênero como estruturas de poder

hierarquizadas.

Esclarece Lugones (2008, p. 77):

“En este proyecto, llevo a cabo una investigación que acerca dos marcos de análisis que no han sido lo suficientemente explorados en forma conjunta. Por un lado, se encuentra el importante trabajo sobre género, raza y colonización que constituye a los feminismos de mujeres de color de Estados Unidos, a los feminismos de mujeres del Tercer Mundo, y a las versiones feministas de las escuelas de jurisprudencia Lat Crit y Critical Race Theory. Estos marcos analíticos han enfatizado el concepto de interseccionalidad y han demostrado la exclusión histórica y teórico-práctica de las mujeres no-blancas de las luchas liberatorias llevadas a cabo en el nombre de la Mujer. El otro marco es el introducido por Aníbal Quijano y que es central a sus análisis del patrón de poder global capitalista. Me refiero al concepto de la colonialidad del poder. (2000a; 2000b; 2001-2002), que es central al trabajo sobre colonialidad del saber, del ser, y decolonialidad. Entrelazar ambas hebras de análisis me permite llegar a lo que estoy llamando, provisoriamente, «el sistema moderno-colonial de género». Creo que éste entendimiento del género está presupuesto en ambos marcos de análisis en términos generales, pero no está expresado explícitamente, o en la dirección que yo considero necesaria para revelar el alcance y las consecuencias de la complicidad con él que motivan esta investigación. Caracterizar este sistema de género colonial/moderno, tanto en trazos generales, como en su concreción detallada y vivida, nos permitirá ver la imposición colonial, lo profundo de esa imposición.”

Nesse contexto, vislumbram-se as discussões a respeito de uma epistemologia feminista e, também, de um feminismo decolonial, como formas de se alcançar novas perspectivas na discussão a respeito da igualdade de gênero, afastando-se as perspectivas normativas patriarcais (HOUGHTON, 2020).

A epistemologia mais inclusiva, que consideraria a interseccionalidade entre gênero, raça, religião e outras circunstâncias, propõe a consideração das perspectivas particulares na análise das leis, da jurisprudência e da doutrina, para se refutar o que Crenshaw denominou de “falta de perspectiva” (CRENSHAW, 1998).

Assim, as discussões a respeito das políticas públicas para a promoção da igualdade de gênero devem considerar as perspectivas de gênero, de orientação sexual, de raça, de religião, de origem de forma interseccional, sob pena de se praticar a superinclusão ou a subinclusão. Logo, é no contexto da interseccionalidade e da assunção da diversidade de perspectivas que os Princípios de Yogyakarta são desenvolvidos e propostos, além de promoverem a inclusão de outras perspectivas no regime jurídico de direito internacional de direitos humanos.

Assim, questiona-se se no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que tem como referencial legislativo a Convenção Interame-

ricana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, existe a perspectiva inclusiva e se referidos documentos são aplicados em consonância com os Princípios de Yogyakarta.

É no contexto dessa relação que o trabalho se propôs a analisar a Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos para verificar se o tribunal interamericano interpreta e aplica seu corpo normativo em consonância com os Princípios de Yogyakarta.

## 2. A intersecção entre os princípios de Yogyakarta e a Opinião Consultiva nº 24/2017 da CtIDH

O Parecer Consultivo nº 24/2017 foi solicitado pela República da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos com referência ao reconhecimento dos direitos humanos derivados da orientação sexual e da identidade de gênero, em especial para se estabelecer quais seriam as obrigações dos Estados em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados do vínculo existente entre casais do mesmo sexo.

Destacam-se do Parecer Consultivo o glossário elaborado pela Corte, a menção ao princípio da igualdade e ao princípio da não-discriminação, o princípio *pro personae*, o dever de diligência dos Estados, o direito à identidade de gênero e o direito à personalidade jurídica.

A Corte afirmou que, sem a intenção de esgotar o tema ou de classificar pessoas, criou um glossário com a finalidade de proporcionar o esclarecimento sobre as diversas formas de manifestação da identidade de gênero, o que ficou consignado nos parágrafos 30 a 32 do parecer Consultivo em apreço (CtIDH, 2018). A propósito, o Parecer esclarece que a identidade de gênero

“é a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa a sente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo (o que poderia envolver – ou não – a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou outros, desde que seja escolhido livremente) e outras expressões de gênero, incluindo o vestuário, o modo de falar e maneirismos. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que se refere à experiência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e sua expressão também assumem várias formas, algumas pessoas não se identificam como homens, nem mulheres, ou se identificam como ambos.” (CtIDH, 2018, p. 16-17)

Outro instituto jurídico que foi abordado no Parecer e que merece destaque no artigo foi o dever de devida diligência que estabelece que os Estados devem adotar todas as medidas legislativas e políticas públicas no sentido de proporcionar a igualdade de gênero, uma vez que o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estabelece a relação intrínseca en-

tre a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não-discriminação. Nesse aspecto, o Parecer menciona o Princípio 3 de Yogyakarta que estabelece que todos têm o direito de ser reconhecida como pessoa perante a lei, o que independe de gênero (CtIDH, 2017, parágrafo 115).

Nesse sentido, a Corte considera que a discriminação pode se materializar através de “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em certos motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole” (CtIDH, 2017, parágrafo 62) e que os Estados devem adotar medidas positivas para reverter ou mudar as situações discriminatórias. Ademais, o tribunal interamericano consignou o entendimento de que a igualdade deriva diretamente do gênero humano, sendo inseparável da dignidade essencial da pessoa, tendo adentrado ao contexto das normas de natureza *jus cogens*. Nesse contexto, a Corte entendeu que o direito a não-discriminação com base na orientação sexual também deve ser considerado de acordo com a aceção do projeto de vida das pessoas (CtIDH, 2017, parágrafo 84).

Em outra passagem, o tribunal erigiu o princípio *pro personae* como um dos critérios interpretativos para a emissão do parecer consultivo, de acordo com o artigo 29 da CADH e, nesse sentido, nenhum tratado e nenhuma interpretação relativamente a um tratado pode se dar no sentido de restringir o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade ou de excluir ou limitar os efeitos que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza possam produzir. Assim, a dignidade humana não pode ser respeitada, interpretada e aplicada em dissonância à identidade de gênero, o que configuraria a limitação e a restrição dos direitos previstos nos documentos interamericanos.

Desse modo, a Corte entendeu que o reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com as suas próprias escolhas e convenções e, por isso, o princípio da autodeterminação desempenha um papel fundamental para proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia pessoal (CtIDH, 2017, parágrafo 90).

Assim, o reconhecimento da personalidade jurídica é consequência da dignidade humana e da consideração da pessoa como sujeito de direitos o que inclui a capacidade de seu ingresso no mundo jurídico e de ser titular de direitos e obrigações, o que independe de orientação sexual ou de gênero.

### **3. Considerações finais**

O regime jurídico do direito à igualdade de gênero no SIDH busca estabelecer a relação interseccional entre os Princípios de Yogyakarta e os documentos interamericanos, o que reflete a preocupação do sistema com o direito à identidade de gênero.

A pesquisa realizada possibilitou concluir que existem no SIDH *stan-*

*dards* relativos ao princípio da igualdade e ao princípio da não-discriminação que são expandidos para o contexto do gênero o que reflete a influência dos Princípios de Yogyakarta.

Além disso, foi possível verificar que o direito à igualdade de gênero no SIDH é consequência da colonialidade de gênero, herança da colonialidade do poder e, nesse sentido, a discriminação de gênero, na maioria dos casos, se relaciona com outras circunstâncias que possibilitam a discriminação como raça, opinião política, origem, língua, religião e *status* econômico e social.

Por isso, a consideração interseccional das circunstâncias que se relacionam com a discriminação de gênero é uma ferramenta eficaz para evidenciar políticas públicas para o enfrentamento da desigualdade nesse sentido.

Nesse sentido, o Parecer Consultivo nº 24/2017 evidenciou a interseccionalidade entre raça, gênero, origem e outras circunstâncias que designam a situação de discriminação de gênero, além de consignar que a Corte considera os Princípios de Yogyakarta no que diz respeito às questões de gênero.

Assim, a interseccionalidade entre identidade de gênero, os Princípios de Yogyakarta e o Parecer Consultivo nº 24/2017 da CtIDH reflete a incidência de novas perspectivas que influenciam a interpretação e a aplicação do regime jurídico de direito internacional de direitos humanos como uma epistemologia revolucionária, inclusiva e igualitária.

## Referências

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo nº 24**. 2017. Disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso: 31 out. 2021.

CRENSHAW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, vol.10, n. 01, p. 171-263, 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>> Acesso em: Abr. de 2019.

CRENSHAW, Kimberle Williams. Toward a Race-Conscious Pedagogy in Legal Education. **National Black Law Journal**, vol. 11, nº 1, p. 1-14, 1988. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/0qp9p46c>. Acesso: 31 out. 2021.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. Editora 34. 2003.

HOUGHTON, Ruth; O'DONOGHUE, Aoife. Ourworld: a feminist approach to global constitutionalism. **Global Constitutionalism**, vol. 9, issue 1, p. 38-75, 2020. DOI:10.1017/S2045381719000273. Disponível em < <https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/ourworld-a-feminist-approach-to-global-constitutionalism/0D149C3948903DB50A767DA9A2275B60>. Acesso: Maio de 2020.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá, Colômbia, nº 9, p. 73-101, julio-diciembre 2008. Disponível em <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: Maio de 2019.

Princípios de Yogyakarta. Disponível em [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso: 31 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso: 01 nov. 2021.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, disponível em [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf), acesso: 19 out. 2021.

# IDENTIDADE E RUPTURA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA – A CtIDH NA RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL PÓS-AUTORITARISMO

**Mateus Trinta Bruzaca**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco. Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (CNPq/UFPE). Advogado.

## **Resumo:**

O presente artigo investiga o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) na reconstrução da identidade constitucional no Brasil pós-1988. A questão que anima a pesquisa é porque no Brasil a interamericanização da identidade constitucional mostra-se tão controversa, limitando-se a experiências pontuais de transnacionalização do discurso constitucional. Sustenta a pesquisa a hipótese de que a reconstrução de identidade constitucional é suscetível a deturpações que possam advir de uma herança sociopolítica desfavorável que se antagonize à gramática dos direitos humanos. A pesquisa desenvolveu-se segundo uma abordagem qualitativa, descritiva e explicativa, mediante revisão bibliográfica e pesquisa documental, com amparo em método dedutivo e abordagem jurídico-teórica.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; Identidade constitucional; Brasil; Direitos Humanos.

## **Introdução**

A identidade refere-se ao senso de autoidentificação do sujeito em sua relação com o mundo, constituindo-se como uma construção social intersubjetiva que pretende a afirmação da unidade de um grupo. Na modernidade estas identidades coletivas são transpassadas pela alteridade e pelo antagonismo social, de modo que o Outro se torna elemento constitutivo das identidades construídas pela comunidade política. Quanto ao processo de pluralização das identidades coletivas, contudo, interessa à presente pesquisa especialmente a acepção jurídico-constitucional da identidade. Este artigo investiga, pois, os processos de (re)construção da identidade coletiva relacionada à singulari-



zação dogmática da constituição em sua acepção material.

A investigação da “identidade constitucional” repousa na delimitação das expressões normativas e axiológicas que concedem a autoimagem da comunidade política. Esta identidade que se decantam na ordem jurídica por ocasião da construção constitucional e se perpetua pelo discurso constitucional de promoção da democracia e dos direitos fundamentais, assomam no espaço público deliberativo como um corpo de opiniões de propensão pluralista e emancipatória. Embora se interconecte com a identidade nacional e as expressões culturais, a identidade constitucional é independente, destacando-se como uma antagonista que garante a unidade jurídica de comunidades políticas plurais.

Para este propósito a pesquisa recorre aos estudos de Michel Rosenfeld (2010), aplicando a teoria à realidade do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos (SIDH). Assim, a princípio o artigo expõe a definição conceitual de identidade e sujeito constitucional, bem como é demonstrado como esse conceito jurídico tem sido interpretado por teóricos e tribunais constitucionais. *A posteriori* propõe-se a conformação de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos” que se materializa no discurso jurídico da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). Por fim, se analisa como essa identidade interamericana se decanta no esquadro constitucional pátrio, percebendo a natureza estrutural e sociocultural dos limites que restringem a transnacionalização da identidade constitucional.

## **2. A Identidade constitucional – duas abordagens sobre o tema**

A despeito de invariavelmente relacionar-se com a noção de reconstrução e atualização normativa, a investigação da identidade constitucional deixa vislumbrar duas abordagens divergentes no que toca ao impacto das transformações estruturais da sociedade multicêntrica e pós-tradicional na identidade constitucional – uma primeira de viés limitante e estatocêntrico, aplicada por tribunais constitucionais europeus e uma segunda, sentada na noção de pluralismo abrangente, construída por teóricos norte-americanos que procuram, via desconstrutivismo derridiano reanimar a concepção da escola histórica alemã de um “direito vivo”.

A primeira abordagem pode ser perfeitamente exemplificada ao se observar o artigo 4.2 do Tratado da União Europeia, onde garante-se aos Estados-membros o respeito à identidade nacional que se reflete na estrutura política e constitucional, obstando intervenções externas na comunidade político-constitucional e conseqüente transnacionalização do debate democrático. A noção de identidade constitucional que se desenvolve na Europa, portanto, atua delimitando os limites de interação e influência entre a esfera supranacional e o direito doméstico. É esta abordagem, ainda, que valida o argumento da margem nacional de apreciação, também largamente aplicada por tribunais europeus contra decisões internacionais.

Esta abordagem é observada na atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG) em julgados como *Solange I* (1974), *Outright Monetary Transactions* (2014) e *Lisbon Decision* (2009), onde se ponderou que apenas o poder constituinte pode dispor sobre alterações constitucionais, de modo que a integração progressiva predisposta pelo Tratado de Lisboa fere as bases da autodeterminação e dos princípios democráticos e atenta contra a identidade constitucional alemã codificada no artigo 7.3 da *German Basic Law* (BVerfG, 2009, p. 179). Entende Monika Polzin (2017, p. 419) que o uso da identidade constitucional como barreira a integração regional se retroalimenta da idealização schmittiana consolidada em *Constitutional Theory* (1917).

Ao escrever sobre os limites da reforma constitucional, Carl Schmitt (p. 150, 2008) ponderou que o poder constituinte acomoda, quando do *constitution-making*, duas provisões normativas, sendo uma delas representativa da “verdadeira constituição”, logo, de natureza fundamental e irretocável. Este “*ethos* constitucional” não poderia ser emendado, subvencionando-se apenas ao interesse exclusivo da autoridade delimitada pelo poder constituinte. Aduz o autor alemão, portanto, que as emendas à constituição – e, portanto, a reconstrução constitucional – podem estabelecer-se apenas sobre o pressuposto de que a identidade da constituição seja preservada.

Sob este ponto de vista as constituições possuem um núcleo de provisões normativas e axiológicas que não podem ser substituídas ou emendadas de forma ordinária, moduladas por manifestações jurídico-discursivas de agentes institucionais não legitimados democraticamente ou desfeitas em função de acordos internacionais, posto que tais disposições não são atos do poder constituinte do povo (SCHMITT, 2008). Tem-se, pois, que a identidade constitucional como barreira retórica à integração regional no contexto supranacional europeu se retroalimenta da idealização schmittiana de identidade constitucional como um complexo de valores inalteráveis relacionados à unidade nacional e ao poder constituinte originário.

A métrica amigo/inimigo que orienta o pensamento schmittiano a uma compreensão da alteridade como variável de risco à unidade da comunidade democrática, também se decanta como elemento constitutivo da abordagem apriorística de identidade constitucional. Ao pressupor que a democracia solicita a existência de um “*demos* homogêneo”, Carl Schmitt exclui da ambiência juspolítica a possibilidade do pluralismo e pauta seu entendimento de estabilidade estatal na construção de uma identidade – nacional e constitucional – alheia às manifestações discursivas que possam desestabilizar a harmonia das institucionalidades formais (MOUFFE, 2015).

A noção de identidade constitucional, portanto, é a princípio utilizada como conceito jurídico de dimensão política, reconhecendo o texto constitucional como componente jurídico nascido do amálgama de abstrações que definem a unidade política da nação – isto é, a tradição de valores, ritos, práticas e convenções sociais e instituições formais e informais que compõem a identidade nacional. Tal qual a identidade nacional, a constituição deveria,

assim, expressar as memórias e o desejo de conviver que une os cidadãos de uma nação e os insta a respeitar a herança social legada às gerações futuras.

Contudo, embora a Constituição seja o produto de ideias do passado, ao mesmo tempo ela olha para o futuro e deve estar pronta para durar no tempo, pautando-se em valores fundamentais para a democracia e para o sistema republicano. Logo, suscitar tal concepção de identidade constitucional é ignorar o fenômeno constitucional como resultado de um desenvolvimento evolutivo e reflexivo da comunidade política, cuja identidade repousa não na tradição nacional ou decisão política, mas nos valores e princípios que consubstanciam a democracia constitucional (D'ALLOIA, 2011).

Somente quando interpretada sobre o prisma de teóricos norte-americanos – como Michel Rosenfeld (2008) e Gary Jacobson (2011) – a noção de identidade constitucional passa a se associar diretamente à reforma constitucional e ao reconhecimento da alteridade, deslocando o estudo da identidade constitucional para o terreno da Sociologia do Direito. Assim, a identidade constitucional perde a acepção essencialista amplamente associada à tradição cultural ou às decisões políticas originárias, sendo apreendida como o resultado jurídico de processos contingenciais de identificação e reconhecimento. Assume-se, desta forma, a indispensável adaptabilidade da identidade constitucional à realidade sociopolítica.

Esta ruptura teórica que a escola norte-americana promove retroalimenta-se das disposições cognitivas estabelecidas anteriormente por Jurgen Habermas (1996), ao expor o conceito de patriotismo constitucional. Ao propor esta noção Habermas pretende substituir os apegos culturais pautados na história comum das nações – isto é, a identidade nacional como amalgama da nação – pela fidelidade às instituições, simbolismos e valores normativos que fundamentam a constituição. Para tanto, a constituição deveria expressar um “consenso formal, a partir do qual os cidadãos regulariam sua convivência, guiando a comunidade segundo valores universalizados de reconhecimento mútuo (HABERMAS, 1996).

Esta reconciliação constitui a essência da teoria da identidade do sujeito constitucional estabelecida por Michel Rosenfeld (2010), de modo que a formação da identidade se daria por heteroidentificações, ou seja, processos através dos quais a comunidade política introjeta uma imagem que vem de fora e que é oferecida por um Outro. Adota-se, assim, a perspectiva da alteridade – interna ou externa à comunidade política – para construir a singularidade da constituição. É precisamente no Outro que se encontram similitudes que são cristalizadas no tecido constitucional e divergências que são negadas, haja vista sua inadequação à essência pluralista do constitucionalismo ocidental (SAFATLE, 2007).

A formação da identidade constitucional trata-se, então, de movimento discursivo em constante relação dialética com as identidades e manifestações discursivas à nível nacional, transnacional e extraestatal. Ao conciliar estas expressões identitárias e discursivas divergentes dentro do esquadro constitu-

cional, tem-se a formação de uma identidade que toma o Outro (interno e externo) como referencial, transcendendo sua própria subjetividade para estabelecer uma constituição que respeita tanto as decisões políticas consolidado pelo poder constituinte, as prerrogativas axiológicas e normativas definidas pelo constitucionalismo, as múltiplas tradições culturais cristalizadas no tecido social e as exigências normativas formuladas internacionalmente.

Desta forma, toda transformação política ou adaptação normativa que acontece em dada comunidade política suscita (re)construções que ampliam ou restringem a autoimagem do sujeito constitucional. A matéria constitucional reflete, pois, a realidade sociopolítica e assenta uma contrafactualidade, isto é, uma suplementação normativa do real, que se posta no esquadro jurídico da nação como um “vir a ser”, uma conciliação do passado dos constituintes com o futuro das gerações vindouras que sob a égide da constituição construirão sua comunidade política.

A contrafactualidade da identidade do sujeito constitucional evidencia a base desconstrutivista de teoria, amplamente influenciada pelo pensamento derridiano, que pressupõe ser todo texto uma singularidade, “[...] mesmo que [...] sua singularidade seja somente perceptível por meio da possibilidade de sua condição iterável, a possibilidade de que ele possa ser transmitido, e se comunica para além de qualquer contexto supostamente original” (WOL-FREYS, 2007, p. 82). Este sujeito constitucional, portanto, forja sua identidade mediante a procedimento discursivo de assimilação e exclusão das diferentes manifestações identitárias que constituem o Estado Democrático e que procuram sua conformação ao *corpus* constitucional.

Michel Rosenfeld (2010, p. 9) inclui, ainda, um substrato conceitual novo aos estudos jusfilosófico da identidade constitucional, de modo que a “identidade” já não se referiria pontualmente à constituição, mas ao sujeito constitucional (*constitutional subject*). Este sujeito – acompanhando a influência psicanalítica de matriz lacaniana e hegeliana do autor – é descentrado, de modo que não se confunde com o “Eu constitucional” (*constitutional self*). Assim, enquanto o *constitutional self* representaria a comunidade política de interpretes da constituição, o sujeito constitucional é compreendido como matéria jurídica (*subject as matter*) – ou seja, a identidade singulariza a substância fática a ser modulada em sede hermenêutica e legislativa.

Esta distinção permite distanciar o objeto de investigação das práticas sociais tradicionalizadas ou de decisões políticas do poder constituinte. Desta forma, a singularização dogmática da constituição não repousa mais no espaço normativo privilegiado que preserva as dotações de expressão jurídico-normativas da identidade nacional. O temor de aniquilação ou eliminação da Constituição por violação de seus caracteres fundantes cede lugar, assim, a uma leitura intergeracional da identidade constitucional, deixando assente que “[...] para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tecitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”

(ROSENFELD, 2008, p. 17).

### 3. A Identidade interamericana do sujeito de direitos humanos – contextualizando a Teoria de Rosenfeld à realidade do SIDH

Não obstante as colaborações que a escola norte-americana estabelece em análise do discurso e da identidade constitucional, sua natureza estritamente eurocêntrica é duramente criticada por teóricos como Mark Tushnet (2010), Jürgen Habermas (2017) e Gianluigi Palombella (2010). Por conseguinte, dada a carência de análises sobre a reconstrução da identidade constitucional no contexto latino-americano, importa compreender como, na América Latina, o discurso jurídico propalado pelo órgão jurisdicionado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) estimula a consolidação de uma identidade constitucional transnacional. Para tanto, propõe-se a compreensão de uma identidade interamericana do sujeito de direitos humanos.

A imbricação da ordem constitucional pátria com as manifestações discursivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos contextualiza a identidade do sujeito constitucional segundo um enquadramento político e jurídico transnacional. Neste sentido, a implementação das convenções regionais de direitos humanos, pondera Rosenfeld (2010, p. 265), permite a elaboração aprofundada de uma identidade para o sujeito dos direitos humanos (*identity of human rights subject*), garantindo a convergência e integração necessárias à relação evolutiva entre Direito Constitucional e Internacional. Esta reconciliação o sujeito constitucional a sua contraparte internacional é fundamental à homogeneização da interpretação e aplicação da normativa internacional a nível regional.

A aproximação dos Estados ao discurso jurídico internacional – onde, entende Rosenfeld (2010, p. 276), concepções de dignidade, liberdade e igualdade são normativamente fixadas e universalizadas – garante a concretização de um critério jurídico e moral exequível e legítimo, através do qual processos de convergência e divergência à dogmática dos direitos humanos se estabelece domesticamente. Assim, “[...] integrar o *ethos* pluralista na ordem constitucional esculpida pelos Estados-nação facilitará a aceitação de uma maior diversidade, ao fornece ferramentas eficazes para desafiar o *status quo* constitucional e as limitações estabelecidas na identidade constitucional prevalecte [...]” (ROSENFELD, 2010, p. 276).

Neste prisma, pode-se assumir que à proporção em que os estados latino-americanos ratificam a Convenção Americana e reconhecem a jurisdição contenciosa da CtIDH, suas institucionalidades democráticas se inserem em um novo esquadro jurídico que insta a ordem constitucional pátria – segundo alavancas procedimentais (ratificação e recepção de um tratado) e materiais (necessária convergência a um compromisso moral e normativo de garantia e promoção dos direitos humanos) – a ser complementada e modulada

pelo discurso jurídico internacional construído pela CtIDH em suas sentenças, opiniões consultivas e recomendações gerais. A inclusão dos Estados ao SIDH orienta, pois, à reconstrução da identidade constitucional por internalização das dotações jurídicas expressas pelo Outro externo (*external other*) consubstanciado na figura da CtIDH.<sup>1</sup>

Tal complementação é salutar, posto que a assimilação do discurso da CtIDH viabiliza a introjeção da gramática dos direitos humanos em sua estrutura político-institucional e normativa, abrindo margem para um controle de convencionalidade construtivo e destrutivo. A adequação ao discurso interamericano concede, pois, credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos, bem como pode servir de referencial paradigmático através do qual se conduz a argumentação na esfera legislativa e jurídica, exercendo função estrutural de validade dos argumentos estatais.

Está-se a imaginar, por isso, uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos”, cujo propósito especial é a materialização de noções jurídicas e axiológicas próprias da vivência política e jurídica da América Latina que, uma vez internalizadas, garantem um adequado grau de convergência jurídica entre todos os Estados envolvidos, sem suprimir indevidamente as diferenças de cultura jurídica. À vista disto, ao validar e retroalimentar, por exemplo, lutas sociais e políticas por afirmação de garantias processuais (*Villagrán Morales v. Guatemala e Sétimo Garibaldi v. Brasil*), direitos indígenas (*Comunidade Mayagna awa Tingni v. Nicaragua e Povos indígenas xucuru v. Brasil*) e liberdade de expressão (*Olmedo Bustos v. Chile*), o discurso interamericano exsurge como um significativo vazio, unificando um conjunto de demandas equivalentes (LA-CLAU, 2011).

Quanto à internalização da identidade interamericana o que se pretende é somatizar a proteção e ampliação constitucional de direitos de grupos vulneráveis, como o deficiente mental, o militante de direitos humanos, os camponeses, os desaparecidos forçados e vítimas das ditaduras militares e as comunidades originárias. A discussão de uma identidade do sujeito dos direitos humanos que se adere à identidade constitucional é produto da internacionalização do fenômeno constitucional, que promove a transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício das organizações comunitárias e de ordens jurídicas regionais, permitindo-lhes a reorientação e a regulação de certas matérias antes restritas aos Estados.

Este discurso jurídico internacional alberga uma identidade especial, limitada pelas exigências e compromissos internacionais firmadas pelos Esta-

---

1 Chris Thornhill (2012) destaca como as interações com tribunais internacionais têm moldado substancialmente processos constitucionais e estruturam políticas públicas. Assevera, então, o autor que “[...] em toda sociedade global, um sistema complexo de dois níveis de constitucionalismo judicial está começando a emergir, no qual os tribunais internacionais estabelecem normas ou padrões com classificação constitucional efetiva nas divisões nacionais, e os judiciários nacionais aplicam essas normas como restrições positivas aos novos estatutos promulgados por assembleias nacionais e parlamentos” (THORHILL, 2012, p. 397).

dos-membros e modelada segundo as singularidades estruturais e institucionais que definem o novo constitucionalismo latino-americano e as experiências democráticas da região. Tal qual a identidade constitucional que é fruto dos movimentos discursos de matiz intersubjetiva, esta “identidade interamericana” congrega o *standard* normativo-axiológico qualificado regionalmente como força motriz para promoção de um mandato transformador do SIDH, interessado sobremaneira na superação da violência generalizada, da exclusão social e da debilidade das instituições nacionais. (VON BOGDANDY, 2019).

Desta forma, o conceito que aqui se procura construir – a identidade interamericana – significa o núcleo duro de percepções jurídicas sustentadas pela Corte IDH, resultado da interpretação evolutiva da CADH e direcionada ao Estados-membros através das sentenças e opiniões consultivas. Abstraída do discurso jurídico da Corte IDH, esta identidade interamericana do sujeito de direitos humanos constitui a racionalidade jurídica que deve se aderir à identidade constitucional dos Estados-membros, servindo de catalisador de discussões sobre desenvolvimento constitucionais e, conseqüentemente, modeladora das argumentações legislativas e jurisdicionais.

Como exemplos de reconstrução e interamericanização da identidade do sujeito constitucional pode-se citar, ainda: **(i)** a emenda constitucional no Chile que garantiu liberdade artística, promovida enquanto cumprimento de sentença de *Olmedo Bustos v. Chile*; **(ii)** a declaração de inconstitucionalidade das disposições da lei de segurança nacional equatoriana após condenação em *Zambrano Velez v. Equador*; **(iii)** a modificação do código penal argentino, após manifestação da CtIDH em *Kimel v. Argentina*, **(v)** revisão judicial promovida pela Corte Constitucional da Colômbia em sentença C-228/02, adotando conceito de reparação de vítimas desenvolvido pela CtIDH e **(vi)** a tipificação do crime de feminicídio no México em função de debates instigados pelo caso *Campo Algodoeiro v. Mexico*. As modulações normativas promovidas pelo discurso interamericano contra leis de autoanistia são, ainda, exemplo paradigmático de reconstrução da identidade do sujeito constitucional após reconciliação com a identidade interamericana.<sup>2</sup>

Resulta daí que a inclusão da identidade interamericana ao quadro constitucional pátrio – conforme vislumbrado nos exemplos citados – orienta à supressão de identidades pré-constitucionais antagônicas à lógica jurídica do pluralismo e da democracia liberal. A conformação de uma identidade interamericana ao sujeito constitucional garante à comunidade política envolvida o desenvolvimento de um sistema constitucional que reflete as propostas de pluralização das perspectivas axiológicas de dignidade humana, comprometendo-se com a consolidação de uma estrutura jurídica ciente de suas limita-

2 A comunicação transjudicial dos tribunais constitucionais de Argentina (caso Simón e Mazzeo), Uruguai (caso Nibia Sabalsagaray) e Chile (casos Rol 3215-05 / Rol 559-4), *exempli gratia*, colaboraram substancialmente com a ruptura da identidade pré-constitucional autoritária que ainda viceja nos sistemas de justiça da latino-americanos, garantindo a evolução do fenômeno constitucional em consistência com a realidade fática da redemocratização.

ções e disposta a apreender no Outro singularidades e diferenças que lhes são auspiciosas.

#### 4. O caso brasileiro – uma identidade interamericana no Brasil pós-1988?

A fim de compreender como em definitivo a CtIDH impacta a reconstrução da identidade do sujeito constitucional, a reformulação do discurso constitucional mediante controle de convencionalidade e fertilização jurisprudencial cruzada é assumido, nesta pesquisa, como principal instrumento de transnacionalização da identidade do sujeito constitucional. Isto se dá, pois ao introduzir novos elementos na estrutura política – aduz Bruno Lorenzetto (2016, p. 72) – as decisões judiciais harmonizam os novos elementos acrescidos na tecitura constitucional com aqueles que já se encontravam estabelecidos, recombinao-os de forma a compor uma base normativa inteligível e cogente.

Merece realce, contudo, que a aproximação de múltiplos discursos e identidades será selecionado por um “projeto de reconstrução constitucional” (ROSENFELD, 2010, p. 90). Neste prisma, Rosenfeld (2010, p. 63) argumenta que a seleção de qual identidade se adere ao sujeito constitucional quando de sua reconstrução se vê limitada pelas balizas estruturais impostos pela ordem constitucional e pela herança sociocultural da comunidade política. As balizas estruturais dizem questão a restrições formais definidas pelo constituinte ou os costumes constitucionais e princípios ideológicos de alcance geral (quórum mínimo para emendas constitucionais ou limites materiais que restringem a hermenêutica constitucional, *e.g.*).

O material que será objeto da movimentação jurídico-discursiva que engendra a reconstrução da identidade do sujeito constitucional é fornecida, entretanto, pelas forças políticas que Michel Rosenfeld (2010) nomina por “herança sociocultural da comunidade política”. Ao se recordar que o processo de (re)construção constitucional é moldado pela troca dinâmica de forças opostas de assimilação e exclusão, pode-se traduzir este segundo nível de restrição à reconstrução como as movimentações culturais hegemônicas que restringem e avançam as deliberações democráticas em determinada matéria relativa a direitos fundamentais.

Nisto, há de se recordar que o discurso jurídico-constitucional esconde uma dimensão ideológica que expressa a compreensão que um grupo formula da experiência social (MOREIRA, 2017). Por demais, a articulação do discurso jurídico-constitucional também se vê controlado por uma “elíte simbólica” (BOURDIEU, 2013, p. 171) que detém relativo poder para tomar decisões quanto a estilo, forma e tema a ser abordado, destaca Teun Van Dijk (2018, p. 45). Logo, é também o discurso jurídico objeto de manipulação e dominação política, estando, pois, suscetível à alopoiese do direito pensada por Marcelo Neves (2018, p. 148) quando “[...] os agentes do sistema jurídico estatal põem



de lado o código diferença lícito/ilícito e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se primária e frequentemente com base em um injunções diretas da economia, do poder, das ações familiares, etc.”

Assim, as ideologias sociais e disposições políticas que se condensam enquanto heranças socioculturais de um passado pré-constitucional autoritário, elitista, estatocêntrico e pouco laicizado se materializam na narrativa que conforma o discurso jurídico dos tribunais, impedindo o reconstruir do direito posto e o questionamento de posições sociais e decisões institucionais que violam a integridade e identidade de grupos minoritários ou ignoram as obrigações internacionais firmadas pelos Estados, minorando o discurso dos direitos humanos, descumprindo sentenças internacionais e questionando determinações legais, como a concessão de medidas cautelares pela Comissão Interamericana.

Anna Śledzińska-Simon (2015, p. 154) destaca, ainda, que o processo de definição de uma identidade do sujeito constitucional é muito mais relacional e intersubjetivo que um empreitada individualista, de sorte que uma decisão política, legislativa ou judicial do *constitutional self* – isto é, da comunidade política – pode conduzir tanto à abertura cognitiva ao Outro, quanto a um evitar da alteridade (*avoid the other*) imanente ao pluralismo jurídico. A prevalência de uma identidade que seja sobremaneira intersubjetiva dependerá, entende a autora, do contexto no qual se insere a reconstrução (variável contextual de natureza política ou social) e do assunto (matéria discutida em sede legislativa ou hermenêutica e fornecida pela herança sociocultural).

Serão estas variáveis, portanto, que estabelecerão o distanciamento normativo que separa quais identidades são restringidas de compor texto e discurso constitucional e quais gloriosamente se emancipam do factual e se cristalizam como norma constitucional contrafactual. Estas observações deixam transparecer que a (re)construção da identidade do sujeito constitucional acontece à mercê de escolhas – não apenas formais, mas simbólicas também – postas pelas instituições democráticas e por posições hegemônicas conservadoras que dispõem de primazia sócio-ontológica capaz de sobrepor seus interesses aos ditames do constitucionalismo.

Diante destas ponderações, avaliar uma pretensa internalização da identidade interamericana no processo de reconstrução de identidade constitucional no Brasil requer delimitar, no conjunto de demandas equivalentes que se conformam ao discurso jurídico internacional da CtIDH, um estrato de análise. Se o discurso da CtIDH tem veiculado a internalização de sistemas de diferença relacionados a uma multitude de grupos vulneráveis, cada um destes sujeitos de direito que pleiteiam sua conformação ao *corpus* constitucional encontram uma condição particular de restrição. Uma revisão superficial do caminho constitucional do país, contudo, permite um golpe de vista da problemática. Vejamos.

Após a transição política, o Brasil viveu um processo constituinte respaldado por interesses de grupos sociais múltiplos, garantindo a constitucionalidade

zação de direitos sociais e relativa fuga ao elitismo de constituições pretéritas. A Constituição Federal de 1988, desta forma, integraliza o Estado Democrático de Direito ao redefinir o pacto político, reiterando a primazia da dignidade humana e assumindo o pluralismo enquanto possibilidade de manifestações das diferenças. A nível de reforma constitucional a Emenda nº 45/2004, simulacro de uma incorporação definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos na rotina constitucional do país, eleva normatividade os tratados de direitos humanos, garantindo-lhes *status* constitucional.

Tem-se, pois, que a reconstrução constitucional no Brasil dificilmente encontra-se restringida por balizas *estruturais*, especialmente se se recorda o forte viés neoconstitucional que caracteriza o Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos 10 anos – amplamente permeável a influxos teóricos advindos de uma episteme pós-positivista de hermenêutica constitucional. Nada obstante, a atuação judicante do STF parece ignorar a ratificação da CADH em 1992 e reconhecimento da jurisdição contenciosa da CtIDH em 1998. Apesar dos compromissos formais que o estado brasileiro estipula com a jurisdição interamericana, o STF – agente principal da reconstrução constitucional – demonstra resistência às transformações constitucionais que deveriam advir da inclusão da comunidade política na realidade interamericana de um sistema multinível de proteção aos direitos humanos.

Uma análise da jurisprudência do STF formulada entre 2010 e 2020 – isto é, desde a condenação do Brasil em *Gomes Lund v. Brasil* – em sede de controle abstrato de constitucionalidade 13 casos fazem referência direta e indireta ao discurso interamericano – são elas: **(i)** ADPF 144, **(ii)** ADPF 153, **(iii)** ADPF 132/ADI 4277, **(iv)** ADI 4815, **(v)** ADI 387, **(vi)** ADI 4275, **(vii)** ADI 5617, **(viii)** ADI 4451, **(ix)** ADI 5243; **(x)** ADC 42, **(xi)** ADC 43, **(xii)** ADI 4439 e **(xiii)** ADI 3239. Nestes julgados, o diálogo transjudicial viabilizou o uso do discurso da Corte IDH como *obiter dictum* das decisões domésticas, canalizando a argumentação do STF em convergência com a identidade interamericana do sujeito de direitos humanos, ainda que de forma superficial.

Importa ressaltar, entretanto, o uso meramente imagético e, por vezes, errôneo da jurisprudência da CtIDH. Sem cotejar a interpretação das decisões e opiniões consultivas, nem preocupando-se em reconhecer o esforço pedagógico que o discurso interamericano alberga, o STF converte-se em “[...] desviante que resiste em reconhecer as transformações costumeiras operadas na estrutura institucional, funções e no funcionamento do acesso, competência e eficácia das decisões e da jurisprudência da Corte IDH” (LEGALE, 2020, p. 512). Falta ao STF uma explicação ou uma distinção mais clara do caráter vinculante, definitivo e inapelável das sentenças da Corte IDH, é o entendimento de Siddharta Legale (2020).

Nesse sentido, julgados como a ADPF 132/ADI 4277 (união homoafetiva) – que promoveram ampliações de garantias constitucionais a partir de uma interlocução com a CtIDH – não podem ser percebidos como pontos de interamericanização da identidade constitucional. Tratam-se, em verdade, de

experiências de reconstrução constitucional meramente episódicas, viabilizadas por variável contextual auspiciosa (ampla discussão na esfera pública, *e.g.*) e por matéria constitucional que não encontra resistência *suficiente* da herança sociocultural hegemônica para induzir a negação da identidade interamericana. Por outro lado, experiências como a ADPF 153 (lei de anistia) – onde as movimentações socioculturais hegemônicas capitaneadas por grupos de interesse componentes da elite política do país estão em jogo – fornece um momento severamente menos positivo à interamericanização da identidade constitucional.

Assim, o discurso da CtIDH produz efeitos palpáveis apenas se encontra terreno político adequado para consolidar-se estruturalmente nas institucionalidades democráticas. O impacto positivo do SIDH quando da redemocratização no final do século XX, por exemplo, somente prosperou, pois o cenário político-social, com os relatórios da CIDH e condenação de Augusto Pinochet em 1998, era favorável a um discurso pró-direitos humanos (CAVALLARO; BREWER, 2008). Logo, quanto à assimilação da identidade interamericana tem-se que o êxito de um *ius constitutionale commune* interamericano depende da capacidade e disposição dos tribunais constitucionais em reconhecerem um compromisso internacional com a integração regional do SIDH e com a consolidação democrática na região.

## 5. Considerações finais

Conclui a pesquisa que a identidade constitucional, como expressão jurídica da identidade coletiva de uma comunidade política, replica os processos de construção de autoimagem percebidos pelos estudos sociológicos da modernidade reflexiva. Na dimensão jurídico-constitucional, conquanto, a interação *self/ other* é um amplamente influenciada pelas condicionalidades disse sociopolíticas da comunidade, de maneira que movimentações hegemônicas de matriz ideológica reiteradamente invalidam uma leitura plural das identidades coletivas, retroalimentando uma construção essencialista, que compreende a alteridade enquanto inimigo e, portanto, pauta as expressões identitárias na manutenção da unidade da tradição e dos espaços de poder.

Entretanto, é salutar ressaltar que as experiências de reconstrução da identidade constitucional são dependentes do contexto e de fatores relacionais nos quais a comunidade política se insere. Assim, cada tentativa de reconstruir a identidade constitucional constitui experiência única, passível de sofrer influências de natureza estrutural, sociocultural ou política. A disposição do sujeito constitucional à adequação sociopolítica e jurídico-institucional mediante abertura e reinterpretção do fenômeno constitucional fica suscetível, portanto, a deturpações que possam advir de um momento constitucional desfavorável à pluralização da identidade constitucional ou da ausência de um *ethos* democrático que pense a reconstrução constitucional segundo um prisma pluralista e globalizado.

Conclui, ainda, a pesquisa a reconstrução de uma identidade constitucional na realidade pós-tradicional solicita uma renovação da noção de identidade, assumindo a construção de laços de apego e inclusão à alteridade. A identidade constitucional se define, pois, especialmente por sua aproximação à identidade do sujeito de direitos humanos – seja a nível internacional ou extraestatal – internalizando as identidades que se condensam na racionalidade jurídica transnacional. O discurso jurídico da CtIDH, neste sentido, pluraliza e internacionaliza a identidade do sujeito constitucional, reconciliando-a com as noções de dignidade humana e o espírito democrático que animam o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Quanto ao Brasil, a disposição do discurso constitucional a dotações pós-positivistas de conhecimento jurídico parece não haver estimulado investigações jurisprudenciais mais profundas relacionadas a identidade constitucional. A interação com a identidade interamericana, neste sentido, é episódica, restringindo-se a experiências pontuais, onde o contexto político do país viabilizou uma interlocução com a CtIDH. Confirma-se, assim, a hipótese de que as restrições fornecidas pela herança sociocultural são amplamente recrudescidas pelo contexto social no qual a comunidade política se insere. A reconstrução da identidade constitucional atesta-se como uma confrontação política, pautada na reconciliação de diferenças e modulação de interesses. O mérito da identidade constitucional é, contudo, sua condição plural, que se articula pouco a pouco pela introjeção gradativa das identidades que, na disposição para reafirmarem constantemente suas lutas por reconhecimento, superam os movimentos repressivos de um passado pré-moderno essencialista.

## Referências

BOURDIEU, P. **Outline a theory of practice**. London: Cambridge University Press, 2013.

CAVALLARO, James; BREWER, S. E. Reevaluating regional human rights litigation in the 21st century: The case of the IACHR. **American Journal of International Law**, v. 102, n. 4, 2008, p. 821.

D'ALIOA, Antonio. Prefazione. In: BERTINETTI, L. ; CABASSI, C.; CABRINI, S. **Fare gli italiani: l'identità nazionale e la costituzione**, Parma: Edicta Edizioni, 2011, p. 9-13.

HABERMAS, J. Citizenship and National Identity. In: **Between Fact and Norms: Contributions to a Discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 2017.

JACOBSON, Gary. **Constitutional Identity**. London: Harvard University Press, 2010.

LACLAU, E. **Emancipação e Diferença**. Rio de Janeiro: Ed. Da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

LEGALE. Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como**

**Tribunal Constitucional:** Exposição e análise crítica dos principais casos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020

LORENZETTO, Bruno Meneses. Caminhos do constitucionalismo à democracia. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, **Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2014.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o Político**. São Paulo: Ed. WMF, 2015.

MONIKA, Polzin. Constitutional Identity as a constructed and a restless soul. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, 2017, p. 1595-1616

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Revista Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 830-868.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PALOMBELLA, G. Structures and process in the constitutional self: coping with the future? **International Journal of Constitutional Law**, 2010, v. 8, n.3, 656-664

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the constitutional subject: Selfhood, citizenship, culture and community**. Routledge: Taylor & Francis Group, 2010.

SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Autêntica, 2020.

ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. **Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland**. Oxford University Press: New York, 2015

SCHMITT, C. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SMITH, Anthony. **National Identity**. New York: Penguin Book, 1991.

TUSHNET, M. How do constitutions constitute constitutional identity? In: **International Journal of Constitutional Law**. v. 8 n. 3, 2010. p. 674

THORHILL, Chris. National sovereignty and the constitutions of transnational law: A sociological approach to a classical antinomy. **Transnational legal Theory**, n. 3, v. 4, 2012, p. 394-460.

VAN DIJK, Teun. Estruturas do discurso e estruturas do poder. In: VAN DIJK, Teun. **Discurso e Poder**. São Paulo: Ed. Contexto, p. 40-85.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurídico extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 232-252, 2019.

WOLFREY, J. **Compreender Derrida**. São Paulo: Vozes, 2011

# A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO PELOS CRIMES COMETIDOS NA DITADURA MILITAR (1964-1985)

**Giovanna Duarte Zuca**

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

Esta pesquisa busca analisar os casos “Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil” e “Herzog e outros vs. Brasil”, os quais versam sobre graves violações dos direitos humanos, praticadas por agentes do Estado na Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), nos quais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi acionada, posteriormente, para promover soluções frente a essas violações. Para esse estudo, será utilizado o método indutivo, pois serão analisados dois casos específicos, partindo para uma premissa geral, que consiste na hipótese de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenhou um papel transformador ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro nesses casos e ao lhe imputar medidas de reparação. Tem-se como objetivo identificar de que forma a Corte exerceu este papel fundamental ao reconhecer a inobservância, por parte do Estado brasileiro, dos direitos humanos dessas vítimas, e analisar quais foram as consequências dessas sentenças.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana; Direitos Humanos; Brasil; Ditadura militar; Regime autoritário.

## **Introdução**

O presente artigo analisa os casos “Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil” e “Herzog e outros vs. Brasil”, os quais tratam de graves violações dos direitos humanos de presos e perseguidos políticos, cometidas por agentes estatais, durante o regime militar no Brasil, o qual perdurou de 1964 a 1985. Em ambos os casos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi acionada, posteriormente, para promover soluções frente a essas

arbitrariedades cometidas por estes agentes que saíram impunes pelo cometimento de inúmeras violações de direitos, as quais envolvem a prática de crimes como perseguição política, detenção arbitrária, tortura, desaparecimento forçado e ocultação de cadáveres.

Para este estudo será utilizado o método indutivo, já que serão analisados dois casos específicos, partindo para uma premissa geral, e possui cunho exploratório, visando a aproximação com o tema analisado, a fim de inteirar-se com o mesmo. As fontes utilizadas para a realização dessa pesquisa consistem na análise de dados bibliográficos, isto é, artigos científicos, teses e livros relacionados com o tema, sendo que o material será lido e fichado. Também serão utilizadas fontes documentais, no caso, documentação legal, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e os relatórios proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos dois casos supramencionados.

Trata-se de um estudo qualitativo, uma vez que busca identificar a natureza do fenômeno estudado, envolvendo interpretação de acordo com a hipótese preestabelecida, a qual consiste na premissa de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenhou um papel transformador ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro por esses crimes cometidos na Ditadura Militar e ao lhe imputar medidas de reparação. Neste sentido, tem-se como objetivo geral identificar de que forma a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerceu este papel fundamental ao reconhecer a inobservância, por parte do Estado brasileiro, dos direitos humanos dos cidadãos brasileiros, principalmente, daqueles contrários ao regime autoritário vigente na época. Além disso, como objetivo específico, serão analisadas as consequências das sentenças desses casos e as medidas de reparação impostas ao Brasil, dentre elas, a determinação da criação da Comissão Nacional da Verdade (a qual foi criada em 2011) e a confirmação de que a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) impediu a investigação e responsabilização dos agentes que cometeram tais arbitrariedades.

Faz-se necessário, portanto, um estudo crítico e humano, capaz de abordar as violações no aspecto jurídico, tendo em conta que as normas jurídicas foram desprezadas e também, no aspecto humano, dos prejuízos ocasionados aos indivíduos que não tiveram suas garantias e liberdades asseguradas pelo Estado, buscando ressaltar a importância que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possuiu, ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro frente a estas inobservâncias dos direitos humanos, ocorridas neste lamentável período da história do Brasil.

### **Caso “Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”**

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência ao regime militar, formado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), na região localizada no limite dos Estados do Maranhão, Pará e

Tocantins, por onde passa o Rio Araguaia. Esse movimento tinha por objetivo lutar contra o regime, através da construção de um exército popular de libertação. Às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia, ocorrida em abril de 1972, a Guerrilha contava com aproximadamente 70 pessoas, em sua maioria jovens.

O caso leva o sobrenome de Guilherme Gomes Lund, um guerrilheiro e militante do Partido Comunista do Brasil, que participou da luta armada contra o regime militar e era um dos integrantes da Guerrilha do Araguaia. O Relatório Arroyo (1974), apresentado ao PCdoB pelo guerrilheiro Ângelo Arroyo, possui importantes informações sobre os eventos ocorridos no Araguaia. Segundo este documento, Guilherme era uma das 15 pessoas que estavam no acampamento da Comissão Militar na hora do ataque perpetrado pelas Forças Armadas, que ficou conhecido como “Chafurdo de Natal”, haja vista que tal episódio ocorreu no dia 25 de outubro de 1973. Vale dizer, que Guilherme Gomes Lund é considerado desaparecido político tendo em vista que seus restos mortais não foram entregues aos seus familiares, impossibilitando seu sepultamento até os dias hoje.

A Comissão Nacional da Verdade em seu relatório I, parte IV, destina o Capítulo 14 a Guerrilha do Araguaia, incluindo a história do início da guerrilha na região do Araguaia, as operações das Forças Armadas visando a erradicação do grupo, a história dos camponeses e indígenas que estavam envolvidos na guerrilha, as vítimas e as violações aos direitos humanos dessas pessoas e por fim, as audiências públicas e diligências realizadas pela CNV.

Conforme consta na Sentença da Corte IDH (2014, p. 33), desde os primeiros conflitos diretos entre comunistas e militares, ocorridos em abril de 1972 até a erradicação da guerrilha em janeiro de 1975, aproximadamente dez mil integrantes das forças armadas foram enviadas até a região, empreendendo repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nos primeiros conflitos, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram, haja vista que os integrantes do Exército haviam recebido ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”.

Todavia, após uma operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, o governo, dirigido pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas e a ordem oficial passou a ser de eliminação dos capturados. Por fim, ao final de 1974, já não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Além disso, o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia, proibindo, inclusive, a imprensa de divulgar notícias acerca do tema e o Exército permanecia negando a existência de todos os acontecimentos ocorridos na



região do Araguaia.

A cronologia das operações das Forças Armadas contra a Guerrilha do Araguaia, de acordo com a CNV (2014, p. 686) é a seguinte

Construção do Batalhão de Infantaria de Selva em Marabá (janeiro de 1970); classificação de Marabá como Área de Segurança Nacional (outubro de 1970); Operação Carajás (1970); Operação Mesopotâmia (1971); descoberta dos guerrilheiros no Araguaia (1972); operação de informações e primeira campanha (abril a junho de 1972); Operação Papagaio (setembro de 1972); Operação Sucuri (maio a outubro de 1973); e Operação Marajoara (outubro de 1973 a 1974).

## **A demanda**

A demanda deste caso refere-se, conforme alegado pela Comissão IDH, à responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 a 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia. Além disso, outro motivo que levou a Comissão a submeter o caso à Corte, foi porque em virtude da aplicação da Lei nº 6.683/79, conhecida como Lei de Anistia, o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado dessas 70 vítimas.

Assim, a Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Por fim, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Ao longo do processo, a Comissão IDH deixa claro que a prática de desaparecimentos forçados constitui-se como um crime contra a humanidade e que tais fatos não ocorreram de maneira isolada, pelo contrário, estão inseridos em um contexto de prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados perpetrados pelas forças de segurança do governo militar, nos quais os agentes estatais utilizavam de sua investidura oficial e dos recursos outorgados pelo Estado para a prática de tais violações, o que neste caso em específico, culminou com o desaparecimento dos membros da Guerrilha do Araguaia. A Comissão (2010, p. 30) alega que os autores ocultaram todas as provas desses delitos e escaparam sem qualquer punição:

quiseram criar um 'limbo jurídico', implantando-o através da negati-

va estatal de reconhecer que as vítimas estavam sob sua custódia, ou dando informações contraditórias sobre seu paradeiro, provocando deliberadamente a impossibilidade de a vítima exercer seus direitos, e mantendo seus familiares num vazio informativo sobre seu paradeiro ou situação.

## A sentença

A Corte IDH proferiu a sentença do Caso “Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, no dia 24 de novembro de 2010, reconhecendo a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação aos Direitos Humanos e pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, destacando que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla e continuada de direitos humanos. Além disso, responsabiliza o Estado pela violação de direitos humanos das famílias das vítimas, haja vista o dano à integridade psíquica causada pelos acontecimentos, principalmente, em decorrência da falta de informações acerca do paradeiro de seus familiares, de forma que, o direito à justiça e à verdade foram negados à família das vítimas.

A Sentença estabelece diversas medidas de reparação a serem cumpridas pelo Estado brasileiro, dentre as principais, destaca-se a obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas. Também impôs medidas de reabilitação (atenção médica e psicológica aos familiares das vítimas), satisfação (publicação da sentença; ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial) e garantias de não repetição (educação em direitos humanos nas Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado; acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado; e criação de uma Comissão da Verdade). Por fim, a Corte (2010, p. 112) determinou ao Estado o pagamento das indenizações a título de dano material, dano imaterial e por restituição de custas e gastos estabelecidos na Sentença diretamente às pessoas e organizações nela indicadas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da sentença.

A Corte (2010, p. 113) determinou que a Lei de Anistia impede a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos e que as disposições dessa lei, são incompatíveis com a Convenção Americana, por isso, carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Ao final ficou concluído que o Estado brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre

Direitos Humanos. Ainda ficou estabelecido o fato de que o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, principalmente em decorrência da interpretação e aplicação da Lei de Anistia frente a graves violações de direitos humanos.

Nesta primeira sentença, já é possível notar a importância que a Corte IDH desempenha em não apenas reconhecer a responsabilidade do Estado, mas também lhe imputar diversas medidas de reparação. Acerca dessa sentença, Flávia Piovesan (2018, p. 485) destaca sua importância dizendo que

Ao endossar a relevante jurisprudência internacional sobre a matéria, a inédita decisão da Corte Interamericana irradia extraordinário impacto na experiência brasileira. Traduz a força catalisadora de avançar na garantia dos direitos à verdade e à justiça. De um lado, contribuiu para o fortalecimento da Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar, em defesa do direito à memória coletiva. De outro lado, contribui para o direito à justiça, combatendo a impunidade de graves violações de direitos humanos, que alimenta um continuísmo autoritário na arena democrática.

### **Caso “Herzog e outros vs. Brasil”**

Vladimir Herzog nasceu em 27 de maio de 1937, na antiga Iugoslávia (atual Croácia) e chegou ao Brasil em 1942, junto com os pais. Naturalizou-se brasileiro e estudou na Faculdade de Filosofia na Universidade de São Paulo. Em 1959, iniciou a carreira de jornalista no jornal “O Estado de São Paulo”. Casou-se com Clarice Ribeiro Chaves pouco antes do golpe de Estado, em fevereiro de 1964. Em 1965, instalaram-se ambos em Londres, por dois anos, durante os quais Vladimir trabalhou como produtor e locutor da BBC e tiveram seus dois filhos: André e Ivo.

Em 1968, voltou ao país e trabalhou como editor cultural da revista “Visão”. Em 1972, ocupou o cargo de secretário do programa “Hora da Notícia”, no canal de televisão TV Cultura, e, em 1975 assumiu o posto de diretor do Departamento de Jornalismo do mencionado canal. Além de jornalista e dramaturgo, Herzog também era membro do Partido Comunista Brasileiro (PCB).

No dia 24 de outubro de 1975, Vladimir Herzog foi chamado para prestar esclarecimentos na sede do DOI-CODI acerca das suas ligações com o Partido Comunista Brasileiro (PCB). O jornalista se apresentou voluntariamente na sede do DOI-CODI na manhã do dia seguinte. Ao chegar, foi privado de sua liberdade, interrogado e torturado. Na tarde desse mesmo dia, Vladimir Herzog foi assassinado pelos agentes do mencionado órgão que o mantinham preso.

O Comando do II Exército, mediante comunicado, divulgou publicamente a versão oficial dos fatos, afirmando que Vladimir Herzog se suicidara, enforcando-se com uma tira de pano. Testemunhos de jornalistas presos no

local apontaram que ele foi assassinado sob tortura. Além disso, em 1978, o legista Harry Shibata confirmou ter assinado o laudo necroscópico sem examinar ou sequer ver o corpo.

Em 1978 a Justiça brasileira condenou a União pela prisão ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog. Em 1996, a Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos reconheceu oficialmente que ele foi assassinado e concedeu uma indenização à sua família, que não a aceitou, por julgar que o Estado brasileiro não deveria encerrar o caso dessa forma.

## A demanda

O caso foi submetido à Corte em 22 de abril de 2016, e conforme consta no relatório (2014, p. 103)

De acordo com informações da Comissão, o caso se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar. Essa impunidade seria causada, entre outros, pela Lei No. 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante a ditadura militar brasileira. As supostas vítimas no presente caso são Clarice Herzog, Ivo Herzog, André Herzog e Zora Herzog.

A demanda levada até a Corte IDH, buscava analisar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, com base em suas obrigações internacionais oriundas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Além de analisar o fato de o Estado não ter realizado a investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, principalmente em decorrência da aplicação da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

Também foi discutido o descumprimento do direito de conhecer a verdade, em virtude da divulgação da falsa versão da morte de Herzog, e da recusa por parte do Estado a entregar documentos militares, e da consequente falta de identificação dos responsáveis materiais pela morte do senhor Herzog. Em decorrência da violação ao direito à verdade, a Corte IDH também buscou verificar se houve violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Vladimir Herzog, em razão da falta de investigação e punição dos responsáveis.

Além disso, em decorrência da falsa versão divulgada acerca da morte do jornalista, ainda que, tal alegação já houvesse sido contestada, a Comissão IDH prosseguiu com um novo exame pericial das fotografias do corpo de Vladimir Herzog e chegou a conclusão de que as marcas no pescoço e tórax da vítima eram próprias de uma morte por asfixia mecânica. Portanto, ficou determinado que a causa da morte foi homicídio por estrangulamento.

Vale dizer que, no momento em que este caso foi submetido à Corte,

a Comissão Nacional da Verdade já havia sido criada em decorrência de determinação da Sentença do caso “Gomes Lund e outros vs. Brasil”. Assim, consta no relatório deste caso (2018, p. 36) que

como parte de suas atribuições, a CNV solicitou a retificação da causa mortis registrada no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Em 24 de setembro de 2013, o juiz interveniente ordenou que no atestado constasse que a morte de Vladimir Herzog ocorreria em consequência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI/CODI/SP.137 O relatório final da CNV afirmou que não havia dúvida de que Vladimir Herzog havia sido detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado no DOI/CODI/SP, em 25 de outubro de 1975.

Por fim, acerca da demanda é importante destacar que a Corte (2018, p. 53) afirma no relatório do caso que não há controvérsia entre as partes em relação a tortura e assassinato de Vladimir Herzog, haja vista que o Estado brasileiro reconheceu, em 1975, a responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog por agentes do Estado no DOI/CODI do II Exército. Ou seja, a controvérsia levada até a Corte diz respeito ao indiciamento dos responsáveis e da aplicação de crimes contra a humanidade, além de tratar, da aplicação da Lei de Anistia, prescrição, princípio de *ne bis in idem* e a coisa julgada.

## **A sentença**

A Sentença proferida pela Corte IDH, no dia 15 de março de 2018, confirma a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação de Direitos Humanos, incluindo a responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog. Assim como, reconhece a responsabilidade do Estado brasileiro na violação de direitos dos familiares da vítima (mãe, esposa e os dois filhos), em especial do direito à verdade e do direito à integridade pessoal, haja vista que a situação ocasionou um dano à integridade psíquica e moral da família.

A Corte (2018, p. 60) conclui que os fatos praticados contra Vladimir Herzog, devem ser considerados crime contra a humanidade. Além de afirmar que a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável neste caso pois trata de graves violações dos direitos humanos em âmbito internacional. Acerca da coisa julgada, a Corte (2018, p. 70) considera que, “[...] no presente caso, a alegada coisa julgada material, em virtude da aplicação da lei de anistia, é, definitivamente, inaplicável.” Nota-se que o entendimento é de que o princípio do *ne bis in idem* e a alegada coisa julgada, não são aplicáveis em situações de graves violações de direitos humanos, nas quais tenha sido aplicada alguma Lei de Anistia, portanto, como a Lei nº 6.683/79 foi aplicada no caso de Herzog, não se considera violação ao *ne bis in idem* e tão pouco considera válida a coisa julgada deste caso.

Sobre a aplicação de leis de anistia, a Corte afirma que são incompatíveis com o Pacto de San José, pois viola o disposto nos artigos 1.1 e 2, além de impedirem a investigação e a punição dos responsáveis por essas violações de direitos humanos, o que impede o acesso das vítimas e seus familiares à verdade sobre os fatos e às reparações necessárias, impedindo o efetivo direito à justiça.

Além disso, a Sentença estabelece diversas medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro, dentre as principais, destaca-se a obrigação de investigar (investigação dos fatos, julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis); medidas de não repetição (imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade); medidas de satisfação (reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado e publicação da sentença); e indenização compensatória (danos materiais, imateriais e restituição de custas e gastos).

Por fim, A Corte IDH (2018, p. 101) proferiu a sentença declarando

responsável o Estado do Brasil pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 deste instrumento, e também em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST), em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. Essas violações se deram como consequência da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, assim como pela aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outros excludentes de responsabilidade proibidos pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade. Adicionalmente, a Corte considerou que o Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade em detrimento de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e de não haver apurado as responsabilidades individuais respectivas em relação com a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção. Igualmente, considerou que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog. Por último, a Corte ordenou ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação.

## **O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Após apresentar os dois casos ocorridos na Ditadura Militar que foram submetidos à Corte IDH, devemos destacar a importância dessa Corte ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro frente à violação de direitos humanos das vítimas e de seus familiares. Mas também, devemos destacar a importância das medidas impostas ao país, como uma tentativa de reparar algumas situações que ainda causavam danos à toda a sociedade.

Nessas duas sentenças, destaca-se a importância que a Corte dá ao direito à verdade, impondo medidas ao país que visem reparar o acesso a este direito, dentre elas a determinação da criação da Comissão Nacional da Verdade, a qual foi criada mediante a promulgação da Lei n 12.528/2011, e teve por finalidade examinar e esclarecer as violações de direitos humanos ocorridas na Ditadura Militar. A CNV atuou de maio de 2012 a dezembro de 2014.

Outra questão discutida em ambas as sentenças diz respeito à aplicação da Lei n° 6.683/79, conhecida como Lei de Anistia, a qual foi sancionada em 28 de agosto de 1979, e concedeu anistia na seguinte forma:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Por conta dessa lei, o Estado brasileiro não investigou, processou e puniu os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas na Ditadura Militar, haja vista que a referida lei absolve automaticamente as violações praticadas pelos agentes da repressão. Por isso, essa lei foi prejudicial para a efetivação do direito à justiça das vítimas, de seus familiares e de toda a sociedade brasileira.

Em ambas as sentenças, a Corte IDH deixa claro que a Lei n° 6.683/79 é incompatível com o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, haja vista que as leis de anistia violam os direitos humanos de acesso à justiça e à verdade, e que, por isso, não deve ser levada em consideração na resolução desses dois casos, ou seja, não deverá ser aplicada e que, portanto, não poderá ser utilizada como “desculpa” para que os acontecimentos não sejam investigados. E que, portanto, o Estado deverá cumprir com as medidas impostas nessas sentenças, sem se valer das escusas que a aplicação de tal lei permitia. Sobre esse assunto, Flávia Piovesan (2018, p. 484) afirma que “A conclusão é uma só: as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.”

## **Considerações finais**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas sentenças dos casos

“Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil” e “Herzog e outros vs. Brasil”, reconheceu a violação de Direitos Humanos por parte do Estado brasileiro nesses dois casos ocorridos na Ditadura Militar, incluindo o reconhecimento da responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura, desaparecimentos forçados e execuções, haja vista que, até então o Estado não havia sido responsabilizado internacionalmente por tais violações e arbitrariedades.

Além disso, a Corte reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação de diversos outros direitos das famílias das vítimas, como o direito à verdade, à memória e à integridade, tendo em vista que essas situações ocasionaram inúmeros danos à integridade física e psíquica dos familiares, além da falta de informações acerca do paradeiro das vítimas e do que realmente havia acontecido, haja vista que não houve investigação e punição dos acontecimentos e dos responsáveis por esses crimes. Vale ressaltar que ainda hoje, há milhares de pessoas consideradas desaparecidas políticas da Ditadura Militar, pois seus restos mortais não foram encontrados e entregues a seus familiares, o que ocorreu principalmente em decorrência da falta de instauração de investigações acerca dos acontecimentos na época.

A Corte também impôs diversas medidas de reparação, satisfação e de garantias de não repetição ao país, as quais foram importantes para a efetivação da justiça, não só para as vítimas, mas para seus familiares e toda a sociedade brasileira. Dentre as medidas de reparação, destaca-se a determinação da criação da Comissão Nacional da Verdade, a qual foi criada em 2011 e desempenhou um importante papel na busca pelo direito à verdade e na preservação do direito à memória das vítimas da Ditadura Militar.

Vale dizer que, em ambas as sentenças, a Corte confirma que a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) impediu a investigação e responsabilização dos agentes que cometeram tais arbitrariedades, e que, portanto, não deve ser aplicada em tais situações, pois impossibilita a efetivação da justiça.

Assim, através dos apontamentos e das análises feitas neste artigo, fica claro o papel transformador que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerceu ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais na Ditadura Militar, que perdurou de 1964 a 1985, configurando um período lamentável na história do Brasil de recorrentes violações a direitos inerentes a todos os seres humanos.

## Referências

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório**/Comissão Nacional da Verdade. Recurso eletrônico. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da casa civil da presidência da república. **Diário Oficial da União**: edição extra, p. 5, 18 nov. de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12528.htm)> Acesso em: 10 set. 2021.



BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: p. 12265, 28 ago. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm)> Acesso em: 10 set. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 04 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil**. 24 nov. 2010. Disponível em:<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Herzog e outros VS. Brasil**. 15 mar. 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)> Acesso em: 04 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600274. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600274/>. Acesso em: 10 out. 2021.

PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL. **Relatório Arroyo [1974]**. São Paulo: Fundação Maurício Grabois, 11/12/2009. Arquivo CNV, 00092.003188/2014-70 <<http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/upload/010-relatorio-arroyo.pdf> >. Acesso em: 10 out. 2021

MEMÓRIAS DA DITADURA. **Biografias da Resistência**: Vladimir Herzog. Disponível em: <<https://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/vladimir-herzog/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

MEMÓRIAS DA DITADURA. **Biografias da Resistência**: Guilherme Gomes Lund. Disponível em: <<https://memoriasdaditadura.org.br/memorial/guilhermegomes-lund/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

# DA JUSTICIABILIDADE À EXEQUIBILIDADE DIRETA DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA DECISÃO *LAGOS DEL CAMPO VS PERU*

**Wilson Seraine da Silva Neto**

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

## **Resumo:**

Apesar de se consagrar os direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes, esses se dividem, por razões histórica, política e ideológica, em duas dimensões: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Não obstante a Declaração Universal dos Direitos Humanos ter inovado em condensar, ineditamente, essas dimensões em um mesmo documento, a força vinculativa de tais direitos se desenvolveu de maneira e velocidade divergente. Pois, enquanto os direitos civis e políticos detêm de uma aplicabilidade imediata (justiciabilidade), os direitos sociais foram normatizados apenas como normas programáticas, sem força de exequibilidade. Contudo, em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma decisão histórica, afirmou pela primeira vez a exequibilidade direta de uma norma de direito social, dando-a um status de norma justiciável, concedendo aos indivíduos o direito subjetivo de reclamar a prestação de tais direitos.

**Palavras-chave:** Direitos econômicos, sociais e culturais; Exequibilidade; Justiciabilidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **A necessária superação da dicotomia entre direitos**

A dicotomia entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, do outro, é produto político-ideológico que se acirrou através da distinção entre países liberais e países socialista. Não há necessidade de viajar na história para explicar o surgimento dos direitos ditos liberais (direitos civis e políticos) e dos direitos sociais (direitos econômicos, sociais e culturais), haja vista a notoriedade dos eventos das Revoluções Liberais que consagrou os direitos liberais em constituições de todo o mundo,

bem como os eventos da Revolução Industrial, Revolução Russa e o início da representação dos grupos operários nos congressos nacionais que levaram os direitos sociais a serem constitucionalizados.

Entretanto é necessário pontuar a importância política que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) detém por (ao menos tentar) apaziguar essa dicotomia entre direitos, ao prever, pela primeira vez, ambas as espécies em um só documento. Diferente do que é reproduzido, os Estados Unidos da América (EUA), que a partir da Guerra Fria contra a União Soviética (URSS) passou a negar e preterir os direitos sociais, foram um dos pontos cruciais para a previsão de tais direitos na DUDH.

Remonta-se ao discurso de Franklin Delano Roosevelt (FDR) de 11 de janeiro de 1944, no qual, ao realizar o discurso anual dirigido aos congressistas, proclamou a necessidade de se realizar o denominado *The Second Bill of Rights*, no qual mostrou a nação norte-americana o desejo que possuía e compartilhava com líderes da Frente Aliada<sup>1</sup> pela busca de uma paz perpétua, no qual seria possível apenas através da *segurança*, não apenas segurança física, mas “a segurança econômica, a segurança social e a segurança moral em uma família de nações”<sup>2</sup>. Adiante, FDR profere uma das frases políticas mais marcantes do século XX. Ao afirmar que “a liberdade para viver sem medo está eternamente ligada a liberdade para viver sem miséria”<sup>3</sup>, complementa dizendo:

Chegamos a uma clara compreensão de que a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança e independência econômicas. “Os homens necessitados não são homens livres”. Pessoas com fome e desempregadas são a matéria-prima de que são feitas as ditaduras<sup>4</sup>.

Com essa fala, Roosevelt explana os direitos que deveriam constar na Segunda Carta de Direitos da Constituição norte-americana, que iam desde o direito a um trabalho útil e remunerado até o direito à assistência médica, adequada rede de seguridade social e habitação<sup>5</sup>. Concomitantemente, os EUA, grande adversário da URSS quanto aos direitos sociais e representante mor dos direitos liberais, haviam passado por uma extensa política intervencionista, com a fortificação do Estado, sob a égide da teoria keynesiana e do *New Deal*.

Contudo, apesar de aprovado a DUDH, a questão política que emergiu pela Guerra Fria não permitiu que a maior potência política-democrática do ocidente pudesse continuar com um projeto rooseveltiano de promoção dos direitos sociais. Longe disso, o antagonismo entre os direitos aumentou, pois,

1 Coalisão política-diplomática-militar composta na Segunda Guerra Mundial que tinha os EUA, a URSS, China e Reino Unido como membros.

2 ROOSEVELT, Franklin Delano. **State of the Union Message to Congress**. January 11, 1944, p. 2

3 ROOSEVELT, op. cit., p. 2

4 ROOSEVELT, op. cit., p. 7

5 ROOSEVELT, op. cit., p. 8

sob o alicerce do marxismo-leninismo<sup>6</sup>, as Constituições Soviéticas de 1936 e 1977 dirimiu ainda mais os direitos liberais em contrapartida pela fortificação dos direitos de teor social. O art. 50 da Constituição soviética de 1977, v. g. condicionava as liberdades individuais (de expressão, de imprensa, de manifestação e de reunião) aos “interesses do povo e com o objetivo de fortalecer e desenvolver o sistema socialista”<sup>7</sup>.

Por todo esse cenário bélico que, apesar da expressão (não só) simbólica que a DUDH possui em amalgamar os direitos liberais e sociais em um só documento, não logrou êxito “a aprovação de um único instrumento que acolhesse, em termos jurídico-vinculativos, a unidade de todos os direitos fundamentais”<sup>8</sup>. Dessa impossibilidade de conciliação entre os Estados, realizou-se dois Pactos, com força jurídica vinculativa, para dá concretização as disposições contidas na Declaração. Assim, em 1966, formalizou-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), sendo marcados pela divisão do mundo àquela época, com os EUA se negando a ser signatário do PIDESC e a URSS e demais países socialistas a assinar o PIDCP.

Atualmente, “a doutrina nota que estes instrumentos internacionais criaram direito consuetudinário em matéria de direitos humanos, vinculando por essa via mesmo os Estados que não os tenham ratificado”<sup>9</sup>. Isso é explicado pela urgência da aplicabilidade de ambos os direitos, como interdependentes, em escala global:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça

6 Em seu livro “A questão judaica”, Marx critica os direitos humanos (liberais), uma vez que busca enaltecer os homens como seres isolado, abstrato e egoísta, com escopo da emancipação política, que, contudo, não resolve a emancipação humana, no qual esta necessita de força política (MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Lisboa: Cotovia.). No mesmo sentido, Lenin, advogou contrário ao que ele denominava de “liberdades burguesas”, haja vista que a liberdade de vontade, segundo ele, é apenas uma fraude criada para permitir a opressão do trabalhador pelo capital. (LENIN, Vladimir. **Opere**, vol. XIV. Edizioni Rinascita, 1955) Ainda, Lenin afirmava que o socialismo não nega a liberdade, mas procura amalgamá-lo com os interesses da coletividade. (S. J. VYSCHINSKY. **The Law of Soviet State**. MacMillan, Nova York, 1948)

7 Artigo 50. De acordo com os interesses do povo e com o objetivo de fortalecer e desenvolver o sistema socialista, aos cidadãos da URSS é garantida a liberdade de expressão, de imprensa e de reunião, reuniões, procissões de rua e manifestações.

O exercício dessas liberdades políticas é garantido pela colocação de prédios públicos, ruas e praças à disposição dos trabalhadores e de suas organizações, pela ampla divulgação de informações e pela oportunidade de uso da imprensa, televisão e rádio. Disponível em: <https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons02.html>

8 MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**. 5 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019., p. 405

9 Ibid, p. 405

social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si<sup>10</sup>.

Ademais, Machado complementa afirmando que “a desconsideração, ao nível do PIDESC, dos direitos de liberdade e propriedade revelou-se negativa, do ponto de vista da capacidade de alocação de recursos para a criação de riqueza”<sup>11</sup>. Dessa forma, a solução da problemática global muito se passa pela concretização ou maximização de ambos os direitos civis e sociais, no qual é impossível garantir a dignidade da pessoa humana, escopo contemporâneo do Direito Internacional, caso haja a ausência de uma dessas dimensões de direitos.

## **Convenção Americana de Direitos Humanos e a positivação dos direitos humanos sociais na América**

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969 foi o segundo documento do continente americano acerca dos direitos humanos – o primeiro foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. Entretanto, em todo seu texto, não enuncia nenhum direito econômico, social ou cultural específico. Apenas seu art. 26 trata de maneira genérica acerca de tais direitos:

### Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

#### Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as 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 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.<sup>12</sup>

Como se observa, o tratamento desprendido aos direitos sociais é o mesmo do PIDESC, no qual são tidos como *normas essencialmente programáticas*, que visa obrigar o Estado-Parte a, progressivamente, realizar a concretização de tais direitos. Com escopo de positivar direitos sociais em espécie, em 1988 foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salva-

10 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva jus, 2018., op. cit., p. 236

11 MACHADO, op. cit., p. 410

12 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_ame-ricana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ame-ricana.htm)

dor). Em seu preâmbulo, o Protocolo reafirma a indivisibilidade dos direitos humanos como meio para se garantir a dignidade da pessoa humana:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos económicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objectivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.<sup>13</sup>

Em seu texto, o Protocolo de San Salvador de 1988 positiva o direito ao trabalho (art. 6º), condições adequadas de trabalho (art. 7º), direitos sindicais (art. 8º), direito à previdência social (art. 9º); direito à saúde (art. 10º), direito ao meio ambiente sadio (art. 11º); direito à alimentação (art. 12º); direito à educação (art.13); direito aos benefícios da cultura (art. 14º); direito à constituição e proteção da família (art. 15); direito da criança (art. 16); proteção de pessoas idosas (art. 17º) e proteção de deficientes (art. 18º). O Protocolo, igualmente como o Protocolo Facultativo do PIDESC, confeccionado 20 anos depois daquele, prevê em seu art. 19º a realização de relatório pelos Estados-Partes para a análise da progressão desses direitos no país.

O Sistema Regional Americano, por força da Convenção Americana, estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O direito à petição e comunicação perante a Comissão é previsto no art. 44º da Convenção, no qual permite “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”<sup>14</sup>. Por outro lado, a Corte possui competência tanto consultiva (abrange tanto os Estados-Parte e os não signatários da Convenção), quanto contenciosa, desde que o Estado-Parte reconheça expressamente a jurisdição do Tribunal no qual se sujeitará<sup>15</sup>.

13 PROTOCOLO ADICIONAL A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITO ECONÓMICO, SOCIAL E CULTURAIS. 1988. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)

14 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Op. cit.

15 Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

Quanto a Comissão, diferente da Corte, Piovesan explica que “o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar essas comunicações, não sendo necessário elaborar declaração expressa e específica para tal fim”<sup>16</sup>. Entretanto, conforme explica a mesma autora, no caso de reconhecimento expresso por parte do Estado-Parte da jurisdição da Corte Interamericana, “a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação a vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado”<sup>17</sup>.

Nessa forma, como se demonstrou, o Sistema Regional Americano de Direitos Humanos possui mecanismos e órgãos que visam monitorar o cumprimento dos direitos positivados nos documentos normativos, bem como sancionar o seu descumprimento, atribuindo, assim, uma maior aplicabilidade e efetividade aos direitos humanos, concretizando o escopo da humanização do Direito Internacional, que, hoje, detém de muitas mais ferramentas e sujeitos que auxiliam a atingir os objetivos da comunidade internacional. É nesse sentido que argumento Almeida:

E, sem que queiramos alinhar com aqueles que veem o Estado-nação como uma entidade com uma inelutável vocação de extinção (Faramiñin Gilbert), certo é que ele se confronta hoje com uma emergente *sociedade civil internacional* - composta por indivíduos, povos, minorias, entidades transnacionais de caráter financeiro e comercial, organizações não governamentais e outras figuras institucionais -, que lhe serve de contraponto, sobretudo quando não cumpre, ou cumpre defeituosamente, as suas obrigações para com os *cidadãos universais*, se assim nos podemos exprimir.<sup>18</sup>

Portanto, atendo-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Corte Interamericana desaponta como vanguardista na guarda de tais direitos, sendo internacionalmente reconhecida pela sua atuação quanto a questão da proteção da população indígena, dos trabalhadores e das pessoas em situação de vulnerabilidade (mulheres, idosos, crianças, pessoas em situação de cárcere).

### **O Caso *lagos del campo vs peru* e a exequibilidade direta dos direitos económicos, sociais e culturais**

Como mencionado acima, a Convenção Americana de Direitos Humanos trata as normas de proteção aos direitos sociais como normas programática, de modo que elas, diferentemente do que ocorre com os direitos civis e políticos, não possuem exequibilidade direta. Para isso, conforme classificação

16 PIOVESAN, op. cit., p. 354

17 PIOVESAN, op. cit. p. 365

18 ALMEIDA, Ferreira de Almeida, F de M. **The humanization of international law**, 93(2) Bol. Fac. Direito U. Coimbra 693 (2017). p. 9

realizada por Flávia Piovesan, encontra-se três diferentes estratégias argumentativas utilizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para promover a proteção dos direitos sociais.

A primeira é relativa à *dimensão positiva do direito à vida* desenvolvida pela Corte no caso *Villagran Morales vs. Guatemala*<sup>19</sup> em 1999, no qual o Estado foi condenado pela impunidade relativa à morte de cinco meninos em situação de ruas que foram brutalmente torturados e assassinados pela polícia. Nesse caso, a Corte assentou o entendimento de que “o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa (...), mas uma dimensão positiva, que demanda do Estado medidas positivas apropriadas para proteger a vida digna – o ‘direito a criar e desenvolver um projeto de vida’”<sup>20</sup>.

O segundo argumento utilizado é relativo à *aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais*, no qual “a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis”<sup>21</sup>. Como exemplo, cita-se o caso *Yakye vs. Paraguai*<sup>22</sup> de 2005, no qual a Corte afirmou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantem acesso à saúde, com respeito a sua cultura.

E por fim, cita-se os casos relativos à *proteção indireta dos direitos sociais*, que consiste “em um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”<sup>23</sup>. Um exemplo comum, é utilização do argumento de proteção ao direito à integridade física e a vida (direito civil e político que detém exequibilidade direta) como modo retórico de realizar o direito à saúde e à segurança, como nos casos *Álban Cornejo y otros vs. Equador*<sup>24</sup> e *Myna Mack Chang vs. Guatemala*<sup>25</sup>.

Entretanto, pela primeira vez na história, em 31 de agosto de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um caso envolvendo um trabalhador peruano, decidiu pela exequibilidade direta dos direitos sociais, em uma interpretação inovadora e extensiva do Art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dotando assim os direitos econômicos, sociais e culturais de justiciabilidade.

19 Villagran Morales et al vs. Guatemala, (The Street Children Case), Corte interamericana de Derechos Humanos, 19 de novembro de 1999, ser. C, n. 63

20 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196.

21 Idip, p. 197

22 Yakye Axa Community vs. Paraguai, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, serie C, n. 125

23 Id, 2015. p. 199

24 Álban Cornejo y otros vs. Equador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de novembro de 2007, serie C, n. 171

25 Myna Mack Chang vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de novembro de 2003, serie C, n.101



## A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Lagos del Campo vs Peru*

O caso em análise diz respeito à exoneração de Alfredo Lagos del Campo da empresa na qual trabalhava em 1989, em decorrência de declarações que proferiu na qualidade de presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial (espécie de sindicato) da empresa Ceper-Pirelli. A demissão do Lagos del Campo foi confirmada pelos tribunais peruanos. A Comissão Interamericana narrou que “o objetivo das declarações do senhor Lagos del Campo foi denunciar e chamar a atenção para os atos de ingerência indevida dos empregadores na vida das organizações representativas dos trabalhadores da empresa e nas eleições realizadas no Comunidade Industrial”<sup>26</sup>. Ademais, a Comissão percebeu que a demissão constituiu “ingerência arbitrária no exercício do direito à liberdade de expressão”<sup>27</sup> e “indicou que, neste caso, era necessário determinar se o Estado havia cumprido seu dever de garantir os direitos da suposta vítima no âmbito das relações de trabalho, tendo em vista o alcance dos direitos reconhecidos na Convenção Americana”<sup>28</sup>.

A Corte, ao final no julgamento, decidiu que “o Estado, com base na destituição do Sr. Lagos del Campo, violou seus direitos à segurança no emprego (artigo 26 em relação aos artigos 1 (1), 13, 8 e 16 da Convenção)”, bem como “a liberdade de expressão (artigos 13 e 8 em relação ao artigo 1 (1) da Convenção)”, de modo que “isto teve repercussões na sua representação laboral e no direito à liberdade de associação (artigos 16 e 26 em relação ao artigo 1 (1), 13 e 8 da Convenção), com impacto na sua vida profissional, pessoal e familiar”<sup>29</sup>. Ademais, a Corte decidiu que o Estado violou o acesso a justiça do Sr. Lagos del Campo, conforme os artigos 8 (1) e 25(1) da Convenção Americana, pois:

(i) o processo de segunda instância não avaliou os argumentos de defesa da vítima e vários outros tribunais não o corrigiram; (ii) o primeiro recurso de anulação foi julgado e rejeitado pelo mesmo tribunal que homologou o indeferimento; (iii) o processo de amparo não se pronunciou sobre os direitos substantivos (constitucionais) alegados pelo senhor Lagos del Campo, considerando que se tratava de coisa julgada, e (iv) estava obrigado a esgotar o recurso que, à época dos fatos, era ilusório.<sup>30</sup>

Entretanto, o que nos interessa ao escopo do trabalho é a fundamentação utilizada pela Corte quanto da decisão de condenar o Estado por violação ao direito à segurança no emprego, pois, como já afirmado, pela primeira vez

26 *Lagos del Campo vs. Peru*, Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2017, serie C, n. 340, p. 4

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*, p. 52-53

30 *Ibid.* p. 59

na história da jurisdição regional americana um direito social foi entendido como direito subjetivo, isto é, direito justiciável e com exequibilidade direta. Entretanto, tal entendimento não foi unânime, devendo-se ater também ao voto dissidente por parte do ex-juiz do Tribunal Constitucional Colombiano (à época, integrante da Corte) Juiz Humberto Antonio Sierra Porto e Juiz Eduardo Vio Grossi.

Já no primeiro parágrafo da fundamentação da decisão, a Corte afirma que “tem reiteradamente mantido a interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, porque todos devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia específica, e ser exigíveis em todos os casos perante as autoridades competentes”<sup>31</sup>. Ainda, complementa, ao utilizar o Comentário Geral nº 18 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmando que “violações da obrigação de proteger decorrem da falha dos Estados Partes em tomar todas as medidas necessárias para salvaguardar as pessoas, dentro de sua jurisdição, de violações do direito de trabalhar por terceiros, que incluem ‘a falha em proteger os trabalhadores contra demissão ilegal’”<sup>32</sup>.

Nesse sentido, a Corte entendeu que a obrigação estatal de proteger o direito da segurança do trabalho resulta nos seguintes deveres:

- (a) adotar as medidas cabíveis para a devida regulamentação e fiscalização deste direito; (b) proteger os trabalhadores contra demissões sem justa causa, através dos seus órgãos competentes; (c) Em caso de demissão sem justa causa, para retificar a situação (quer por reintegração quer, se for caso disso, por compensação e outras prestações sociais estabelecidas no direito interno). Consequentemente, (d) o Estado deve fornecer mecanismos eficazes de reclamação em casos de demissão injustificada, para garantir o acesso à justiça e a proteção judicial efetiva de tais direitos.<sup>33</sup>

Tendo em vista esses deveres, o Estado do Peru falhou em não ter adotado tais medidas para proteger o trabalhador. Invés disso, o Sr. Lagos del Campo não foi realocado no seu posto de trabalho, nem percebeu nenhuma compensação de verbas trabalhistas no qual tinha direito. Assim, concluiu a Corte que “consequentemente [a falha do dever estatal], o senhor Lagos del Campo perdeu o emprego, a possibilidade de aposentadoria e o exercício de seus direitos de representante dos trabalhadores. Isso também impactou sua vida profissional, pessoal e familiar”<sup>34</sup>.

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu condenar o Peru a partir da violação específica do art. 26º da Convenção, fato este nunca houvera ocorrido anteriormente (conforme explicitado acima quando se abordou a retórica utilizada da Corte para promover a proteção

31 Ibid, p. 45

32 Ibid. p. 48

33 Ibid. p. 48.e 49

34 Ibid. p. 49

dos direitos sociais, uma vez que estes são normas programáticas e não de aplicabilidade imediata):

Por último, deve-se assinalar que a Corte estabeleceu anteriormente que tem competência para examinar e decidir as controvérsias relativas ao artigo 26 da Convenção Americana, como parte integrante dos direitos nela enunciados e, a respeito dos quais, o artigo 1 (1) estabelece as obrigações gerais dos Estados de respeitar e garantir direitos (par. 142 supra). A Corte também desenvolveu jurisprudência importante sobre o assunto, à luz de diferentes artigos da Convenção. Com base nisso, a presente sentença desenvolve e consubstancia uma condenação específica pela violação do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, constante do Capítulo III deste tratado, intitulado Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>35</sup>. (grifou-se)

Com essa decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu um grande passo rumo a efetividade real dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que o tornou um direito de exequibilidade direta em que, em nome dele, pode-se reclamar perante a justiça (justiciabilidade). Esse caso que inaugurou essa nova interpretação da Corte Interamericana se transformou em um precedente forte, havendo já mais casos que o utilizaram como guia de fundamentação (*Poblete Viches vs. Chile* de 2018<sup>36</sup> e *Muelle Flores vs. Peru* de 2019<sup>37</sup>), com destaque para o caso de 2020, *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (“Nossa Terra”) vs. Argentina*<sup>38</sup>, no qual a Corte, ao assentar a justiciabilidade dos direitos sociais, determinou que a Argentina atue na proteção da identidade cultural, do meio ambiente sadio, da alimentação adequada, bem como na promoção do direito à saúde e direito à água das comunidades indígenas.

## **Dissidência de entendimento do juiz Humberto Antonio Sierra Porto**

O Acórdão do caso foi unânime em quase todas as condenações em face ao Peru, havendo apenas a fundamentação relativo à condenação por violação ao Art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos divergência. Os votos dissidentes foram do Juiz Eduardo Vio Grossi e do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto. Todavia, dar-se-á ênfase ao voto deste último.

O Juiz Humberto Porto, ex-juiz do Tribunal Constitucional Colombiana-

35 Ibid. p. 49

36 *Poblete Viches vs. Chile*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 8 de março de 2018, série C, n. 349

37 *Muelle Flores vs. Peru*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 5 de março de 2019, série C, n. 375

38 *Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (“Nossa Terra”) vs. Argentina*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 6 de fevereiro de 2020, série C, n. 420

no, foi enfático em suas críticas aos seus pares pela decisão tomada. Diferenciando da jurisdição constitucional da jurisdição de Corte regional<sup>39</sup>, o Juiz afirmou que se mantém “convicto de que, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a justiciabilidade dos DESC não deve ser efetivada pela aplicação direta do artigo 26 da CADH, como neste caso”<sup>40</sup>. O juiz relembra que a sua “discussão não se concentra em se os DESC são direitos humanos que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado, mas sim na forma como essa justiciabilidade se realiza no âmbito do Sistema Interamericano em particular”, uma vez que a “aplicação direta do artigo 26 da Convenção Americana é tão conflituosa”<sup>41</sup>.

Assim, o Juiz Humberto Porto divide sua argumentação em três partes: primeiramente é referente ao conteúdo do Art. 26º da Convenção, no qual este “não estabelece uma lista de direitos; ao contrário, a obrigação que este artigo comporta, e que a Corte pode fiscalizar diretamente, é o cumprimento da obrigação de desenvolvimento progressivo - e a consequente obrigação de não retrocesso - dos direitos que derivam da Carta da Organização das Nações Unidas. Estados (doravante “a Carta”)<sup>42</sup>.

O segundo argumento é em relação ao Protocolo de San Salvador, pois “não é possível abordar o debate sobre a jurisdição da Corte Interamericana na área de DESC sem levar em conta o Protocolo de San Salvador”, já que “a relevância do Protocolo decorre do fato de que é por meio dele que os Estados da região tomaram a decisão de definir quais DESC são obrigados a cumprir. Além disso, estabeleceram de forma clara e precisa o conteúdo dos referidos direitos”<sup>43</sup>. Ademais, segundo o Juiz, “os Estados tomaram a decisão soberana de restringir quais DESC estabelecidos no Protocolo poderiam ser monitorados pelo mecanismo de petições individuais ao estabelecer no Artigo 19 (6)<sup>44</sup> do Protocolo de San Salvador, no qual “os Estados decidiram limitar a competência da Comissão e da Corte para examinar casos contenciosos, a menos que se relacionem com direitos sindicais e com direito à educação”<sup>45</sup>.

Por fim, em seu último argumento, o Juiz Humberto Porto aponta sua crítica para o uso do método interpretativo *pro persona*, anotando que há outros modos interpretativos que se deve levar em conta quanto se está diante de um tratado:

---

39 Lagos del Campo vs. Peru, p. 110

40 Ibid

41 Ibid, p. 111

42 Ibid

43 Ibid, p. 113

44 Cf. Art. 19, 6: Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por acção imputável directamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Inter americana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

45 Ibid. p. 113

A ideia de superar os problemas de justiciabilidade dos DESC a partir de uma interpretação evolucionária e supostamente “pro persona” do artigo 26 da CADH tem sido uma constante para os defensores desta tese. No entanto, esta afirmação acarreta um problema básico, pois não leva em conta que, para interpretar um tratado corretamente, é necessário recorrer a outros métodos de interpretação existentes no direito internacional, pois o método evolutivo não é o único. Isso deve ser levado em consideração.

Quanto aos métodos de interpretação que devem ser levados em consideração, os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelecem os principais métodos. A Corte Interamericana os incorporou em sua jurisprudência; assim, além do método evolutivo, tem utilizado outros critérios de interpretação como a interpretação literal, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica. A este respeito, deve-se assinalar que, para interpretar uma norma, não basta utilizar apenas um dos diferentes métodos de interpretação existentes, porque esses métodos são complementares e todos iguais. De fato, no referido Voto Concorrente, analisei o artigo 26 da CADH com base em todos os métodos de interpretação, e isso revelou que não permite a justiciabilidade direta do DESC, em virtude da jurisdição da Corte Interamericana a esse respeito é regulado pelo Artigo 19 (6) do Protocolo.

Dessa forma, através do voto do Juiz Humberto Porto, tentou-se cumprir a missão de mostrar as duas faces da moeda da decisão: enquanto a decisão da maioria apontou para uma evolução vanguardista quanto a exequibilidade dos direitos sociais em direção de lhes conceder uma maior aplicabilidade fática, o voto dissidente do Juiz Humberto Porto apontou falhas no método decisório-interpretativo da Corte, que se deve, como todo poder jurisdicional, basear-se, além da legalidade, na segurança jurídica e na consequência da criação de um precedente que representa uma mudança revolucionária no status legal e no entendimento pacificado sobre o tema.

## Referências

ALMEIDA, Ferreira de Almeida, F de M. **The humanization of international law**, 93(2) Bol. Fac. Direito U. Coimbra 693 (2017).

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

Lagos del Campo vs. Peru, Inter-American Court, 31 August 2017, serie C, n. 340

LENIN, Vladimir. **Opere**, vol. XIV. Edizioni Rinascita, 1955

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**. 5 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Lisboa: Cotovia

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6 ed. São Pau-

lo: Saraiva, 2015

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva jus, 2018.

PROTOCOLO ADICIONAL A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITO ECONÓMICO, SOCIAL E CULTURAIS. 1988. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)

ROOSEVELT, Franklin Delano. **State of the Union Message to Congress**. January 11, 1944

S. J. VYSCHINSKY. **The Law of Soviet State**. MacMillan, Nova York, 1948

UNIÃO DA REPÚBLICA SOCIALISTA SOVIÉTICA. **Constituição da União da República Socialista Soviética de 1977**. Disponível em: <https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1977toc.html>

# A RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO PERANTE A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

**Matheus de Lima Fávaro**

Bacharel em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

O sistema prisional brasileiro vivencia uma crise, tanto estrutural como em sua essência, e quem sofre com isso é o encarcerado, no qual é submetido a condições desumanas. O presente trabalho tem como principal objetivo discorrer sobre os aspectos do falido sistema prisional brasileiro e seu descumprimento com a função de ressocialização do apenado. Faz-se necessário o estudo do presente tema abordado, tendo em vista a ineficácia do sistema carcerário e seu descumprimento da função ressocializadora. Inicialmente, o trabalho aborda a evolução das penas, para após mencionar as condições desumanas que vivem os encarcerados no sistema prisional atual brasileiro. Desse modo, busca-se ainda, demonstrar o papel da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado, criada em 1972, em São José dos Campos, SP, que utiliza uma metodologia mais humanizada entre os detentos, sendo essencial para sua efetivação da função ressocializadora da pena, conseqüentemente, reduzindo a reincidência no crime.

**Palavras-chave:** Sistema Prisional. Encarceramento. Ressocialização.

## **1 Introdução**

O Direito Penal, assim como os demais ramos do direito, sofre modificações conforme as transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que ocorrem, com o intuito de atender as necessidades e os interesses coletivos de uma sociedade. Porém, se tratando especificamente do Sistema Prisional Brasileiro, é fato notável que vive um momento de crise que se agravou com o passar do tempo e tornou cada vez mais insalubre a realidade dos presídios brasileiros que, por consequente, vem deixando de cumprir o papel de ressocialização do encarcerado

Logo, o presente trabalho, em seu segundo capítulo, trata desde a origem da pena, visando sua compreensão através da ênfase nos principais traços históricos envolvidos, percorrendo a idade média, a idade moderna até a

idade contemporânea, de modo a demonstrar como a realidade se apresenta.

Ainda, aborda as garantias constitucionais da pena, fazendo menção ediscutindo-se a finalidade e eficácia da pena perante o sistema prisional, na qual engloba a importância da ressocialização do encarcerado.

Ademais, enfatiza a formação e realidade do sistema penitenciário brasileiro e sua estrutura falida. Logo, elucida os aspectos que influenciam o sistema prisional brasileiro a não cumprir sua função de ressocialização, além de expor sua estrutura extremamente precária. Desse modo, visa abordar cada critério que deveria ser obrigatório ao preso além dos seus direitos que não são garantidos na prática.

Apresenta-se a essência do funcionamento e dos objetivos da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) que visa implementar um novo modelo de cumprimento de pena entre os apenados.

Desta forma, para discorrer sobre a ressocialização do encarcerado perante a realidade do sistema prisional brasileiro foi utilizada a metodologia hipotética dedutiva, consultando artigos, revistas e livros.

## **2 Evolução e origem histórica das penas**

Dentre inúmeras pesquisas já realizadas por estudiosos verifica-se a impossibilidade de precisar corretamente em qual momento iniciou-se o sistema punitivo em face do ser humano, como consequência da quebra de regras sociais, mas conclui-se que tal sistema foi evoluindo com o passar do tempo e de acordo com os tipos de sociedade.

Assim, fazendo menção aos primórdios, o gênero humano tem interesses diversos um dos outros, porém, devido às necessidades cotidianas e à defesa de ameaças tanto externas quanto internas, foram pressionados a se reunirem em pequenas sociedades para garantir sua integridade física, ou seja, foi sacrificada uma parcela de liberdade em prol do bem geral, uma nação soberana, que definiu quem seriam os encarregados pelas leis e pela administração da sociedade.

Deste modo, conforme salienta bem o autor Cesare Beccaria, o conjunto de todas essas porções de liberdade é o fundamento de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

Logo, as penas são mais justas conforme são mais invioláveis, para garantir uma liberdade para o soberano da sociedade pautada na porção de liberdade retirada de cada um dos indivíduos, sendo que o bem geral a se alcançar depende do conjunto e da obediência do gênero humano em relação à sua liberdade.

Na antiguidade, a igreja passou a ter grande influência perante ao Estado, transformando-se em um “Estado Teleológico”, como consequência, a pena passou a ter uma natureza religiosa. Assim, as justificativas para a punição dos infratores passaram a ser fundamentadas nas crenças divinas, sendo



que tinham por objetivo reconquistar o perdão perante aos deuses, que foram ofendidos pelo infrator.

Ainda, podemos citar por fim, o exemplo de pena no Antigo Egito, onde eram utilizadas a pena de morte, a mutilação e o trabalho escravo em favor dos faraós.

Contudo, dois grandes filósofos, Platão e Aristóteles, trouxeram pensamentos diversos sobre a pena nesse contexto histórico da antiguidade. Para o primeiro, a pena teria função de melhorar o indivíduo para que este pudesse servir de exemplo para os demais cidadãos, auxiliando na prevenção dos crimes. Já para Aristóteles, diferentemente de Platão, a compreensão era de que o castigo reestabelecia a igualdade entre os indivíduos que fora violada pela infração cometida, ou seja, o infrator deveria ser castigado, pois o poder de intimidação da sanção é um meio de abstenção e prevenção da prática de infração, sendo que isto atingiria um fim de moral para a convivência perante a sociedade.

Vale ressaltar que os princípios gerais do Direito Penal não podem ser confundidos com os princípios gerais atrelados à Pena. Diante desse cenário, a aplicação desses princípios e garantias estão atrelados na combinação tanto do Código Penal vigente, sendo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, quanto da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

A própria Constituição federal citada acima elenca vários princípios que regem o direito penal, além das garantias que traz a eficácia da aplicação dos princípios, podendo expor que são complementares entre si.

Ademais, os princípios penais têm como principal finalidade disciplinarem as matérias de cunho penal para que sejam pautadas na constituição, limitando o poder punitivo. Desse modo, os legisladores precisam levá-los em consideração na elaboração das normais penais e, conseqüentemente, dispor de um ordenamento penal disciplinado, sem que se ultrapassem os direitos do infrator. Assim, abaixo será elencado os princípios constitucionais que são a base do direito penal e as garantias inerentes ao indivíduo, garantindo também a segurança jurídica, conforme o próprio José Roberto dos Santos Bedaque alega:

“Representa a possibilidade, conferida a todos, de provocar a atividade jurisdicional do Estado e instaurar o devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos etc.”  
(BEDAQUE, José Roberto dos Santos.

Primeiramente, cumpre salientar o conceito da pena, no qual consiste basicamente em uma sanção penal imposta pelo Estado devido à prática de uma infração penal imposta pela lei, que restringe ou priva um bem ou direito jurídico do infrator. Ainda, é possível citar o conceito da pena, sob a visão de Fernando Capez:

“sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade” (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: Parte Especial. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.).

O artigo 59, do Código Penal, citado acima, expõe que as penas são necessárias, além desuficientes, para a reprovação e prevenção do delito cometido, ou seja, deve impor uma punição ao infrator, bem como prevenir que ocorra outras infrações penais, como uma intimidação.

No Brasil, é adotado pelo código Penal a teoria chamada de unitária, na qual visa a retribuição, prevenção e a ressocialização no decorrer do cumprimento da pena. Essa ressocialização está ligada ao princípio da individualização da pena, tendo em vista que o Estado deve proporcionar ao infrator um ambiente de cumprimento de pena que possa garantir os seus direitos, com assistência social, médica, entre outros, para que o infrator possa ser ressocializado à sociedade após o cumprimento da pena, e não volte a praticar novos delitos.

Dito isso, para que a pena tenha eficácia diante de sua atribuição deverá, pelo menos em teoria, cumprir com sua finalidade em punir o agente infrator, intimidar para que não ocorra crimes futuros e ressocializar o apenado, para que este possa ser reintegrado à sociedade de forma devida. Mas, como será demonstrado ao longo deste trabalho, o sistema penitenciário brasileiro nem sempre consegue cumprir seu papel, porém, o que deve ser ressaltado, é que deve sempre caminhar para poder amenizar o impacto de sua ineficácia.

### **3 Sistema penitenciário brasileiro, sua formação e estrutura falida**

O Sistema Penitenciário brasileiro iniciou-se com a redação original do Código Penal de 1940, no qual os condenados à reclusão eram expostos a quatro fases de progressividade: 1) os condenados eram remetidos ao isolamento durante o dia, sempre inferior a 3 meses; 2) eram liberados para prática de atividades laborais em comum com outros reclusos, porém, eram remetidos ao isolamento durante a noite; 3) caso o condenado cumprisse metade de sua pena, e esta fosse inferior a três anos; ou caso cumprisse um terço dela, se fosse superior a três anos; poderia ser submetido a uma colônia de pena ou estabelecimento similar, porém, além do tempo de cumprimento, deveria ainda ter bom comportamento; 4) poderiam ser remetidos ao livramento condicional, desde que cumpridos os requisitos do artigo 60, do CP, referente à redação original, na qual não mais está em vigor.

Atualmente, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o chamado Pacote Anticrime expõe requisitos tanto objetivos quanto

subjetivos para a progressão de regime, ainda baseados em porcentagens de cumprimento da pena, além de bom comportamento pelo recluso atestado pelo diretor do presídio, levando em consideração também outros requisitos e o regime em que o recluso estava submetido.

No que concerne às porcentagens para progressão de regime, segundo artigo 112 da Lei Nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP), após a resolução da Lei Anticrime, o inciso I da LEP afirma que deverá cumprir 16% (dezesesseis por cento) da pena se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; inciso VIII, chega a cumprir 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Ademais, no Brasil é um fato notável que o sistema punitivo utilizado é completamente falho, não oferecendo condições básicas aos apenados para cumprimento de pena. Desse modo, há significativas dificuldades para atingir os fins das penas, sendo que os principais motivos de não obtenção do êxito estão no tratamento abusivo dos funcionários penitenciários perante os presos e as más condições de instalação e de precariedade dos estabelecimentos prisionais.

Vale ressaltar também que a própria instalação prisional, devido a más condições higiênicas, causa muitas doenças e infecções que acabam se proliferando por não possuírem assistência médica de qualidade, nem mesmo um bom espaço para os seus respectivos tratamentos, outrossim, péssimas ou até mesmo ausência de assistência psicológica e educacional do encarcerado, visto que muitos não possuem mais nenhum contato com a sociedade fora dos presídios, não tem trabalho e sofrem maus tratos pelos agentes penitenciários, o que faz com que os detentos passem por um processo de desumanização, tornando-se verdadeiros animais acarretando em ódio, crueldade e revolta contra o Estado e com seus agentes e funcionários.

Assim, a sociedade torna-se a maior vítima, sendo alvo dos criminosos devido a maneira pela qual os condenados vivem diariamente nos estabelecimentos prisionais em que, por falta de fiscalização, acarreta em um aumento significativo da violência, comprometendo a sobrevivência de quem está dentro e incita a degradação desses locais, tornando-os inabitáveis e, consequentemente, aumentando as probabilidades de suas reinserções para o mundo do crime, como pode ser verificado nos altos índices de reincidência. Logo, é possível citar vários fatores que, por sua vez, influenciam o encarcerado, sendo estes obstáculos para o cumprimento da finalidade da pena e ligados diretamente à falta de ressocialização.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), na qual se realiza o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), por intermédio do site oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública, considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes.

É fato notável que o sistema prisional brasileiro se encontra com um grave problema de superlotação que, por sua vez, traz diversas consequências negativas tanto ao apenado quanto à sociedade, além do desrespeito ao princípio da dignidade humana. Logo, essa falta de estrutura já mencionada, aliada com a superlotação do sistema prisional brasileiro, faz o que com os encarcerados busquem uma forma própria de garantir sua dignidade, ou seja, tentam através da rebelião garantir seu direito à dignidade humana e sobreviver ao restante de sua pena.

Dito isso, as rebeliões acontecem com frequência e são resultado de um sistema prisional caótico e falido, que não tem estrutura para assegurar aos encarcerados uma forma digna de tratamento. Por isso, as reivindicações são comuns e retratam a realidade do sistema prisional brasileiro que não cumpre a finalidade da pena e não consegue buscar a ressocialização dos presos e diminuir o alto índice de reincidência.

#### **4 Uma alternativa brasileira para o sistema prisional nacional - APAC (associação de proteção e assistência aos condenados).**

Diante dos inúmeros problemas no sistema penitenciário brasileiro que foram explanados até o momento, torna-se praticamente impossível cumprir as finalidades das penas preventivas e ressocializadoras, ou seja, na prática o que se vê é a aplicação da função retributiva da pena (uma vez que um indivíduo tenha cometido um crime, ele cumpre uma punição por ter praticado tal ato delituoso).

É cediço que o Código Penal brasileiro prevê a aplicação das teorias das penas preventivas e ressocializadoras, as quais destinam-se à vida do preso, ao ponto de fazer com que durante o cumprimento de pena do aprisionado ele demonstre maiores probabilidades de não se tornar um reincidente no crime, ou seja, não voltar a praticar condutas criminosas.

Neste cenário, com o objetivo de fazer com que seja possível desenvolver um novo modo de cumprimento de pena dos presos, em que sejam executadas as funções preventivas e ressocializadoras da pena, criou-se a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

Segundo o site da FBCA, esta Associação:

[...] nasce em 1972, na cidade de São José dos Campos - SP, através de um grupo de voluntários cristãos, sob a liderança do advogado e jornalista Dr. Mário Ottoboni, no presídio Humaitá, para evangelizar e dar apoio moral aos presos. A inexperiência no mundo do crime, das drogas e das prisões proporcionou a criação de uma experiência revolucionária. A sigla significava Amando o Próximo Amarás a Cristo. (FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. A APAC: o que é? FBAC, 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www.fbac.org.br/2021/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>. Acesso em: 23 abr. 2021.)

Ademais, podemos conceituá-la, segundo autor Valdeci Ferreira, como:

“Entidade civil, de direito privado, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria, destinada à recuperação, reintegração social dos condenados a pena privativa de liberdade, proteção da sociedade, o socorro às vítimas e a promoção da Justiça Restaurativa. (FERREIRA, V. A. Juntando cacos, resgatando vidas: valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro: psicologia do preso. Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2016, p. 33.).

Esta instituição encontra-se totalmente amparada pela Constituição Federal (ao tratar-se da concretização dos direitos fundamentais), pelo Código Civil e pela Lei de Execução Penal (LEP), prestando assistência ao Poder Judiciário, no que tange às execuções penais e ao Poder Executivo, no que diz respeito à administração da aplicação das penas privativas de liberdade nos regimes aberto, semiaberto, fechado e no livramento condicional. A APAC foi construída e perseverou-se com o tempo. O seu cunho espiritual é conhecido como “Amando o Próximo, Amarás a Cristo”. Esta entidade tem como objetivo central o de humanizar os presos, os quais cumprem suas respectivas penas em Centros de Reintegração Social, próximos dos domicílios de seus familiares, a fim de facilitar a comunicação dos apenados com a família destes, pois, trata-se do primeiro passo da ressocialização da pena: a aceitação e o apoio familiar são essenciais para que o preso seja reintegrado à sociedade, sem cogitar cometer alguma outra conduta criminosa, sendo motivado a buscar sua própria salvação.

O método empregado pela APAC visa realizar um estudo aprofundado com o aprisionado para poder entender o que o levou a praticar um determinado crime, para que possa avaliar possíveis soluções a serem aplicadas durante o cumprimento de pena, para auxiliá-lo a ficar bem consigo mesmo e, conseqüentemente, impedi-lo de voltar a delinquir, colocando em prática o princípio constitucional-penal da individualização da pena.

Ademais, a metodologia apaqueana denomina o apenado como recuperando, o qual é oprotagonista na sua recuperação. As atividades desempenhadas nos Centros de Reintegração Social permitem que os recuperandos estejam ocupados com constantes ações, as quais são promovidas entre eles, que envolvem solidariedade, responsabilidade, convivência social, ajuda mútua e fraternidade, destacando-se o Conselho de Sinceridade e Solidariedade, formado unicamente por recuperandos, os quais tornam-se responsáveis em efetuar serviços de limpeza, segurança, organização e disciplina.

O trabalho exercido pelos recuperandos varia de acordo com o atual regime de cumprimento de pena. No regime fechado, o trabalho tem o fim de recuperar valores e promover a autoestima, a criatividade, as potencialidades e o senso de estética. Este labor é voltado para a diversidade do trabalho artesanal, a laborterapia, sem fins lucrativos. Enquanto no semiaberto também não visa apenas gerar renda, mas sim alcançar a qualificação para capacitá-los pro-

fissionalmente para o mercado de trabalho, por meio de oficinas profissionalizantes, trazendo noções básicas de psicologia do preso, sua disciplina e a alta rotatividade dos recuperandos. E no aberto, o propósito é a inserção social, podendo desempenhar labor externo e retornar para ao Centro de Reintegração Social para dormir.

O principal pilar do emprego da metodologia apaqueana é a valorização humana, conforme mencionada no início deste tópico. O recuperando passa a conviver com métodos psicopedagógicos, retoma valores, os quais foram se perdendo ao longo de sua vida e, conseqüentemente, ele acaba conhecendo novas concepções morais.

Aqui, não basta garantir que o recuperando cumpra sua pena, é preciso realizar um trabalho que vise desenvolver quatro aspectos primordiais: físico, intelectual, emocional e espiritual. O primeiro deles procura definir qual local será ideal para o recuperando cumprir sua pena, oferecer-lhe um trabalho, o qual de fato possa efetivá-lo e fornecer assistência à saúde. O segundo é destinado a proporcionar educação e qualificação profissional, demonstrando métodos inovadores as quais estimulam os recuperandos a pensarem, criarem alternativas para superar suas dificuldades. O terceiro procura exercitar o controle das emoções e, dessa forma, adquirir confiança em seus pensamentos e tarefas, tornando o emocional um forte aliado para efetuar qualquer atividade diária que esteja exposto a fazê-la. O quarto elemento busca trabalhar com a espiritualidade e a fé, onde se ouve mais as palavras de Deus, enaltecendo a fraternidade e solidariedade com os recuperandos e os operadores da metodologia apaqueana.

É de se frisar também que a valorização humana não pode ser empregada de forma genérica, única para todos os recuperandos. Isso porque, cada um possui suas individualidades, suas habilidades, suas frustrações, medos, necessidades, cargas emocionais, intelectuais e espirituais distintas. Em razão disso, a valorização humana aqui articulada, coaduna com o princípio da individualização da pena, pois, para cada recuperando há uma forma de agir, há um caminho diferente a ser trilhado para que de fato ele se torne uma pessoa recuperada, não voltando mais às práticas criminosas, contribuindo para que haja redução do índice de criminalidade no nosso país.

Outro pilar também sustentável pelas APACs é denominado como mérito. Trata-se do registro de todo o cumprimento de pena do recuperando, desde quando ingressou na APAC até quando ele conquistou sua liberdade. Neste registro contém informações a respeito de cada um de suas superações dentro do Centro de Reintegração Social, os elogios que receberam, as saídas permitidas e proibidas que eventualmente possam ter ocorrido, punições disciplinares aplicadas, irregularidades, erros cometidos pelos recuperandos, completando dessa forma o prontuário do recuperando, o qual será avaliado pelo departamento jurídico.

O método APAC foca em minimizar e, porventura, eliminar, a maior parte das questões problemáticas que podem vir à tona para o recuperando em

razão das condições vividas como aprisionados e, deste modo, fazer com que o recuperando sinta a necessidade e a importância de passar por todas essas etapas, efetuar cada uma das atividades propostas, para não deixar o tempo ocioso e, ao mesmo tempo, fazer com que as habilidades humanas de cada recuperando sejam desenvolvidas em alta performance, envolvendo o emocional, o intelectual e o espiritual de cada um dos apenados.

Os CRS's são capazes de acolher duzentos sentenciados e o método da APAC se mantém por meio do auxílio do Estado, em um Convênio de Custeio, após ter celebrado um Termo de Colaboração em que o custo é correspondente a uma quantia per capita por recuperando. No entanto, nem sempre a quantia repassada é suficiente para, de fato, arcar com todos os gastos referentes à manutenção da metodologia apaquena, o que faz com que sua atuação seja muito limitada, prejudicando a própria entidade e os recuperandos, os quais estão sob a custódia estatal.

A APAC, segundo os funcionários, ora voluntários, não se trata de uma metodologia pronta e acabada. Os próprios envolvidos por aplicar a metodologia apaquena estão em constante estudo para cada vez mais aprimorar este método aplicado aos recuperandos. Aqui os recuperandos são tratados como seres humanos, possuidores de direitos, os quais estão previstos na Constituição Federal, Código Penal, Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais, os quais o Brasil faz parte, os quais disciplinam direitos dos presos, em escala internacional.

Segundo dados da FBAC, o índice de reincidência ao crime dos indivíduos, os quais cumprem suas penas nas APACs são inferiores a 10%, enquanto no sistema prisional comum estes números são inversamente proporcionais, o que faz com que a metodologia apaquena esteja bem à frente da maioria dos presídios brasileiros, no tocante à prática pela busca das finalidades preventivas e ressocializadoras da pena.

## **5 Considerações finais**

Ao longo do presente trabalho o conceito e a finalidade da pena foram apresentados, ora demonstrando retrocessos, ora expondo avanços na busca das reais finalidades das penas.

É cediço que o sistema prisional comum está em crise já há muitas décadas, em razão das más condições de cumprimento de pena oferecidas pelo Estado, em linhas gerais. A superlotação nas celas, as péssimas condições de higiene, a falta de saneamento básico adequado que proliferam diversas doenças, o mal preparo dos agentes penitenciários, da polícia, que muitas vezes não sabe como reagir e lidar com os presos, tratando-os como animais enjaulados, acaba prejudicando ainda mais toda a sistemática prisional adotada no Brasil.

Diante deste cenário, somente a função retributiva da pena é que se torna notável nos estabelecimentos prisionais brasileiros, tornando praticamente impossível de acreditar que algum preso não voltará a cometer crimes ao ter

minar de cumprir sua pena, isso se ele conseguir sair com vida.

Ao retornar para a sociedade, este indivíduo tentará arrumar algum emprego e, ao analisarem os seus antecedentes criminais, praticamente ninguém irá contratá-lo, o que faz com que ele volte para o crime. Do crime ele pode voltar para o sistema prisional e assim o ciclo do crime se reinicia, o que reflete nos grandes números de criminosos reincidentes no nosso país.

Em contrapartida, a APAC entra em cena, uma vez inconformada com um sistema protegido pelo próprio Estado, onde somente aumenta a criminalidade e visa buscar alternativas para cumprir na prática as finalidades preventivas e ressocializadoras da pena. A metodologia apaquena foca em um tratamento humanizado diante dos aprisionados, assegurando direitos dos presos defendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

Esse tratamento mais humanizado começa desde a denominação de recuperandos ao invés de detento, ou preso, ou qualquer outro termo semelhante. Os próprios recuperandos naturalmente percebem a importância de todos se ajudarem, cumprindo as atividades propostas pelos trabalhadores voluntários da APAC, como estudo, trabalho, assistência psicológica, saúde, jurídica, momentos de lazer, palestras, atividades de cunho espiritual, emocional e intelectual, o que tornam os apenados mais humanos e incentiva-os a praticar o bem, buscar uma vida mais solidária, fraterna e de respeito perante o próximo.

Desta forma, os índices de reincidência ao crime, referente aos que cumprem pena em CRS administradas pela APAC é inferior a 10%, ou seja, com essa metodologia as finalidades preventivas e ressocializadoras conseguem ser efetivas na prática, colaborando para a redução da criminalidade no nosso país.

A grande dificuldade da APAC está relacionada aos seus custos, os quais dependem do auxílio do próprio Estado para ser mantida e aplicar suas ideologias ao cumprimento de pena dos recuperandos.

Uma outra dificuldade é que cada CRS possui apenas capacidade para duzentos detentos. Caso esta metodologia ganhe maior espaço na sociedade, recebendo mais recursos econômicos para sua expansão, uma boa alternativa seria construir maiores CRSs administradas pela APAC, para que esta metodologia também possa ser testada em maiores proporções e possibilitar um estudo estatístico mais elaborado sobre a reincidência dos apenados ao crime.

## Referências

ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 899, p. 431-454, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/182225/epub/0?code=Si9MnrqB78xf1ZbdVPPCC2ApgQMqANpaARg/k7vINmuJWZJ4tagEwq2k3SYUfOogSEHONv0getCZiu2ULD7+QA==>. Acesso em: 20 out. 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda exami-



nados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Prisão: causas alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Dados sobre população carcerária no Brasil são atualizados. **Gov.br**, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em 05 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Penitenciário Nacional. Método Apaqueano de gestão prisional é reconhecido como Política de Execução Penal pelo CNPCP. **DEPEN**, 19 set. 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/metodo-apaqueano-de-gestao-prisional-e-reconhecido-como-politica-de-execucao-penal-pelo-cnpcp#:~:text=A%20Metodologia%20Apaqueana%20qualifica%20a,de%20forma%20criativa%20e%20inovadora>. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 maio 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 31 out. 2020.

CAMARGO, Virginia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-33/realidade-do-sistema-prisional-no-brasil/>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: Origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil,

sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>. Acesso em 26 out. 2020.

CARVALHO, N. L.; CASTILHO, L. V. Importância do Método APAC na Prevenção Terciária e na Ressocialização do Apenado. **Âmbito Jurídico**, 14 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/importancia-do-metodo-apac-na-prevencao-terciaria-e-na-ressocializacao-do-apanado/>). Acesso em: 23 abr. 2021.

CAMARGO, Virginia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-33/realidade-do-sistema-prisional-no-brasil/>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: Origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>. Acesso em 26 out. 2020.

CARVALHO, N. L.; CASTILHO, L. V. Importância do Método APAC na Prevenção Terciária e na Ressocialização do Apenado. **Âmbito Jurídico**, 14 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/importancia-do-metodo-apac-na-prevencao-terciaria-e-na-ressocializacao-do-apanado/>). Acesso em: 23 abr. 2021.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. A APAC: o que é? **FBAC**, 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www.fbac.org.br/2021/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. Fundamentos atuais do método APAC. **FBAC**, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.fbac.org.br/2021/pt/realidade-atual/metodo-apac>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FERREIRA, Valdeci Antônio. *Juntando cacos, resgatando vidas: valorização humana base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro: psicologia do preso*. Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2016.

FUNAP. Sobre a FUNAP. **FUNAP**, [online], [s.d.]. Disponível em: [http://www.funap.sp.gov.br/site/index.php/sobre\\_funap](http://www.funap.sp.gov.br/site/index.php/sobre_funap). Acesso em: 05 nov. 2020.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Dos Sistemas Penitenciários. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dos-sistemas-penitenciarios/#\\_ftn10](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dos-sistemas-penitenciarios/#_ftn10). Acesso em: 28 out. 2020.

NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. **Agência Brasil**, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados>

-maioria-no-regime-fechado. Acesso em: 05 nov. 2020.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: revista dos tribunais, 2006.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. **Direitonet**, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 29 out. 2020.

SOUZA, Alcenir Gomes de. Conceito, características, fins e princípios da pena. **Conteúdo jurídico**, Brasília, 23 jan. 2010. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19146/teoria-da-pena-principios-informadores#\\_ftnref13](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19146/teoria-da-pena-principios-informadores#_ftnref13). Acesso em: 27 dez. 2020

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Semanaacademia**, [s.d]. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/principiodalegalidade-corolariododireitopenal.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

# É PRECISO REINTERPRETAR A LEI DE ANISTIA: CRIME CONEXO NÃO É O QUE ESTÃO DIZENDO

**Plínio Gentil**

Doutor em Direito e em Fundamentos da Educação. Professor Universitário.  
Procurador de Justiça no Estado de São Paulo

**João Virgílio Tagliavini**

Doutor em Educação. Professor Emérito da Universidade Federal de São Carlos

## **Resumo:**

Trata-se de pesquisa que utiliza, como ponto de partida, a reivindicação, feita por variados movimentos, de uma reinterpretação da Lei de Anistia, com o objetivo de reconhecer que ela não beneficia os agentes da repressão política que cometeram crimes na perseguição e execução de opositores do regime militar, instaurado no Brasil em 1964. Tal reivindicação hoje se materializa mais visivelmente na campanha *ReinterpretaJáSTF*. Este trabalho utiliza o objeto da campanha para discutir a questão do chamado *crime conexo*. Cuida-se de categoria de direito processual, que tem sido utilizada como o principal argumento para que a justiça brasileira sistematicamente considere a anistia aplicável também aos assim chamados *torturadores da ditadura*. Ao longo do texto se demonstra que os delitos praticados por estes últimos nada têm de conexos com aqueles outros, tidos por crimes políticos, cometidos pelos que lutavam contra o regime. Por meio da pesquisa se vê com clareza que o tema da conexão de crimes pouca atenção tem merecido da cultura jurídica, o que facilita sua utilização como chave para uma decisão que é política, dispensando questionamentos que, se fossem feitos, evidenciariam o que é simples de concluir: crime conexo não é, absolutamente, o que estão dizendo. Se querem anistiar os torturadores, que busquem outro argumento.

**Palavras-chave:** Anistia; Crime conexo; ReinterpretaJáSTF; Militares; Grande acordo nacional; Terrorismo de Estado.

## **Introdução**

Nos finais de março de 2021 foi lançada uma campanha denominada *ReinterpretaJáSTF*: *precisamos reinterpretar a Lei de Anistia*, patrocinada por diversas entidades de defesa de direitos humanos, entre as quais o Movimento Vo-

zes do Silêncio, que têm como pauta a questão da Verdade, Memória e Justiça (Núcleo Memória, 2021, *online*).

O foco dessa iniciativa é o mesmo de outras que desde sempre buscaram a aplicação do direito penal contra aqueles que, ocultos sob a proteção das instituições, durante o período da ditadura (1964-1985), praticaram violências contra combatentes do regime. Relatos desses atos de violência, cometidos à margem da lei, dão conta de homicídios, torturas, violações sexuais, lesões, ameaças, sequestros.

Respalhado por um entendimento que se sedimentou em parte da comunidade jurídica nacional, o Poder Judiciário tem sistematicamente rejeitado acusações criminais contra os chamados torturadores porque a Lei de Anistia<sup>1</sup>, de 1979, teria perdoado tanto os opositores do regime quanto aqueles que os perseguiram e violentaram. Tudo sob o argumento de que a anistia, fruto de um pacto nacional, considerou alcançados também os delitos conexos, categoria em que passaram a ser entendidos os atos ilegais de violência praticados contra os opositores do regime.

Na realidade, segundo a chamada teoria do crime, situada nos domínios do direito penal, crime conexo é coisa diversa e muito menos elástica do que a forma como vem sendo interpretada essa expressão da Lei de Anistia. Esta pesquisa investiga, e ao final demonstra, a impossibilidade de aplicar o conceito de crime conexo aos delitos praticados pelos chamados *torturadores*.

E mais, ficando ainda no âmbito da teoria jurídica, o entendimento dominante no direito internacional é o de que delitos dessa natureza, frequentes na história do mundo, configuram crimes contra a humanidade, caráter que impede sejam alcançados por leis de anistia ou pela prescrição, que é a perda do direito de punir em razão do decurso do tempo. Assim também se rejeita a validade de leis de autoanistia, como as que, comumente, governos em vias de cair promulgam para se livrar de possíveis processos futuros (GENTIL; JORGE, 2019).

Há, porém, entendimento para além do campo jurídico, que considera a existência de um pacto, entre as elites econômicas atuantes no Brasil e os militares, que governaram o país durante aqueles vinte e um anos. Por intermédio desse pacto teria sido negociada a transição para o governo civil com a contrapartida de que não haveria qualquer acerto de contas no âmbito penal com os torturadores, muitos deles integrantes das forças armadas e das polícias. Esse acordo, no qual as massas foram deixadas de fora, visava e visa assegurar a permanência de um arranjo social que privilegia a grande propriedade e os seus lucros. Objetiva também manter as forças armadas no papel de tutoras da governabilidade, o qual se arvoraram desde que foram se agregando, por meio de campanhas militares do período colonial, sempre em favor da metrópole, passando pela guerra do Paraguai e ganhando consistência com o movimento tenentista na primeira metade do século XX. Sentindo-se com legiti-

---

1 Trata-se da lei federal n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.

midade para interferir na política, teriam constituído o que muitos consideram um verdadeiro partido militar.

Esta pesquisa procura situar a reivindicação pela reinterpretção da Lei de Anistia, emblematicamente materializada na razão de ser do movimento *ReinterpretaJáSTF*, no cenário dessas duas óticas: a jurídica, que mostra a incoerência da interpretação atual, e a política, que expressa a resultante de um jogo de forças até agora sendo vencido pela hegemonia dos grandes interesses econômicos, excludentes e acumuladores.

## 1. Parâmetros legais do crime conexo

A teoria do direito brasileira, ou, em outras palavras, aquilo que se convencionou chamar de *doutrina*, sempre que aborda o tema dos *crimes conexos*, o faz utilizando essa expressão como categoria instrumental a fim de estabelecer a competência, ou atribuição, de um determinado juízo, ou foro, para o julgamento de crimes que possam apresentar alguma ligação entre si. De tal sorte, por crimes conexos se entenderão aqueles que, mantendo entre si uma relação direta, no tempo e no espaço, deverão ser apreciados e julgados pelo mesmo juiz, objetivando evitar decisões incompatíveis, que tornariam impossível a execução das eventuais penas aplicadas.

Essa natureza eminentemente funcional da categoria *crime conexo* justifica-se porque a legislação nacional, sempre que se reporta ao tema, o faz em função da fixação de regras de competência para o julgamento da causa pelo juízo criminal. Trata-se de abordagens predominantemente feitas pela legislação processual portanto, figurando rigorosamente minoritárias as menções ao assunto por parte da legislação penal propriamente dita, em especial o Código Penal, e absolutamente raras aquelas utilizadas por leis esparsas, como é o caso da Lei de Anistia.

Assim é que, ao cuidar do tema, o vigente Código de Processo Penal, nos artigos 1º, II, 69, V, 76, 78, 79, 81, 82, 86, II, 492, § 2º, 530-E e 530-H, trata essencialmente da distribuição de processos criminais para determinados foros ou juízos, ou o apensamento de processos, a depender de serem conexos os diferentes delitos *sub judice*. Note-se que a finalidade desses dispositivos legais é eminentemente prática: que um só juiz julgue casos intimamente relacionados, a fim de que não se produzam decisões incoerentes e impossíveis de cumprir. Por exemplo, se o crime de receptação só se configura na dependência de haver uma apropriação patrimonial anterior, sob a forma de furto, roubo ou outras, o reconhecimento da receptação apenas terá cabimento se o juízo admitir a existência prévia de um furto ou roubo, para ficar nas hipóteses aqui formuladas, não se sustentando a receptação se for reconhecida a inexistência do roubo ou do furto. Por isso é necessário que o mesmo juiz decida sobre ambos os crimes. Neste caso se pode dizer que há conexão entre eles.

Leis de caráter penal, mas não processual, fazem, aqui e ali, menção a

crimes conexos; o objetivo com que assim procedem é o mesmo do código de processo: que tudo seja analisado conjuntamente pelo mesmo juiz. Ou, quando muito, o de estipular que alguns efeitos de um determinado crime não se estendem ao delito conexo. O Código Penal, além de mencionar o assunto em poucos artigos, que ressalvam sua aplicação a ministros de estado, referem-se a direitos autorais, e à interrupção da prescrição, fala especificamente da conexão para dispor que a extinção da punibilidade de um delito que é pressuposto de outro não se estende a este outro. Dir-se-ia, neste último caso, que nossa legislação penal, elaborada em 1940, já se preocupava em vedar a hipótese de que o perdão de um crime não levaria necessariamente ao perdão de outro, que se seguisse a ele. Interessante paralelo com a questão da anistia, que, afinal, constitui causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, II) e que, segundo o artigo 108, não implica necessariamente na anistia também ao crime conexo. Simples curiosidade, pois a Lei de Anistia expressamente diz perdoar os crimes conexos, mas o que aqui se sustenta é que os delitos praticados pelos torturadores da ditadura não são conexos com os atos tidos por crimes políticos dos seus opositores.

De sua vez, a Constituição Federal menciona crime conexo no artigo 52, I, para fixar a atribuição do Senado no julgamento de ministros de estado e comandantes militares em crimes de responsabilidade. Por fim, a legislação produzida pelo governo brasileiro nos chamados *anos de chumbo*, com a especial finalidade de reprimir a resistência ao regime militar, notadamente no período de maior rigidez, durante a vigência do AI-5, normalmente não fala em conexão de crimes. A exceção fica por conta de uma das *leis de segurança nacional*, a de número 314, de 1967, referindo-se a hipóteses de isenção de pena desde que “o rebelde” depusesse as armas e não houvesse “cometido, em conexão com a atividade subversiva, algum delito comum”. As demais leis repressivas do período, voltadas especificamente para a *atividade subversiva*, calam-se no tocante a crimes conexos. Assim é o caso dos Decretos-Lei números 510/69, 898/69 (a lei de segurança nacional que teve maior aplicação), 975/69, da Lei número 5786/72 e, já depois da revogação do AI-5, das Leis números 6620/78, 7170/83 e da recente Lei número 14.197/21, que inclui no Código Penal dispositivos definindo crimes contra o estado democrático de direito, com isto substituindo a última assim chamada lei de segurança nacional.

## 2. Crime conexo na doutrina jurídica

Conforme se disse, a doutrina jurídica orbita essencialmente em torno dos dispositivos legais que tratam da conexão entre crimes. Fazem-no com o enfoque predominante de utilizarem essa categoria como elemento instrumental para estabelecer a atribuição para julgamento de delitos sempre que a decisão quanto a um deles possa representar uma espécie de questão prejudicial para o julgamento de outro.

Nessa linha de raciocínio, Damásio de Jesus (1998: 212-214), conhecido penalista oriundo do Ministério Público, ao procurar estabelecer parâmetros para a compreensão do que seja crime conexo, aponta três modalidades de conexão: teleológica, ou ideológica; consequencial, ou causal; e ocasional.

“Há conexão teleológica”, diz, “quando um crime é praticado para assegurar a execução de outro. Ex.: o sujeito mata o marido para estuprar-lhe a esposa”. E prossegue:

Existe conexão consequencial (ou causal) quando um crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro.

Exs.:

1º) O sujeito, após furtar, incendeia a casa para fazer desaparecer qualquer vestígio. O fato do incêndio é cometido para assegurar a ocultação do furto.

2º) O sujeito, após praticar um crime de dano, mata a testemunha para que ela não o aponte como autor. O homicídio é praticado para assegurar a impunidade do dano.

3º) A, depois de praticar um *conto do vigário* em concurso com B, mata-o para ficar com todo o produto do estelionato, um bem imóvel. O homicídio é cometido para assegurar vantagem em relação ao outro crime [...] (*ibidem*).

Para explicar a conexão ocasional, ele acrescenta que “a conexão é ocasional quando um crime é cometido por ocasião da prática de outro. Ex.: subtração de joias da vítima estuprada. O furto é praticado por ocasião do cometimento do estupro, não havendo entre eles relação de meio e fim” (*ibidem*).

É importante frisar que o trato dado ao assunto, neste e em alguns outros manuais de Direito Penal, demonstra a específica finalidade de extrair consequências eminentemente técnicas das diferentes hipóteses, seja para implicar na junção de processos sob um mesmo juiz, seja para determinar regras de aplicação de penas ou de extinção da punibilidade, neste último caso para destacar sua já mencionada vedação quanto a delitos que sejam simples decorrência de outros.

Idêntico é o espírito com que Guilherme Nucci (2008: 228-233), membro do Poder Judiciário paulista e professor universitário, aborda o assunto. Comentando o artigo 76 do Código de Processo Penal, ele afirma visualizar duas possibilidades de conexão entre crimes: uma que chama de *material*, quando “puder provocar alguma consequência de ordem penal”, como seria o caso das já mencionadas hipóteses de aplicação de pena (reconhecimento de uma circunstância agravante, ou de concurso material de delitos etc.); outra, que denomina de *processual*, pois “útil à colheita unificada da prova”.

Esta última constitui o objeto mais destacado de sua abordagem, como de resto da doutrina em geral, e esse autor vislumbra, além da já vista conexão teleológica, as seguintes modalidades: conexão *intersubjetiva por simultaneidade*, quando “vários agentes cometeram infrações diversas, embora sejam estas praticadas ao mesmo tempo, no mesmo lugar” (*ibidem*); *conexão intersubjetiva por*



*concurso*, que “é a situação de vários agentes que cometem infrações penais em tempo e lugar diferentes [...]” (*ibidem*), tratando-se de “delinquentes conluídos, pretendendo cometer crimes seguidos” (*ibidem*); *conexão instrumental*, para ele a autêntica forma de conexão processual, que se aproxima da conexão ocasional mencionada por Damásio de Jesus e que é apresentada por meio do seguinte enunciado prático: “Todos os feitos somente deveriam ser reunidos se a prova de uma infração servir, de algum modo, para a prova de outra, bem como se as circunstâncias elementares de uma terminarem influenciando para a prova de outra” (*ibidem*). Em palavras diversas, mais claramente, sempre que a prova de um crime servir para influenciar a prova do outro.

O mais próximo que essa análise chega da decisão de estender a Lei de Anistia aos crimes dos torturadores é a conexão chamada de *conexão intersubjetiva por reciprocidade*: “trata-se da situação dos agentes que cometem crimes uns contra os outros” (*ibidem*). Só que o autor exige que estejam todos “imersos no mesmo cenário”, caso em que será “conveniente que haja a reunião dos processos para um só julgamento” (*ibidem*). Lembre-se que *mesmo cenário* há de necessariamente significar o mesmo tempo e lugar, coisa bem diversa da falsa conexão que vem sendo adotada em relação aos crimes da ditadura, cometidos com enormes intervalos a partir dos eventuais delitos políticos dos opositores do regime. Além do mais, não se conhece um caso sequer em que as provas contra os torturadores pudessem depender das provas produzidas contra os ditos *subversivos*.

Em suma, de tudo quanto se vê na legislação e na teoria jurídica, a conexão entre crimes apresenta-se principalmente como elemento instrumental para produzir efeitos processuais (reunião de processos sob um mesmo juízo) e, secundariamente, para produzir alguns efeitos propriamente penais, ou de direito material, como se costuma dizer (agravamento de pena, interrupção da prescrição, configuração de concurso material, formal ou crime único, influenciando na dosagem da pena criminal).

### 3. Crime conexo na jurisprudência

Por sua vez, a jurisprudência em geral, expressa nos repetidos julgamentos dos tribunais superiores e também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, faz abordagens a respeito de crimes conexos demonstrando a mesma preocupação da lei e da doutrina: sua atenção registra-se nas consequências processuais a partir de eventuais vínculos existentes entre delitos diversos, quase sempre se dirigindo a determinar qual o juízo competente, bem como condições de julgamento que evitem insegurança jurídica, que poderia resultar da incompatibilidade entre duas ou mais decisões divergentes entre si.

Três casos, apurados aleatoriamente, ilustram essa tendência. Num deles era discutido se uma acusação de homicídios e outra de crimes ambientais, decorrentes do rompimento da barragem de minério de Brumadinho, cada qual distribuída para um órgão do Judiciário, deveriam ser reunidas, para jul-

gamento pelo mesmo juízo. A decisão foi pela reunião dos processos, todos em vara da Justiça Federal, porque foi detectada *conexão probatória* entre eles<sup>2</sup>.

Em outro julgamento, colocava-se a questão de uma sequência entre crimes de sequestro e de homicídio, ocorridos em dois estados da federação, em que o reconhecimento da *conexão instrumental* entre ambos levou à fixação da atribuição de um determinado juízo criminal, aquele correspondente ao local do homicídio, para apuração dos dois delitos<sup>3</sup>.

Por fim, num caso de roubo e corrupção de menores, seguidos de homicídio, praticados pelo mesmo réu, a decisão, que mandou levar todos os delitos a julgamento do júri, considerou, para tanto, o fato de serem eles, dadas as circunstâncias de tempo, lugar e autoria, *crimes conexos*<sup>4</sup>.

O que importa observar é que o foco desses julgamentos, assim como de quantos se procurem nos tribunais nacionais, é o de analisar o tema da conexão de crimes a partir, quase que exclusivamente, do interesse em que o julgamento se utilize das provas de um delito em relação aos outros, sempre que isso seja possível, daí a relevância de se fixar um só juízo como o competente para a questão. Em outras palavras, dentre as restritas hipóteses de conexão que o direito brasileiro prevê, avulta visivelmente na prática o destaque à conexão processual, ou instrumental.

#### 4. Crime conexo: uma interpretação para além do direito

O que se está aqui procurando demonstrar é que, nos domínios do direito propriamente dito, ou seja, da hermenêutica das normas jurídicas vigentes, relativas ao crime conexo, não há uma definição que capture com exatidão essa categoria, justamente porque sua relevância apresenta-se quase unicamente com o objetivo de fixar atribuição do juízo competente para julgamen-

2 “[...] a positivar o interesse do ente federal na apuração de algumas das condutas criminosas dadas como praticadas pelo recorrente e corréus, e a **conexão probatória** entre elas e aquelas em apuração na Justiça estadual, exsurge a competência da Justiça Federal para o julgamento de todos os crimes imputados [...]. Recurso em *habeas corpus* provido, para declarar a competência do Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, para processar e julgar a ação penal n. 0003237-65.2019.8.13.0090, anulando o recebimento da denúncia e demais atos decisórios praticados na Justiça estadual de Minas Gerais” (STJ, pub. 12/11/2021 – grifo nosso).

3 “[...] as poucas informações até então reunidas indicam que o sequestro, por tratar-se de crime permanente, consumou-se em, pelo menos, duas unidades da federação – a atrair a regra do artigo 71 do Código de Processo Penal –, e que o crime de homicídio provavelmente ocorreu no Estado de Mato Grosso do Sul. Verifica-se a **conexão instrumental** entre os crimes, a recomendar a apuração conjunta das infrações” (STJ – CC n. 181072 MT 2021/0212613-9, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, pub. DJ 10/11/2021 – grifo nosso).

4 “Pronúncia determinada, o que se estende aos **crimes conexos**. Confirmação judicial na prova oral [...] confere indícios probatórios suficientes para se justificar a pronúncia do réu também pelos **crimes conexos**, extraída a materialidade do roubo majorado e da corrupção de menores a partir das próprias peças de instrução [...]” (TJ-SP – Recurso n. 1501535-33.2020-8.26-0536-SP, Rel. Alcides Malossi Júnior, julg. 28/10/2021, 9ª Câmara de Direito Criminal, pub. 28/10/2021 – grifo nosso).

to e, quando muito, de determinar sua influência na dosimetria da pena criminal ou em aspectos secundários da punibilidade e da prescrição. O resultado é a absoluta prevalência de casos da chamada conexão processual, em que a prova de um determinado delito importa para a demonstração de outro. Por mais que se procure ampliar o sentido e o alcance da conexão, chega-se no máximo à possibilidade de uma *conexão intersubjetiva por reciprocidade*, em que duas ou mais pessoas cometem mutuamente crimes umas contra as outras, mas no mesmo cenário, tempo e espaço. Não existe absolutamente a hipótese de uma tal conexão que compreenda fatos desvinculados no tempo e ocorridos em locais diversos, praticados por pessoas distintas e, no mais das vezes, por quem não foi vítima do delito antecedente. Ocorre que se a lei, a doutrina e a jurisprudência não estabelecem com precisão o sentido de crime conexo, por outro lado determinam **o que ele não é**. Isto significa que por delito conexo não podem, nos limites de uma hermenêutica jurídica consistente, ser tomados fatos situados além daquelas hipóteses fixadas por esta mesma lei, doutrina e jurisprudência, segundo visto.

Não é de admirar que o voto condutor do julgamento da ADPF 153, do ministro relator, Eros Grau, tenha se esquivado de enfrentar, do ponto de vista jurídico, a possível conexidade entre os delitos políticos dos opositores da ditadura e os crimes praticados pelos agentes da repressão: é que simplesmente não há, entre os juristas e os tribunais brasileiros, uma só interpretação que fixe parâmetros tão extensos como os adotados em seu voto quanto ao que caracteriza algumas infrações penais como conexas entre si. Nem tampouco os textos legais a ampliam a esse ponto. O que se conhece são limites precisos de uma categoria com mais elementos processuais do que outros quaisquer: impossível cogitar de conexidade se não houver proximidade de tempo e lugar entre os crimes, ou de instrumentalidade de um delito em relação a outro, ou ainda de comunhão de provas entre eles. Mesmo a chamada conexão recíproca não dispensa o *mesmo cenário*, conforme se viu.

Por isso é que o voto abandona expressamente a via propriamente jurídica do julgamento e parte para uma hermenêutica assumidamente política da questão: consideram-se conexas os crimes dos torturadores **porque esta é a chave para isentá-los de responsabilidade criminal**. Para tanto é necessária uma leitura da realidade que considera a anistia como uma conquista negociada, transação na qual o governo estabeleceu como limite a impossibilidade de punição de seus agentes. O voto considera a existência de uma transação válida, a despeito de o próprio projeto de lei que resultou na anistia ter sido aprovado por estreita margem de votos no Congresso. Convém observar como essa premissa perpassa a linha de raciocínio do ministro relator:

[...] É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexas* na Lei n. 6683. É da anistia de então que estamos a cogitar,

não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada [...]. Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude (p. 33 e 37).

No mesmo voto o ministro relator acrescenta o argumento de que, por meio da Emenda Constitucional número 26/85, a Lei de Anistia de 1979 foi recepcionada pela Constituição Federal, pois a Emenda declara estarem anistiados os autores de crimes políticos, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, repetindo o alcance da extinção da punibilidade aos crimes conexos. Na verdade, não há novidade nisto capaz de modificar o panorama já colocado pela lei de 1979: continua inviável reconhecer conexão entre os atos de quem lutava contra o regime ditatorial ou a favor dele.

## 5. Crime conexo, o grande acordo e os perigos de uma conta em aberto

Então já se viu do que exatamente se trata: uma vez impossível dar respaldo jurídico propriamente dito ao reconhecimento da anistia em prol dos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão política, cuida-se de deixar para trás a fronteira do direito para transitar pelo espaço político, que afinal compõe mesmo o pano de fundo de todo entendimento dito jurídico. Só que decisões de tribunais se pretendem, em geral, isentas de politicidade, como se isto fosse possível - mas o fato é que assim é que se apregoa. No caso do julgamento da ADPF 153, era simplesmente inviável utilizar qualquer argumento jurídico para reconhecer a extensão da anistia aos torturadores. Tratou-se então de buscar legitimação numa dita “realidade histórico-social”, a mesma que muitos juízos do país tantas vezes descartam, sob o mantra do princípio *dura lex sed lex*.

Isto significa a confirmação de algo tão falado quanto contestado: que houve uma transição da ditadura militar para uma democracia burguesa, por meio da qual se preservaram as garantias do capital, a certeza de sua “correta” administração por parte do estado, a manutenção das estruturas de dominação e, dentre outras coisas, a impunidade dos agentes da repressão, muitos deles integrantes das forças militares e policiais, as quais aliás, segundo aponta Elio Gaspari (2002: 45-57), se envolveram até as entranhas nas sombrias atividades dos *porões da ditadura*. Esses agentes repressores eram a *tigrada*, no dizer do então ministro Delfim Netto, conforme lembrado por Gaspari.

E, mais ainda, que desse grande “acordo” participaram, sem nenhum problema de consciência, as instituições nacionais, da mesma maneira como dele foram excluídos os setores da nação tidos por subalternos: as massas proletárias e todos os segmentos vulneráveis, comumente postos à margem da riqueza nacional e dos espaços decisórios, a despeito da vigência de uma

democracia formal, ornada com partidos e eleições periódicas. Dir-se-ia mesmo, fazendo retroagir no tempo uma infeliz afirmação atribuída a Sérgio Machado, ex presidente da empresa TRANSPETRO, a propósito de uma suposta trama para afastar a então presidente Dilma Rousseff e instalar Michel Temer na presidência da república, que a anistia dada a torturadores foi o coroarmento de um “grande acordo nacional, com o Supremo, com tudo...” (G1, 2016, *online*).

Sem meias palavras, a presente pesquisa demonstra a inexistência de argumentos jurídicos capazes de respaldar qualquer decisão de estender a anistia da Lei n. 6.683/79 aos agentes da repressão estatal promovida contra os ditos subversivos. Desmonta-se, dessa forma, uma das pernas sobre as quais se apoia o reconhecimento da anistia para eles **porque seus crimes foram conexos com os delitos políticos cometidos pelos opositores do regime**. Não foram, nunca poderiam ser ante o que dispõem o direito penal e processual brasileiros, nem qualquer jurista ou tribunal jamais foram capazes de equiparar aqueles fatos com crimes conexos. Existe enorme importância em frisar essa impossibilidade jurídica porque o uso da expressão acima negritada tem sido desde sempre a senha, que dispensa questionamentos, para a aceitação da anistia aos criminosos da ditadura, alguns deles reconhecidamente culpados por um sem número de comissões da verdade instauradas no país a partir de 2011 (CNV, 2014, *online*). Como os movimentos progressistas padecem do mal de desprezar as categorias jurídicas, vistas como emanção dos interesses burgueses, é fácil que se percam nas teias jurídicas e deixem de contestar assertivas que, mesmo tendo pés de barro, sacralizam-se mercê do assentimento tácito de todos e da inapetência das forças vanguardistas em aprofundarem o debate no campo do direito.

Assim sendo, somente um argumento político, vendo legitimidade nesse “grande acordo nacional” que admitiu uma canhestra anistia de mão dupla, pode ser utilizado para emprestar alguma sensação de coerência ao posicionamento prevalente do judiciário brasileiro em estender o benefício aos agentes repressores da ditadura.

Note-se que esse grande acordo é hoje nitidamente percebido por quem se dispõe a analisar sinceramente a história da transição brasileira a partir dos últimos anos do regime militar. Em entrevista dada em novembro de 2021 ao jornalista Breno Altman, no canal *Opera Mundi*, hospedado no *Youtube*, o ex deputado José Genoíno destaca a batalha das forças armadas na Assembleia Constituinte, por intermédio de qualificados assessores parlamentares. Visavam à fixação de seu papel de tutoras do estado brasileiro, reavivando o mito do *poder moderador*, no que lograram parcial êxito ao conseguirem a aprovação do artigo 142 da Constituição, contendo a atribuição de serem garantidores da lei e da ordem; a expressão que condiciona a prestação dessa garantia à “iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais” foi resultado de negociações que conseguiram impor certa restrição a essa tutela militar, mas não era exatamente o que constava de seu projeto inicial.

Quanto à impunidade dos seus agentes por crimes ocorridos na ditadura, isto era ponto de honra na posição dessas forças na Assembleia Constituinte. Após aquele período e em sucessivos movimentos, as forças armadas, cujos principais quadros são caudatários de uma escola de formação baseada numa “cooperação” com o exército dos EUA, existente desde os tempos da *Guerra Fria*, foram abrindo um espaço no espectro político. Assim, depois de se terem mantidos atentos aos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, obtiveram certa blindagem contra alguns males, como os efeitos de reformas que atingiram servidores públicos e, desde o governo instalado no Palácio do Planalto em 2019, passaram a ocupar cargos administrativos no governo em uma escala que nem o regime militar lhes proporcionou, constando que atualmente há mais de sete mil integrantes das forças armadas e das polícias, da ativa e aposentados, no exercício de funções na administração federal, direta e indireta, além de oficiais gerais em assessorias no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>.

No episódio do julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor do ex presidente Lula pelo Supremo Tribunal Federal, em 2018, é conhecida a emblemática a manifestação do general Eduardo Villas Bôas, então comandante militar de alta patente, advertindo a quem quisesse entender sobre os “riscos da impunidade” e afirmando que o exército se mantinha “atento às suas missões institucionais” (Conjur, 2018, *online*). A maior parte da imprensa nisto viu um claro recado aos ministros do STF. Mais tarde o general teria afirmado que calculou intervir, se o tribunal concedesse o *habeas corpus* a Lula (*ibidem*). É que as forças armadas, para analistas como Genoíno, arvoram-se em *fundadoras da pátria* e querem manter o controle estratégico do estado. Além disso, ele entende que a participação do exército brasileiro na chamada pacificação do Haiti, entre 2004 e 2017, mobilizando mais de trinta mil militares, tendo por missão principalmente o policiamento, acentuou a ideia de uma vocação para a garantia da lei e da ordem (*ibidem*). Essa inclinação coloca o exército naturalmente alinhado com posições políticas que priorizam o punitivismo como resposta à violência e o “combate” a inimigos internos<sup>6</sup> – como eram considerados aqueles subversivos caçados pela ditadura.

Cuida-se de fatos que ilustram a ocupação, constante e crescente, do espaço político por um segmento, por vezes chamado de forças da segurança, que logrou manter-se vigoroso graças, em parte, à ausência de um acerto de contas com a sociedade, por seus erros do passado ditatorial do país, penden-

---

5 “Todo mundo quer um general para chamar de seu: a ida de Ajax Pinheiro para a assessoria do novo presidente do STJ é parte do movimento que espalhou oficiais por áreas da administração direta e indireta”, diz o jornalista Matheus Leitão, em reportagem para a revista Veja (2020).

6 Pode ser elucidativo conferir, a esse respeito, entrevista de Miguel Borba Sá ao *site* de notícias Brasil de Fato (2019), disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/especiais/ha-dois-anos-terminava-a-missao-do-exercito-brasileiro-no-haiti-sucesso-para-quem>>, acessado em 19 nov. 2021.

do ainda uma conta em aberto, jamais paga<sup>7</sup>. Essa ausência traz ainda um outro componente, que, tendo permanecido em estado latente, foi aos poucos se erguendo e hoje se mostra com desenvoltura: o anseio de alguns setores da sociedade por um retorno dos militares ao poder formal do estado. Pedir a volta da ditadura, coisa impensável há alguns anos, é hoje um pleito que segmentos minoritários extremados formulam publicamente, sem qualquer constrangimento. Aquele grande acordo nacional, por uma “transição conciliada e suave”, nas palavras do ministro Eros Grau, enfim apresenta sua venenosa fatura à nação brasileira.

## Considerações finais

Ao contrário do estabelecido com amparo na decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF n. 153 de 2010, a Lei de Anistia no Brasil não se dirigiu ao perdão para os crimes da repressão política patrocinada pela ditadura militar, de 1964 a 1985: o chamado terrorismo de estado. Nem o projeto, nem sua aprovação, foi resultado de acordo algum entre os vários setores envolvidos. Tampouco o texto legal, afinal aprovado contra o voto de significativo contingente do Congresso Nacional, expressou a extensão da anistia aos agentes do chamado terrorismo de estado nas suas ações criminosas. Importa lembrar que a expressão “crimes conexos” contida na lei não compreende infrações praticadas por perseguidores daqueles que teriam cometido os famigerados delitos “contra a segurança nacional”, senha para designar atos de resistência ao regime autoritário instalado em 1964. Este trabalho, fruto de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial, demonstra a inaplicabilidade do conceito de crime conexo aos crimes cometidos pelos agentes da repressão estatal. Nem mesmo o voto vencedor do ministro relator da citada ADPF no Supremo Tribunal Federal conseguiu desenvolver uma argumentação jurídica em favor da admissão da conexidade entre os delitos políticos dos que resistiam à ditadura e aqueles que criminosamente os reprimiram.

Por outro lado, tampouco se pode alegar prescrição dos delitos, desde que integram o que se denomina de “crimes contra a humanidade”; por fim, mesmo anistias decretadas pelos próprios governos repressores em seu favor

7 Exceção que confirma a regra, em junho de 2021 chegou notícia de uma condenação, a primeira, por crimes da ditadura: segundo reportagem assinada por Maria Laura Canineu, “um juiz federal em São Paulo condenou o delegado aposentado Carlos Alberto Augusto a 2 anos e 11 meses de prisão pelo sequestro de Edgar de Aquino Duarte”. [...] “O juiz Silvio César Arouck Gemaque” – prossegue a reportagem – “entendeu que o sequestro é um crime continuado, portanto, não sujeito à aplicação da lei de anistia, devendo ser punido. O procurador federal Andrey Mendonça, responsável pela ação penal, disse à Human Rights Watch que a condenação foi ‘histórica’”. Na verdade, tecnicamente o sequestro é considerado um *crime permanente*, por isso se entende que continua a ser praticado até que a vítima seja posta em liberdade. Por tal motivo o crime “escapa” da anistia, já que, em tese, continuou – e continua – sendo cometido após a edição da Lei 6.683/79, não podendo ser alcançado por ela, nem pela prescrição (Human Rights Watch, 2021, *online*).

são consideradas inválidas, segundo jurisprudência internacional majoritária. Por fim, uma lei de 1979 não poderia anistiar fatos futuros, como algumas vezes já se sustentou, a propósito de infrações ocorridas posteriormente.

Para completar, ao estado brasileiro foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 2010, que apurasse os crimes da ditadura e punisse os responsáveis sem considerar a possibilidade de anistia ou prescrição. A propósito, um partido político, em 2014, interpôs no STF outra ADPF, buscando o cumprimento dessa decisão, o que pode abrir uma porta, jurídica ou política, para a reinterpretação da Lei da Anistia.

Na realidade, o “esquecimento” dos crimes da ditadura faz parte de um bem elaborado acordo entre camadas das forças dominantes, do qual foi aliada a maioria da população, a fim de possibilitar uma transição para a democracia formal; o mencionado voto do ministro relator acaba por abandonar qualquer tentativa de viabilizar juridicamente a justificação da conexão, passando a construir um fundamento político, que reconhece uma transição negociada, a qual, porém, alijou as forças populares e nem sequer obteve apoio expressivo no Congresso, que aprovou a anistia de 1979 por apertada maioria. No campo militar, optou-se por invisibilizar possíveis envolvidos, sem promovê-los mas também sem puni-los. Essa democracia apenas formal porém, ao longo do tempo, provou-se incapaz de impedir rupturas com a institucionalidade sempre que estiveram em jogo aqueles interesses prevalentes e atualmente vê crescerem reivindicações bizarras, como a que pede o retorno da ditadura. Resta provado, portanto, que, para ser consistente e estável, o reencontro do estado brasileiro com a nação deverá necessariamente passar por uma resposta adequada ao terrorismo de estado, ou mais especificamente aos crimes da repressão política, assim como fizeram alguns países vizinhos, vitimados pelo mesmo tipo de violência estatal. Daí o acerto de postulações como a do movimento *Reinterpreta Já STF*, na busca por uma posição do maior tribunal brasileiro em favor do necessário acerto de contas com os excessos criminosos do regime militar. Como já se disse, “não há paz sem justiça e não há justiça na impunidade”<sup>8</sup>.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5, out. de 1988. Disponível em <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso 13 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 7, dez. de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso 13 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 3, out. de 1941. Disponível em

---

8 A frase remete à luta (bem sucedida) de entidades de direitos humanos da Argentina pela responsabilização penal dos criminosos de sua ditadura (1976-1983).



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) >. Acesso 14 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 13, mar. de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm)>. Acesso 12 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 510, de 20 de março de 1969. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 20, mar. de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0510.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0510.htm)>. Acesso 11 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 29, set. de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm) >. Acesso 11 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 975, de 20 de outubro de 1969. Define os crimes de contrabando e transporte de terroristas e subversivos, praticados por meio de aeronaves e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 20, out. de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0975.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0975.htm)>. Acesso 13 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 14, dez. de 1983. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm)>. Acesso 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979. Dispõe sobre concessão de anistia. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 ago. de 1979. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6620.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6620.htm)>. Acesso 14 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União. Brasília. DF, 2, set. de 2021. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14197-1-setembro-2021-791691-norma-pl.html>>. Acesso 11 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.786, de 27 de junho de 1972. Define como crimes contra a segurança nacional o apoderamento e o controle de aeronave. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 27, jun. de 1972. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l5786.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5786.htm)>. Acesso 14 nov. 2021.

BRASIL. Lei no 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF, 17, dez. de 1978. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6620.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6620.htm)>. Acesso 13 nov. 2021.

CANINEU, Maria Laura. **Primeira condenação por crimes da ditadura no Brasil**. HUMAN RIGHTS WATCH. Em <<https://www.hrw.org/pt/news/2021/06/22/379033>>. Acesso 16 nov. 2021.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Em <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso 15 nov. 2021.

G1 POLÍTICA. 23/05/2016 08h52. **Em gravação, Jucá sugere ‘pacto’ para barrar a Lava Jato, diz jornal**. Em <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-juca-sugere-pacto-para-deter-lava-jato-diz-jornal.html>>. Acesso 15 nov. 2021.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GENOÍNO, José. **O que fazer com os militares?** Entrevista. Programa Vinte Minutos com Breno Altman. Canal Opera Mundi. Youtube, nov. 2021. Em <<https://www.youtube.com/watch?v=uhHcLFAeQHY>>. Acesso 15 nov. 2021.

GENTIL, Plínio; JORGE, Ana. Política, estado e democracia: como a Argentina alcança a maturidade institucional sob a luz de Paulo Freire. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, 2019. <<http://https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/5946>>.

GRAU, Eros Roberto. Supremo Tribunal Federal. Voto. Em <[http://email.apmp.com.br/service/home/~/?auth=co&loc=pt\\_BR&id=389257&part=2](http://email.apmp.com.br/service/home/~/?auth=co&loc=pt_BR&id=389257&part=2)>. Acesso 14 nov. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEITÃO, Matheus. **Todo mundo quer um general para chamar de seu**. Revista Veja, 2020. Em <<https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/todo-mundo-quer-um-general-para-chamar-de-seu/>>. Acesso 19 nov. 2021.

LIVRARIA CONJUR. **General Villas Bôas diz que calculou “intervir” caso STF desse HC a Lula**. Em <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/villas-boas-calculou-intervir-stf-hc-lula>>. Acesso 15 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NÚCLEO MEMÓRIA. **Reinterpreta Já STF**. Em <<https://www.nucleomemoria.com.br/direitos-humanos/reinterpreta-ja-stf>>. Acesso 14 nov. 2021.

# GDPR E LGPD: ESTUDO COMPARATIVO

**Rebeca de Aguiar Pereira Neves**

Bacharel em Direito – Centro Universitário de Brasília

## **Resumo:**

O presente artigo é um estudo comparativo entre o General Data Protection Regulation, regulação europeia nº 2016/679, de 27.04.2016, e a Lei Geral de Proteção de Dados, lei brasileira nº 13.709, de 14.08.2018, estabelecendo os seus pontos de semelhanças e diferenças. Ambos são regramentos jurídicos que tratam sobre o direito de proteção de dados de seu titular, pessoa natural, cuja base principiológica é o direito da privacidade previstos nos dois sistemas jurídicos envolvidos. Por conta disso, discorreu-se sobre o histórico do princípio da privacidade na Europa e no Brasil. Além disso, evidenciou-se a convergência e a divergência das normas, apresentando exemplos empíricos de aplicação dos diplomas, de modo a demonstrar como seria na prática o resultado da aplicação das legislações estudadas. Por fim, concluiu-se que o direito a proteção de dados pessoais, oriundo do direito da privacidade, nos dois sistemas jurídicos, tem por finalidade preservar um direito fundamental do cidadão.

**Palavras-chave:** GDPR; LGPD; Proteção de dados; Princípio da privacidade; Direito fundamental.

## **1. Aspectos introdutórios**

A ideia central do presente artigo é realizar um estudo comparativo entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e o General Data Protection Regulation (GDPR), estabelecendo os seus pontos de semelhanças e divergências com a finalidade de identificar se a proteção de dados pessoais no sistema jurídico do Brasil e da Europa convergem para o mesmo ponto, qual seja, a preservação do direito fundamental do cidadão.

A legislação brasileira, no caso a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), está em vigor desde agosto de 2020, com o escopo de regular as atividades de entidades que armazenam ou tratam os dados pessoais dos cidadãos. Ao passo que a lei europeia, no caso o General Data Protection Regulation (GDPR), está em vigor desde maio de 2018, tendo como finalidade proporcionar aos titulares de dados pessoais o poder de aceitar ou não que

entidades possam dispor de seus dados pessoais. Ou seja, ambos os normativos garantem a proteção de dados pessoais de pessoa natural.

Iniciando-se com um breve comentário acerca de cada normativo, destaca-se que o GDPR tem um alcance territorial que envolve 28 países da União Europeia e mais três países do Espaço Econômico Europeu, no caso, Noruega, Islândia e Liechtenstein, sendo aplicada, independentemente, da nacionalidade do titular dos dados pessoais ou do local de sua residência.

A estrutura do GDPR está dividida entre duas seções, sendo que a primeira seção compreende 173 considerandos, os quais contextualizam, direcionam e orientam a interpretação dos fundamentos, requisitos e princípios do Regulamento. Por sua vez, a segunda parte do GDPR é composto por 11 capítulos e 99 artigos nos quais são estabelecidos os fundamentos, requisitos e princípios que devem ser seguidos e cumpridos pelas pessoas naturais ou jurídicas que tratem de dados pessoais de pessoas naturais, de forma a garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão que esteja no território europeu.

Em tempo, a LGPD, de aplicação no território brasileiro, é composta por 10 capítulos e 65 artigos, com a finalidade de dispor sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Ademais, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Nesse viés, a abrangência de artigo 1º da LGPD é total, ou seja, a lei se dedica à proteção de dados de pessoas naturais, independentemente de quem realize o tratamento de dados, podendo ser uma pessoa natural ou jurídica, ressalvadas as exceções descritas de forma taxativa e restritiva do seu artigo 4º, o qual não comporta qualquer tipo de interpretação extensiva ou analógica.

Veja-se que a LGPD foi inspirada pelo GDPR, cujos debates em torno dos assuntos abordados no regulamento são oriundos dos anos 90, com a edição da Diretiva 95/46/CE da Comunidade Europeia, principal documento acerca da proteção da privacidade do ser humano no âmbito internacional. Por conta disso, o GDPR é um diploma legal mais completo e detalhista do que a lei brasileira.

## **2. Base principiológica do regulamento europeu e da lei nacional**

A ideia aqui é trazer os princípios da LGPD e do GDPR de forma a demonstrar que são bem semelhantes e tem por finalidade o mesmo objetivo que é proteger os dados pessoais de pessoas naturais na condição de direito fundamental.

## **2.1 Princípios do GDPR**

Dando preferência ao GDPR, pois antecede à LGPD, extrai-se da leitura de seu artigo 5º os seguintes princípios: i) licitude, ii) lealdade, iii) transparência, iv) limitação de finalidade, v) minimização dos dados, vi) limitação de armazenamento, vii) exatidão, viii) integridade e ix) confidencialidade.

## **2.2 Princípios da LGPD**

Por sua vez, como o GDPR teve forte influência na edição da LGPD, esta possui princípios bem semelhantes àquele, os quais estão definidos em seu artigo 6º, a saber: i) finalidade, ii) adequação, iii) necessidade, iv) livre acesso, v) qualidade dos dados, vi) transparência, vii) segurança, viii) prevenção, ix) não discriminação e x) responsabilização e prestação de contas.

Passa-se a discorrer brevemente acerca de cada um.

### **2.2.1 Princípio da finalidade**

O princípio da finalidade impõe que o tratamento de dados deve visar um resultado único, específico e legítimo, além de não permitir tratamentos de dados posteriores desvinculados da finalidade indicada. Por exemplo, não se pode coletar dados para o faturamento de produto ou serviço e usar ditos dados para subsidiar campanhas de marketing.

### **2.2.2 Princípio da adequação**

O princípio da adequação estabelece que o tratamento de dados deve ser coerente com a finalidade do tratamento informada ao titular dos dados coletados, diferenciando-se do princípio da finalidade, que se preocupa com a regularidade da finalidade, enquanto o da adequação se refere ao procedimento adotado no tratamento. Por exemplo, informar ao titular dos dados que após o tratamento os dados estes serão deletados, e ao revés disto, mantê-los em arquivo.

### **2.2.3 Princípio da necessidade**

O princípio da necessidade define que o tratamento de dados deve se restringir aos dados necessários e indispensáveis para ao fim colimado, dispensando qualquer dado excessivo ou desnecessário. Por exemplo, solicitar informação com relação a orientação sexual para admissão de vaga de emprego.

### **2.2.4 Princípio do livre acesso**

O princípio do livre acesso garante ao titular dos dados tratados informação acerca do propósito, da forma e da duração do tratamento, assim como sobre a integridade dos dados coletados.

## **2.2.5 Princípio da qualidade dos dados**

O princípio da qualidade dos dados visa garantir ao titular dos dados coletados a sua exatidão, clareza, relevância e atualização, para que dados imprecisos ou desatualizados não sejam utilizados para o cumprimento da finalidade do tratamento.

## **2.2.6 Princípio da transparência**

O princípio da transparência enfatiza a ideia de privacidade, pois garante que as informações coletadas devem ser claras, precisas e acessíveis aos seus titulares, adotando método de tratamento ético, responsável e seguro. Por exemplo, deve se descrever ao titular dos dados coletados a abrangência do tratamento a ser realizado.

## **2.2.7 Princípio da segurança**

O princípio da segurança garante ao titular dos dados a ser tratados que o responsável pelo tratamento adotará as medidas técnicas e administrativas adequadas para proteger os dados coletados, prevenindo a destruição acidental ou ilícita, a perda, a alteração, a comunicação ou a difusão.

## **2.2.8 Princípio da prevenção**

O princípio da prevenção diz respeito as medidas que o responsável pelo tratamento dos dados deve tomar para prevenir a ocorrência de qualquer tipo de danos às informações coletadas.

## **2.2.9 Princípio da não discriminação**

O princípio da não discriminação garante que os dados coletados não sejam utilizados para fins discriminatórios ou abusivos, evitando, com isto, a estigmatização ou a criação de estereótipos, que possam limitar qualquer direito do titular dos dados.

## **2.2.10 Princípio da responsabilidade e prestação de contas**

O princípio da responsabilidade e prestação de contas garante que os responsáveis pelo tratamento de dados cumpram com as exigências legais da LGPD.

## **2.3 Quadro comparativo**

Do cotejo entre os princípios do GDPR e da LGPD, explicitados anteriormente, pode-se afirmar que existe equivalência entre os princípios dos dois diplomas legais, os quais foram sintetizados no quadro abaixo:

Quadro 1: Equivalência entre os princípios:

<b>GDPR</b>	<b>LGPD</b>
Princípio da transparência	Princípio da transparência
Princípio da limitação de finalidade	Princípio da finalidade
Princípio da minimização dos dados	Princípio da necessidade
Princípio da exatidão	Princípio da qualidade de dados
Princípio da integridade	Princípio da segurança
Princípio da confidencialidade	Princípio da prevenção

Fonte: Própria autora

Os princípios da licitude, lealdade e limitação de armazenamento do Regulamento não possuem equivalência direta com os princípios da Lei Brasileira, da mesma forma que os princípios exemplificados, quais sejam: adequação, livre acesso, não discriminação e responsabilização e prestação de contas da LGPD não possuem equivalência direta com os princípios do GDPR.

### **3. Pontos de convergências entre o regulamento europeu e a lei nacional**

Um dos pontos fundamentais do presente artigo é estabelecer as semelhanças entre a LGPD e o GDPR de forma a demonstrar que ambos os diplomas legais possuem o mesmo fim colimado, cada um no contexto jurídico em que estão inseridos, ou seja, uma no território brasileiro e o outro no território europeu.

Por conta disso, justifica-se os comentários anteriormente feitos acerca da evolução histórica do princípio da privacidade e os princípios adotados pela LGPD e pelo GDPR, pois serão úteis para as ponderações que se seguirão.

Acrescente-se, também, que o estudo comparativo auxiliará a identificar se a proteção de dados pessoais no sistema jurídico do Brasil e da Europa convergem para o mesmo ponto, qual seja, considerar a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental do cidadão. Passa-se para a análise comparativa da LGPD e do GDPR no que diz respeito às semelhanças entre eles.

#### **3.1 Escopo**

Com relação ao objetivo de cada diploma (LGPD e GDPR), ambos protegem o processamento de dados pessoais de pessoas naturais, excluindo-se as pessoas jurídicas e falecidas.

#### **3.2 Dado pessoal**

O conceito de dado pessoal é o mesmo nos dois diplomas legais, sendo

qualquer informação de uma pessoa natural identificada ou identificável, excluindo-se de suas aplicações o tratamento de dados anônimos, a não ser que o processo de anonimização possa ser revertido.

Entende-se que, o conceito de dados pessoais, tanto na LGPD, quanto o GDPR, abrange as seguintes informações: cookies, informações pessoais, e-mail, endereço IP, dados de comportamento de navegação, registros médicos e dados biométricos.

### **3.3 Dado anônimo**

O dado anônimo é conceituado no GDPR, quanto na LGPD, como sendo dados que não se relacionam a uma pessoa natural identificada ou identificável.

### **3.4 Dados especiais ou dados sensíveis**

Dentre os dados pessoais passíveis de tratamento, tem-se os chamados dados especiais, no GDPR, que equivale aos dados sensíveis, na LGPD, tanto um, quanto outra, estabelecem requisitos específicos para que ditos dados possam ser tratados. Os dados especiais ou sensíveis são dados relativos à origem racial ou étnica, opiniões políticas, crenças religiosas ou filosóficas ou filiação em sindicatos, o tratamento de dados genéticos, dados biométricos com o objetivo de identificar exclusivamente uma pessoa natural, dados relativos à saúde, à vida sexual ou orientação sexual.

### **3.5 Direito dos titulares de dados**

Ambos os normativos apresentam um rol de direitos específicos que podem ser exercidos pelo titular dos dados pessoais.

Comparando alguns dos direitos reservados aos titulares de dados, pode-se afirmar que:

i) quanto à exclusão de dados: tanto o GDPR, quanto a LGPD, autorizam que os titulares de dados solicitem a exclusão de suas informações pessoais, ressalvando as isenções previstas nos dois diplomas legais. Dentre as exceções, algumas são semelhantes entre si, quais sejam: quando o tratamento de dados pessoais é feito para fins de pesquisa, jornalísticos, artísticos ou acadêmicos ou no cumprimento de obrigação legal;

ii) quanto ao acesso à informação: tanto o GDPR, quanto a LGPD, apresentam um elevado grau de semelhança no que diz respeito ao princípio da transparência, pois ambos os normativos exigem que os responsáveis pelo tratamento ou controlador enviem aviso ao titular de dado com informações detalhadas acerca do tratamento de seus dados pessoais.

iii) quanto a oposição ao tratamento de dados: tanto o GDPR, quanto a LGPD, permitem que os titulares dos dados pessoais se oponham ao tratamento de seus dados; e



iv) quanto à portabilidade dos dados: tanto o GDPR, quanto a LGPD, reconhecem o direito à portabilidade dos dados de seus titulares.

Em verdade, os direitos dos titulares de dados, em ambos os normativos, são bem semelhantes entre si.

### **3.6 Território de abrangência**

Os dois diplomas legais são aplicáveis as entidades e organizações que estejam presente em seu território de jurisdição, sendo que, no GDPR, usa o critério da organização que possui estabelecimento na União Europeia (UE), enquanto, a LGPD adota o critério de que se aplica às operações de tratamento de dados realizadas no território brasileiro. Ambas possuem alcance extraterritorial, aplicando-se as organizações que oferecem bens e serviços aos titulares de dados na Europa e no Brasil, independentemente de onde estejam localizadas.

Melhor explicando: o tratamento de dados abrangido pelo GDPR é, independentemente, de o tratamento acontecer dentro ou fora da União, pois adota o critério de localização física (territorial) do estabelecimento. Ou seja, o GDPR se aplica às empresas sediadas na União Europeia, mesmo que não armazenem os dados no território da União. Aplica-se, também, às empresas que apesar de não estarem localizadas na União Europeia, ofertam bens ou serviços a quem se encontra no território da União, sendo irrelevante a cidadania do titular dos dados ou o país de sua residência.

No caso de empresa que não possui estabelecimento localizado na União Europeia, ocorre a incidência do GDPR quando houver o monitoramento do comportamento de titulares que estejam na União e em decorrência do direito internacional público, por exemplo, embaixadas europeias e missões consulares.

A LGPD, ao adotar o critério do território nacional para a sua aplicação, não faz diferença, também, quanto à nacionalidade de seu titular, mesmo que estes dados tenham sido coletados fora do território nacional; ou seja, se a operação de tratamento de dados é feita no território nacional, se os dados foram coletados no território nacional, ou se há a oferta de bens ou serviços no território nacional, haverá a incidência das regras da LGPD. Exemplificando: se houver a oferta de bens ou serviços no território nacional a um estrangeiro, de passagem no Brasil, o ato será alcançado pela LGPD.

### **3.7 Agentes**

Três figuras são importantes no GDPR: o responsável pelo tratamento (Controller), o subcontratante (Processor) e o encarregado da proteção de dados (Data Protection Officer ou DPO). Ditas figuras também são encontradas na LGPD, com a observação de que o responsável pelo tratamento corresponde ao controlador e o subcontratante equivale ao operador, sendo a figura do encarregado a mesma do GDPR.

### **3.8 Tratamento de dados**

O conceito de tratamento de dados nos dois diplomas legais é bem semelhante, abarcando a ideia de que tratamento de dados corresponde a qualquer operação realizada em dados pessoais, como coleta, registro, organização, estruturação, armazenamento, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, uso, divulgação por transmissão, disseminação ou de outra forma, disponibilização, alinhamento ou combinação, restrição, apagamento ou destruição, no GDPR, ou, coleta, produção, recebimento, classificação, uso, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, exclusão, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, disseminação ou extração, na LGPD, os quais ao se compararem entre si, chega-se à conclusão que são bem similares.

### **3.9 Base legal**

A base legal para o tratamento de dados pessoais é mais ampla na LGPD, pois contempla todas as hipóteses do GDPR, com o acréscimo de outras situações previstas nos incisos IV, VI, VIII e X do seu artigo 7º.

### **3.10 Pseudonimização**

Com relação ao processo de pseudonimização, este é previsto no GDPR e na LGPD, tendo sido definido de forma bem semelhante, ou seja, é o tratamento de dados pessoais de forma que não se pode atribuir ou associar, direta ou indiretamente, a um indivíduo especificadamente, salvo se houver outras informações adicionais, que são mantidas separadamente em um ambiente controlado e seguro.

Normalmente, se atinge o processo de pseudonimização quando ocorre a substituição de um dado pessoal passível de identificação, por outro dado aleatório artificial, simplesmente para ocultar a associação direta ou indireta ao titular do dado. No entanto, o responsável pelo tratamento (GDPR) ou controlador (LGPD) consegue por meio de outras informações associar os dados originais com os dados pseudonimizados.

### **3.11 Transferência de dados internacionais**

O GDPR e a LGPD limitam às hipóteses para a transferência de dados internacionais, pois a regra é a da não possibilidade de compartilhamento de dados no âmbito internacional, adotando a lógica da interpretação mais protetiva ao titular dos dados, devendo os artigos 44º e 46º do GDPR e o artigo 33º da LGPD serem interpretados de forma taxativa.

Antes de adentrar nas hipóteses elencadas pelos artigos citados acima, necessário se faz entender o que significa transferência internacional de dados no âmbito do GDPR e da LGPD. Para tanto, cita-se o seguinte exemplo: determinada empresa brasileira (100%) possui o seu servidor alocado no ex-

terior por estratégia tecnológica e vantagem competitiva; assim, se houver a troca de dados por e-mails entre os diversos departamentos da empresa no Brasil, passando os dados momentaneamente pelo servidor situado fora do Brasil, não é considerado transferência internacional de dados para o país de localização do servidor, pois trata-se apenas de mera questão de infraestrutura tecnológica. Por outro viés, se esta mesma empresa enviar um e-mail para outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, sediadas em outros países, haverá a caracterização da transferência internacional.

O que se extrai dos artigos 44º e 46º do GDPR e do artigo 33º da LGPD é que para a transferência internacional de dados pessoais para um país terceiro ou organização internacional, estes devem proporcionar um grau de proteção de dados adequados aos parâmetros estipulados no regulamento e na lei ou quando o responsável pelo tratamento ou o controlador apresentarem garantias de que serão cumpridos os princípios, os direitos do titular e o regime de proteção dados por meio das seguintes hipóteses: i) no GDPR seriam por meio de instrumento jurídico vinculativo e com força executiva; por regras societárias vinculativas; por cláusulas-padrão de proteção de dados adotadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade de supervisão; por um código de conduta aprovado; ou por um mecanismo de certificação aprovado; ii) na LGPD seriam por cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência; por cláusulas contratuais padrão; por regras corporativas globais; e por selos de qualidade, certificados e códigos de conduta válidos. Ou seja, ambos os normativos possuem regras específicas e semelhantes com a finalidade de garantir o adequado nível de proteção às transferências internacionais de dados pessoais.

#### **4. Pontos de divergências entre o regulamento europeu e a lei nacional**

Após estabelecidas as semelhanças entre o GDPR e a LGPD, sem a intenção de esgotar o assunto, cabe realizar o estudo dos pontos de divergência entre os dois diplomas legais.

##### **4.1 Âmbito de aplicação**

Quanto ao âmbito de aplicação do GDPR, cabe ressaltar que é explícito no regulamento que a proteção dos dados pessoais abrange os dados pessoais de pessoa natural independentemente da nacionalidade ou residência do titular dos dados, o que não sucede na LGPD, pois a hipótese não é abordada de forma explícita.

Contudo, ao se interpretar a LGPD com base nos princípios e fundamentos da Constituição Brasileira e os fatos históricos acerca do princípio da privacidade, detalhados anteriormente, chega-se a mesma conclusão do GDPR, onde a proteção de dados pessoais se aplica a qualquer titular de dados, independentemente de sua nacionalidade ou residência.

## 4.2 Princípio da extraterritorialidade

Em particular, o GDPR se aplica as organizações que, embora não estejam estabelecidas na UE, monitoram o comportamento das pessoas naturais na UE. A LGPD não prevê quaisquer disposições específicas em relação às atividades de processamento, por empresas sediadas fora do território nacional, que tenham por objetivo monitorar o comportamento de pessoas no Brasil.

## 4.3 Pseudonimização

Com relação aos dados pseudonimizados o GDPR afirma que ditos dados quando são passíveis de serem atribuídos a uma pessoa natural mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa natural identificável, sendo, portanto, um dado pessoal.

A LGPD, ao contrário do GDPR, não afirma, explicitamente, que os dados pseudonimizados devem ser considerados dados pessoais quando há a possibilidade de identificação de seu titular por meio de informações complementares. Entretanto, ao se considerar o conceito de pseudonimização delineado no artigo 13º, parágrafo 4º, da LGPD, no qual afirma que se trata de processo em que há a possibilidade de reidentificação do titular do dado com a associação de outras informações, não se pode negar que o dado pseudonimizado é um dado pessoal protegido por lei, nos mesmos moldes do GDPR.

## 4.4 Solidariedade e danos causados

A responsabilidade solidariedade entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante não é abordada no GDPR, contudo, isto não quer dizer que não possa ser estabelecida no contrato a ser firmado entre ambos. Veja-se que o conceito de subcontratante remete a ideia de delegação, portanto, a atuação do subcontratante é limitada, devendo seguir as instruções do responsável pelo tratamento. Caso o subcontratante extrapole os limites da delegação feita pelo responsável pelo tratamento, atrairá para si as consequências de seu ato, respondendo, por conseguinte, pelos prejuízos porventura causados, como se fosse o próprio responsável pelo tratamento. Ou seja, mesmo que a solidariedade não tenha sido estabelecida no GDPR, se o subcontratante não seguir exatamente as instruções do responsável pelo tratamento será o responsável pelos prejuízos causados.

Com relação aos danos causados o GDPR esclarece que qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados pelo tratamento que viole o Regulamento. Por sua vez, o subcontratante somente será responsável pelos danos causados pelo tratamento se não tiver cumprido as obrigações do Regulamento especificamente dirigida ao subcontratante ou se tiver agido de forma contrária ou contrária às

instruções legais do responsável pelo tratamento.

A LGPD prevê a responsabilidade solidária do controlador e do operador nas operações de tratamento de dados, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de reparação dos dados patrimonial, moral, individual ou coletivo, especialmente quando se trata de atendimento ao consumidor por força da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

#### **4.5 Consulta à autoridade nacional**

Pelo GDPR o responsável pelo tratamento deve consultar a autoridade nacional antes do tratamento de dados, quando o relatório de impacto indicar que o tratamento resultaria em um alto risco caso não sejam tomadas as medidas mitigadoras de risco. Referida situação de consulta prévia a autoridade nacional não é prevista na LGPD, porém, isto não quer dizer que não se possa consultar a ANPD acerca de determinado tratamento de dados.

### **5. Exemplo prático de aplicação do GDPR e da LGPD**

Calha a propósito trazer um exemplo prático de aplicação do GDPR e da LGPD:

Serviço de internet móvel:

Consumidor brasileiro, residente no Brasil, contrata serviços de plano de internet móvel, com empresa provedora de conexão, sediada no território brasileiro, mediante a assinatura de contrato em português, regido por lei brasileira. Em determinado momento o consumidor brasileiro viaja para Lisboa e continua utilizando, no território europeu, os serviços de internet da provedora brasileira.

Na hipótese acima descrita haverá a incidência da LGPD, pois os dados foram coletados no território brasileiro, por provedora brasileira, nos termos do item 4.6, deste estudo. Em sentido diametralmente oposto, não se aplica o GDPR, pois não se configura oferta de serviços a quem se encontra no território da União. Trata-se de uso de internet em território europeu, contratada em país fora da jurisdição do GDPR.

Entretanto, na hipótese descrita acima, se o consumidor brasileiro, detentor de plano de internet móvel de provedora brasileira, contrata, em Lisboa, plano de 'roaming' internacional, após ver anúncio de sua provedora no aeroporto europeu, haverá a incidência do GDPR, pois houve a oferta de serviço em território europeu. Em sendo assim, haverá a aplicação simultânea da LGPD e do GDPR.

### **6. Conclusão**

O General Data Protection Regulation (GDPR), norma autoaplicável, ao entrar em vigor, substituiu leis e regulamentos nacionais do território de sua abrangência, sem a necessidade de aprovação de leis locais para a imple-

mentação de seus conceitos.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sob a influência do GDPR, absorveu boa parte de seus conceitos e princípios, sendo uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento de dados pessoais.

O objetivo de ambos os normativos legais é unificar o tratamento de dados pessoais, no âmbito do direito da privacidade, eliminando quaisquer inconsistências de outras leis acerca do assunto, modernizando a legislação para desafios tecnológicos, econômicos e políticos atuais, principalmente àqueles decorrentes do advento da internet.

Certo que, a ideia de proteger os dados pessoais pode trazer impactos negativos à economia, pois a regulamentação passa a ser um obstáculo ao desenvolvimento de determinados negócios que dependem de tratamento de dados pessoais, como, no caso, da economia digital.

Portanto, o desafio da sociedade hoje é encontrar o ponto de equilíbrio entre o respeito à privacidade e a constante evolução da tecnologia, com os benefícios da economia digital, cuja moeda atual é o dado pessoal de pessoa natural.

Veja-se que as tecnologias utilizadas na oferta de produtos e ou serviços atualmente estão projetadas para coletar o máximo de dados possíveis de seus usuários, em contraposição ao conceito de privacidade que prima pela proteção do bem-estar do ser humano, devendo ser impostos limites para garantir as liberdades e os direitos fundamentais.

Partindo do fato de que a sociedade moderna, “passou a reconhecer a privacidade como elemento essencial para o desenvolvimento humano”, merecendo atenção da legislação brasileira, mesmo antes da LGPD, por meio do Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, que trataram do tema de forma difusa e sem objetividade.

Saliente-se que o direito fundamental protegido pela LGPD e pelo GDPR se referem à privacidade da pessoa natural, que atualmente ganharam bastante relevância, “diante da quantidade avassaladora de dados coletados na era digital e do elevado grau de organização e inteligência empregado sobre eles (progresso quantitativo e qualitativos), viabilizando análises valorativas, não apenas pelo estado sobre os cidadãos, mas também por empresas privadas.”

É, neste conceito, que o presente estudo ao estabelecer as semelhanças e divergências entre o GDPR e a LGPD, destacou a importância do direito da privacidade, o qual foi amplamente defendido nos dois normativos citados, realçando a necessidade de se preservar o direito à proteção de dados pessoais de forma a não infringir um direito fundamental.

Acrescente-se que o direito fundamental está intimamente vinculado a natureza humana, sendo universal o seu conceito no que diz respeito a sua inviolabilidade.

A Constituição Federal Brasileira definiu os direitos fundamentais como sendo conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja escopo é o respei-

to à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, razão pela qual a vida privada do cidadão brasileiro deve ser protegida, de forma a garantir o respeito a sua dignidade.

Em sendo assim, não se pode negar que o direito à proteção de dados pessoais de pessoas naturais, defendido pela LGPD, é um direito fundamental que deve ser garantido ante a sua característica de inviolabilidade.

## Referências

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17. mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2018/lei/113709.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/113709.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural). Acesso em: 17 mar. 2021.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 11. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1994.

**EU General Data Protection Regulation (GDPR) An Implementation and Compliance Guide**. 3. ed. Cambridgeshire: It Governance Privacy Team, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao GDPR**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000/C 364/01**. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218(01)&from=EN). Acesso em: 17. mar. 2021.

UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 17. mar. 2021.

# ENTRE NIXON E REAGAN: A TENTATIVA DE JIMMY CARTER DE PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS NA RELAÇÃO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS E A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1977-1979)

Daniel Azevedo Muñoz

Universidad Autónoma de Madrid, Jornalista formado pela Universidade de São Paulo e Mestre em História Contemporânea pela Universidad Autónoma de Madrid

## Resumo:

O artigo propõe uma análise da política de pressão do presidente dos Estados Unidos, Jimmy Carter, sob a ditadura militar brasileira, em decorrência das constantes violações dos direitos humanos perpetuadas pelo regime. Tais políticas acabaram por fissurar a relação entre os países e influenciar o processo de “reabertura” do final do regime brasileiro. O trabalho delimita como as ações de Carter afetaram a opinião pública nos Estados Unidos e no Brasil. A pesquisa também oferece comparações entre as medidas de manejo da aliança entre os Estados Unidos e o regime brasileiro, no contexto da Guerra Fria tardia. A metodologia aplicada conta com o uso de mídia históricas com presença notável no Brasil, em especial o *New York Times*. São relacionadas fontes primárias com bibliografia, permitindo uma análise comparada. O artigo também mostra como a animosidade provocada danificou a imagem do presidente Carter em seu próprio país e serviu de ferramenta para a campanha de Ronald Reagan.

**Palavras-chave:** Ditadura militar brasileira; Jimmy Carter; Direitos Humanos; Tortura; Guerra fria.

## Introdução

O regime militar brasileiro (1964-1985) foi marcado por diversos tipos de violações aos direitos humanos, tendo como principal ferramenta para tais ações o Ato Institucional nº 5 (AI-5)<sup>1</sup>. Estava contido neste ato o arcabouço legal criado pela ditadura para privar cidadãos de seus direitos básicos, quan-

<sup>1</sup> O AI-5 foi assinado por Costa e Silva. A legislação foi válida de 13 de dezembro de 1968 até a sua anulação em 13 de outubro de 1978, no processo de “reabertura”.



do suspeitos de “subversão”, abrindo-se assim as portas para os abusos. Neste artigo se apresentará como o mandato do presidente Jimmy Carter (1977-1981), nos Estados Unidos (EUA), tentou oferecer uma rutura com o permissivismo estadunidense com o regime brasileiro. Como fonte principal para este trabalho se escolheu o arquivo histórico do jornal estadunidense *The New York Times* (NYT), media internacional que contou com um correspondente exclusivo para o Brasil durante todo o período da ditadura militar. A metodologia usa as fontes primárias como base para a construção cronológica, assim permitindo o acompanhamento da evolução da política estudada, com fontes secundárias utilizadas para clarificar e situar interpretações.

Desde sua primeira “transição” de poder, o regime encenou processos que visavam assemelhar-se a uma democracia indireta, como forma de esconder seu autoritarismo. Contudo, ecos de ditadura eram notados pela imprensa internacional desde os primeiros adiamentos de pleitos. O projeto *Alliance for Progress*, pensado pelo presidente democrata John F. Kennedy (e implantado principalmente pelo seu substituto, Lyndon Johnson), passou a ser minado pelo militarismo na América Latina, sendo o Brasil um dos primeiros expoentes do fracasso de tal política<sup>2</sup>. Quando o Congresso Nacional foi fechado pela primeira vez pelo regime, em 1966, o correspondente estadunidense Juan de Onís passou a descrever a “revolução” dos militares brasileiros entre aspas. O legado de Kennedy continuou sendo desfeito por Richard Nixon, com o republicano mantendo a mesma base da *Alliance*, porém sem o discurso que (ao menos em teoria) incentivava os países latino-americanos a se fundamentarem como democracias liberais. A morte do militar estadunidense Charles Chandler no país foi mais um divisor de águas<sup>3</sup>. Poucos dias depois do ocorrido, o NYT descreveu por primeira vez o regime brasileiro como uma “*military dictatorship*”<sup>4</sup>.

Entre as detenções feitas pelo regime durante a implantação do AI-5<sup>5</sup>,

---

2 O marco bibliográfico escolhido para a *Alliance for Progress* é: Jerome Levinson e Juan de Onís, **The Alliance That Lost Its Way** (Chicago: Quadrangle Books, 1970); Stephen G. Rabe, **The Most Dangerous Area in the World: John F. Kennedy Confronts Communist Revolution in Latin America** (Londres: Chapel Hill, 1999); Michael Dunne, **“Kennedy’s Alliance for Progress: countering revolution in Latin America: Part I: From the White House to the Charter of Punta del Este”**. *International Affairs*, Vol. 89, nº 6, 2013, p. 1389-1409; Jerry D’Ávila, **Dictatorship in South America** (Hoboken: Wiley-Blackwell, 2013); e Vanni Pettinà, **Historia Mínima de la Guerra Fría en América Latina** (Cidade do México: El Colegio de México, 2018).

3 Paul Montgomery. “*Gunmen in Brazil Kill U.S. Captain*”, NYT. 13 de outubro de 1968. p. 4.

4 Benjamin Welles. “*Latin America: The Military Drift Troubles the U.S.*”, NYT. 20 de outubro de 1968. p. E8.

5 A cobertura do NYT sobre o AI-5 pode ser vista nas seguintes notícias: “*Brazil’s President Takes Wide Emergency Powers*”. 14 de dezembro de 1968. p. 1; “*Dozens of Opponents Seized*”, 14 de dezembro de 1968. p. 18; “*Brazilian Await the Extent of Curbs*”. 15 de dezembro de 1968. p. 3; “*Leading Editor Seized*”. 15 de dezembro de 1968. p. 3; “*Arrests by Brazil in Political Crisis Put in Hundreds*”, 16 de dezembro de 1968. p. 1; todas as notícias foram publicadas no NYT.

se encontravam dois clérigos estadunidenses<sup>6</sup>, acusados de “sérias atividades subversivas”. Expulsos do Brasil, nos EUA os religiosos revelaram o que vivenciaram em cárcere, trazendo assim os primeiros relatos de tortura ao NYT<sup>7</sup>. Neste momento se percebia que a ausência de uma referência explícita à defesa da democracia e dos direitos humanos no plano da *Alliance* havia sido o grande erro de Kennedy. O anticomunismo como única base de união forçava os EUA a conviver com regimes que violavam direitos básicos que seu país dizia defender. A administração que virá a tentar interromper este ciclo será justamente a de Carter.

## Surge o “incômodo” Carter

Durante os anos do “milagre econômico”, um assunto que rapidamente chamou a atenção dos EUA foi o interesse do regime brasileiro por um acordo de comércio de urânio e compra de tecnologia nuclear com a Alemanha Ocidental<sup>8</sup>. A primeira referência de Carter com relação à ditadura brasileira aparece em maio de 1976, ainda em condição de candidato, com suas falas nas Nações Unidas (ONU), quando propôs uma “moratória voluntária” no comércio de urânio enriquecido<sup>9</sup>. A campanha presidencial do democrata queria utilizar-se da “superioridade moral” como um diferencial ao ocupante da Casa Branca, o republicano Gerald Ford. Em setembro, já mais próximo das eleições, o vice de Carter, Walter F. Mondale, afirmava que uma renovação nas relações internacionais dos EUA era necessária<sup>10</sup>. O general brasileiro do momento, Ernesto Geisel, já se mostrava indisposto com a figura do democrata, já que já tinha uma predisposição contrária ao imperialismo dos governos estadunidenses, se incomodando com o tom de superioridade até mesmo na complacência de Henry Kissinger com as ditaduras latino-americanas<sup>11</sup>. Com Carter já eleito, o NYT apresentava um editorial em que questionava quais seriam os destinos das relações internacionais dos EUA<sup>12</sup>.

O aceno latino-americano ao novo presidente democrata se deu com a libertação de presos. O NYT falou da versão brasileira deste momento, referenciando que a medida era dita como um Indulto de Natal<sup>13</sup>. O país não havia informado quantos presos seriam libertados e nem quantos eram presos políticos, já que o sistema de justiça do regime militar não os separava dos

6 “2 U.S. Priests Arrested”, NYT. 19 de dezembro de 1968. p. 12.

7 “2 U.S. Priests Tell of Jailing in Brazil”, NYT. 29 de dezembro de 1968. p. 43.

8 Paul Kemezis. “Bonn and Brazil in Uranium Deal”, NYT. 3 de maio de 1975. p. 47.

9 Kathleen Teltsch. “Carter Proposes a Nuclear Limit”, NYT. 14 de maio de 1976. p. 1.

10 Linda Charlton. “Mondale Terms U.S. Indifferent to Needs of Emerging Countries”, NYT. 27 de setembro de 1976. p. 1.

11 Elio Gaspari, “Bye, Bye, Brother” em “Parte III: A Cama de Alice”, em **A Ditadura Encurralada**, vol. 4 da Coleção Box Ditadura (Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016), obra que será mencionada posteriormente neste trabalho como Gaspari, vol. 4, 2016.

12 Graham Hovey. “Carter, and Morality in Foreign Policy”, NYT. 28 de dezembro de 1976. p. 22.

13 O Indulto de Natal não era comum na época da ditadura militar, por isso a ação pode ser interpretada como um aceno político.

detidos por crimes comuns<sup>14</sup>. O novo presidente estadunidense começava a romper a tradicional política externa de seu país, já que não poderia aplicar seu plano de colocar-se como moralmente superior à URSS enquanto carregasse tantos aliados autoritários<sup>15</sup>. O que se seguiu, como já descreve Gaspari, foi o maior “ato de hostilidade” de um presidente brasileiro aos EUA. Na prática, foi uma ação simbólica, pois não afetava em nada a situação brasileira e nem a aliança continental. Contudo, é notável um general brasileiro se negando a aceitar “qualquer assistência militar” do governo estadunidense. O estopim foi um relatório entregue pela embaixada estadunidense ao Itamaraty<sup>16</sup>, onde o regime brasileiro era descrito como ditatorial e violador dos direitos humanos.

Era a primeira vez que um discurso de “oposição” estava sendo utilizado como política de influência sobre o regime brasileiro. Contudo, a responsabilização de Carter por tais ações era equivocada, já que, segundo viria a ser confirmado, o documento havia sido produzido pela gestão Ford<sup>17</sup>. Sem acesso a tal informação, Kandell relacionava diretamente o documento à abordagem de Carter sobre os direitos humanos. O jornalista concatenava na mesma cobertura as recusas recentes do Uruguai e da Argentina aos auxílios militares dos EUA, indicando uma espécie de “efeito dominó” e uma apreensão com a disposição do democrata em desfazer alianças importantes em nome da defesa dos direitos humanos<sup>18</sup>. O cancelamento do acordo militar entre os dois países se concretizou, e mesmo com a administração Carter determinada a não reagir, o NYT replicou a cobertura da *Associated Press* (AP), chamando o momento de histórico, mas culpabilizando mais a questão nuclear do que a defesa aos direitos humanos<sup>19</sup>. A notícia também enfatiza que o regime brasileiro confirmava que não abandonaria a aliança com os EUA, destacando como sucessos de tal parceria o próprio Golpe de Estado de 1964 e o alinhamento, até então, dos generais brasileiros com os interesses dos EUA. Ao que concerne o regime, o incômodo partia justamente de estarem serem igualados a figuras como Augusto Pinochet e Jorge Rafael Videla, já que Geisel considerava que sua “reabertura” o diferenciava de seus vizinhos<sup>20</sup>. O Brasil era visto como um potencial líder de uma resposta latino-americana contra as interferências do democrata.

No dia seguinte ao cancelamento do acordo militar, o NYT criticara a “intransigência” do democrata, porém se resguardando na “segurança” de que

14 “3,000 are Released From Latin Prisons”, NYT. 2 de janeiro de 1977. p. 18.

15 “Bye, Bye, Brother” em “Parte III: A Cama de Alice”, em Gaspari, vol. 4, 2016.

16 *Ibid* e Jonathan Kandell. “Brazilian Government Rejects U.S. Military Sales Credits for 1978-79 Period Over the Human Rights Issue”, NYT. 6 de março de 1977. p. 11.

17 *Ibidem*, Gaspari, vol. 4, 2016.

18 Jonathan Kandell. “Brazilian Government Rejects U.S. Military Sales Credits for 1978-79 Period Over the Human Rights Issue”, NYT. 6 de março de 1977. p. 11.

19 “Brazil Cancels Military Aid Treaty Over U.S. Report on Human Rights”, NYT. 12 de março de 1977. p. 1.

20 “Bye, Bye, Brother” em “Parte III: A Cama de Alice”, em Gaspari, vol. 4, 2016.

regimes como o brasileiro precisavam da cooperação estadunidense<sup>21</sup>. Ainda nesta edição, Onís traduzia a visão que existia entre os generais brasileiros de que os intentos de Carter desconsideravam que eles lutavam uma “guerra” contra “terroristas e dissidências violentas”<sup>22</sup>. Segundo o correspondente, esta visão permeava múltiplas ditaduras da região. Como esperado, mais quatro nações juntavam-se ao Brasil e rejeitavam apoio militar dos EUA: Argentina, El Salvador, Uruguai e Guatemala<sup>23</sup>. Segundo Gaspari, admitir as violações dos direitos humanos que ocorreram durante o regime e tratar do assunto como uma “página virada” não era possível para os generais, por bloqueios da esquerda (que desejaria anistia das vítimas e punição dos torturadores) e da direita (pelas pressões que chegavam da ala “mais extremista” do exército)<sup>24</sup>. Pela 3ª vez desde o Golpe de 1964, o Congresso Nacional havia sido fechado. Nesta situação, Kandell reforçava que, independente da “moderada liberação política”, o país continuava “firmemente preso a um sistema político autoritário”<sup>25</sup>. A vitória moral de Carter estava dada. Enquanto isso, o democrata afirmava em discurso na Organização dos Estados Americanos (OEA) que não recuaria em sua política por todo o continente<sup>26</sup>. Além de uma cobertura detalhada, o NYT publicou a íntegra do discurso do presidente<sup>27</sup>.

John B. Oakes, editor sênior do NYT, publicaria uma série de artigos analisando a situação brasileira. No 1º, o jornalista destacava as falas de “um ex-general”: “*Of course we don't have democracy, we never did. But we have a regime that is moving toward democracy, one step at a time*”. Oakes não se continha em corrigir sua própria fonte, afirmando que o país na verdade se movia na direção contrária<sup>28</sup>. O 2º artigo traria um artifício gráfico expressivo, uma ilustração de uma explosão nuclear. Oakes neste caso enfatizava as críticas ao “imperialismo moral” estadunidense oferecidas pelos generais brasileiros<sup>29</sup>. A base de todo o discurso demonstrado era a antiga aliança anticomunista, vista como central pelo regime brasileiro. Com falas atribuídas a um “alto oficial da ditadura militar”, Oakes leva às páginas do NYT uma visão alinhada aos “radicais” do regime brasileiro. O antiamericanismo era forte no discurso. As ações de Carter passaram a ser vistas cada vez mais como desastrosas no NYT: ao lado de uma grande ilustração do democrata, como um bebê a brincar com

21 *The World*, “Brazil, Angry Over Rights, Cancels a Pact”, NYT. 13 de março de 1977. p. 156.

22 Juan de Onís. “Latin View on Rights Is That Carter Doesn't Understand”, NYT. 13 de março de 1977. p. 156.

23 “World News Briefs”, “General Brown Concerned Over Latin Stand on Aid”, NYT. 18 de março de 1977. p. 7.

24 “Bye, Bye, Brother” em “Parte III: A Cama de Alice”, em Gaspari, vol. 4, 2016.

25 Jonathan Kandell. “Brazil's Chief Dissolves Congress as Foes Block His Judicial Bill”, NYT. 2 de abril de 1977. p. 5.

26 Graham Hovey. “President Supports Human Rights Stand In Speech to O.A.S.”, NYT. 15 de abril de 1977. p. 53.

27 “Text of Carter's Address to O.A.S. Council Outlining Policy Toward Latin America”, NYT. 15 de abril de 1977. p. 10.

28 John B. Oakes. “Brazil's Nuclear Drive”, NYT. 25 de abril de 1977. p. 30.

29 John B. Oakes. “Authoritarianism, Brazilian-Style”, NYT. 26 de abril de 1977. p. 35.

países e continentes em forma de um móbile de berço, o correspondente Bernard Gwertzman afirmava que sua política exterior ainda não havia tido nenhum êxito<sup>30</sup>. As consequências à manutenção do discurso por Carter apa-riam com as condenações soviéticas à Liga Internacional de Direitos Humanos e à Anistia Internacional por “acusações caluniosas”<sup>31</sup>. A novidade, no entanto, era que tais críticas foram acompanhadas de outras semelhantes, que partiam do “líder” Brasil e dos “seguidores” Argentina e Chile.

## A questão brasileira com Rosalynn Carter

A primeira visita protocolar para tratar dos pontos de tensão pelo continente seria feita pela “parceira política” do presidente, Rosalynn Carter. Antes mesmo da saída da 1ª dama dos EUA, críticas de alas republicanas de Nixon e do potencial candidato Ronald Reagan aproveitavam-se do momento para atacar as políticas externas de Carter<sup>32</sup>. Ao noticiar a partida de Rosalynn Carter, o NYT apontara como “maior desafio” o Brasil<sup>33</sup>. Onís oferecia uma análise sobre como as lideranças da região esperavam ver em Rosalynn a realidade por trás do Jimmy “ativista”. Até Videla havia prometido a membros da administração democrata um maior cuidado<sup>34</sup>. A chegada da 1ª dama no Brasil foi com fria recepção, como esperado. Geisel não estava nem um pouco satisfeito em ter de lidar com Rosalynn e não Jimmy<sup>35</sup>. A questão dos direitos humanos surgira no encontro de Geisel com Rosalynn Carter<sup>36</sup>, contudo, não chegaram à repórter estadunidense Laura Foreman, que acompanhava a turnê da 1ª dama, as respostas de Geisel. O general, além de criticar a “ingenuidade” dos ideais de Carter, insistia que o democrata não entendia a situação brasileira. Rosalynn Carter rebatera dizendo que as democracias industriais precisavam ser livres e que “a História apoia as democracias”<sup>37</sup>. A fala da 1ª dama refletira o ponto em que Carter rompia com a interpretação da *Alliance*. A 1ª dama terminou sua visita ao país no Recife, onde encontrou-se com dois cidadãos estadunidenses que haviam sido vítimas da violência do regime brasileiro. No NYT, os relatos eram de que os clérigos Lawrence Rosebaugh

30 Bernard Gwertzman. “Carter Has Yet to Make a Real Mark in Foreign Policy”, NYT. 1 de maio de 1977. p. E5.

31 “Soviet, at U.N., Attacks Human Rights Groups”, NYT. 3 de maio de 1977. p. 2.

32 “Excerpts From Nixon Interview on Agnew, Chile and His Decision to Resign”, 26 de maio de 1977. p. 30; Graham Hovey. “Nixon Saw Cuba and Chile Enclosing Latin America”, 26 de maio de 1977. p. 30; e Joseph B. Treaster. “Reagan is Critical of Carter on Rights”, NYT. 10 de junho de 1977. p. 5; todas as notícias foram publicadas no NYT.

33 Laura Foreman. “Mrs. Carter Leaves on Latin Tour Today”, NYT. 30 de maio de 1977. p. 4.

34 Juan de Onís. “Latin America Waits Policy Details”, NYT. 5 de junho de 1977. p. E2.

35 “Bye, Bye, Brother” em “Parte III: A Cama de Alice”, em Gaspari, vol. 4, 2016 e Laura Foreman. “Mrs. Carter Is Given a Low-Key Welcome in Brazil”, NYT. 7 de junho de 1977. p. 5.

36 *Ibid*, Gaspari, vol. 4, 2016 e Laura Foreman. “Mrs. Carter Keeps Stress on Rights”, NYT. 8 de junho de 1977. p. 2.

37 *Ibidem*, Gaspari, vol. 4, 2016.

e Thomas Capuano foram “tratados como animais” em cárcere brasileiro<sup>38</sup>. O contado pelos estadunidenses, no entanto, não era o que acontecia nos porões do regime, mas o tratamento desumano “normal” de todas as pequenas prisões do país.

A resposta dos generais brasileiros à cobertura jornalística do ocorrido em Recife foi de que essa havia sido “incorreta, injusta e exagerada”<sup>39</sup>. Reforçando sua ideia, a administração democrata acionara a OEA para receber auxílio do grupo na aplicação de sua política por todo o continente<sup>40</sup>. As coberturas do novo correspondente do NYT no Brasil, David Vidal, refletiam como a “insistência” de Carter começava a servir de alavanca para que grupos internos aumentassem suas pressões contra o regime, como no caso dos grupos estudantis que deixaram uma carta com Rosalynn Carter, para que fosse repassada ao presidente dos EUA<sup>41</sup>.

### **“Melhoras” para Pinochet e Videla, enquanto Geisel não quer mais conversa**

A tendência de liberalização das ditaduras latino-americanas seguia e Onís apontava que a “insistência” de Carter influía positivamente neste fator. Mesmo sendo o primeiro regime a apresentar o plano de “reabrir”, o Brasil não fora mencionado como um dos exemplos de ditadura “abrandando-se” pelo correspondente, o motivo: as repressões policiais crescentes em resposta aos novos protestos estudantis<sup>42</sup>. Na tensão da situação, uma tentativa de atentado ocorria no nordeste do país, exatamente onde esteve Rosalynn Carter. A pretensa vítima foi justamente o cônsul dos EUA que havia apresentado à 1ª dama os clérigos vítimas do regime. Uma pequena nota da Reuters noticiava o fato e informava que por sorte o diplomata havia sobrevivido, o NYT veiculou a notícia no dia seguinte<sup>43</sup>. A Folha de São Paulo também noticiou o ocorrido, focando nas repercussões do ato nos EUA, através do jornalista Paulo Francis. Na cobertura do jornal paulistano se descartava a possibilidade de motivação política e de sequer o diplomata ter sido o alvo desejado do disparo<sup>44</sup>.

Outra represália às ações de Rosalynn Carter no Brasil foi a recusa da ditadura militar em renovar o visto do clérigo Capuano, que deixou o país em

38 Laura Foreman. “Mrs. Carter Told by 2 Americans Of Brazil Ordeal”, NYT. 9 de junho de 1977. p. 1.

39 “Brazil Assails U.S. Press Over Two Jailed Clerics”, NYT. 13 de junho de 1977. p. 2.

40 Graham Hovey. “U.S. to Prod O.A.S. To Give More Help To Its Rights Unit”, NYT. 10 de junho de 1977. p. 7.

41 David Vidal. “Student Unrest Troubles Brazil’s Regime”, NYT. 13 de junho de 1977. p. 3.

42 Juan de Onís. “Argentina’s Leadership Leans Toward Democracy”, NYT. 26 de junho de 1977. p. 131.

43 “U.S. Aide in Brazil Attacked”, NYT. 28 de junho de 1977. p. 8.

44 “Repercute nos EUA atentado de Recife” e “Estudante deve depor sobre atentado contra cônsul norte-americano”, ambas notícias veiculadas na Folha de S. Paulo. 28 de junho de 1977. p. 1 e 7.

21 de julho de 1977<sup>45</sup>. A resposta final a tal caso, dada pelo regime, veio de um relatório oficial do Governo do Estado de Pernambuco, que afirmava que embora os clérigos tenham apanhado por 20 minutos de agentes do Estado, tratava-se de um caso onde estes “foram vítimas de eventos naturais, já que foram levados para prisões coletivas, onde normalmente apenas criminosos pobres são mantidos”<sup>46</sup>. Em continuação com a sua política, Carter decidiu enviar mais um grupo à América Latina, composto de especialistas em direitos humanos. Em sua primeira parada, o grupo foi ao Chile e reportou “melhoras” no regime de Pinochet<sup>47</sup> e posteriormente ofereceu elogios ao regime de Videla também<sup>48</sup>. Geisel havia recusado a visita do grupo de Carter, dizendo que era um momento “inoportuno”<sup>49</sup>. A falta de diálogo seguiu, ganhando mais um capítulo com Geisel não confirmando presença no que seria o maior encontro de líderes do hemisfério desde o funeral de Kennedy. Tratava-se da assinatura dos novos tratados de uso do Canal do Panamá, evento que a administração democrata queria utilizar de alavanca diplomática com todo o continente. A vitória moral mais uma vez era de Carter, pois líderes como Pinochet e Videla não se uniram ao general brasileiro em não comparecer<sup>50</sup>. É importante ressaltar que o evento estava marcado para o 7 de setembro, data simbólica para o militarismo brasileiro. Tal associação da data com a ausência do general brasileiro só foi feita quatro dias após o evento<sup>51</sup>. O NYT ofertou ao clérigo Capuano espaço e liberdade para oferecer seu relato sobre a violência sofrida no Brasil. Junto de suas palavras aparecia uma grande ilustração de uma praia brasileira, com banhistas ao fundo e uma vítima de tortura em primeiro plano. O artigo afirmava que a “reabertura” de Geisel poderia até estar melhorando as questões de perseguição política no Brasil, mas que a “natural” violência estatal com as populações mais pobres continuava ignorada<sup>52</sup>.

“Oito países em quatro continentes, em onze dias”, assim resumia-se o itinerário de um anunciado *tour* para Carter. A parada brasileira foi dita como crucial para “reparar relações”, porém apenas no que concerne a interferência estadunidense no acordo nuclear. A questão dos direitos humanos não foi colocada como “negociável” por Carter, numa cobertura que tinha como fonte principal o Conselheiro de Segurança Nacional do democrata, Zbigniew Brzezinski<sup>53</sup>. Entre as figuras influentes do NYT, Wicker dizia que a visita ao

45 “U.S. Missionary Leaves Brazil”, NYT. 23 de julho de 1977. p. 8.

46 “World News Briefs”, “Panel in Brazil Reports On Beating of Americans”, NYT. 7 de agosto de 1977. p. 7.

47 Juan de Onís. “U.S. Aides in Chile Find Shift on Rights”, NYT. 12 de agosto de 1977. p. A5.

48 “U.S. Group Ends Argentina Visit”, NYT. 21 de agosto de 1977. p. 12.

49 “Brazil Rejects Visit by Lowenstein”, NYT. 12 de agosto de 1977. p. A5.

50 “Pinochet and Videla to Visit Washington”, NYT. 28 de agosto de 1977. p. 12.

51 David Vidal. “Brazil Rallies Popular Support on Independence Day”, NYT. 11 de setembro de 1977. p. 4.

52 Thomas M. Capuano. “Scenes and Echoes of Torture in Brazil”, NYT. 1 de setembro de 1977. p. 21.

53 James T. Wooten. “President Plans 11-Day Journey To 8 Countries on 4 Continents”, NYT. 24 de setembro de 1977. p. 1.

Brasil era “oportuna”<sup>54</sup>, mas Oakes lembrava que os “supersensíveis” brasileiros não se impressionariam em ser tratados como somente uma parada numa turnê mundial<sup>55</sup>. A apreensão sobre Carter se mantinha, como se pôde ver em um grande artigo do intelectual Samuel Pizar, para o qual o jornal ofereceu espaço em mais de cinco páginas de uma edição de domingo. O argumento: Carter estava rompendo o *détente* e ameaçando a coexistência das duas superpotências<sup>56</sup>. Um mês antes da prevista chegada do democrata ao Brasil, o chefe do Itamaraty, na tradicional honraria de primeira fala conferida ao Brasil na Assembleia Geral da ONU, direcionava suas críticas a Carter<sup>57</sup>. A estratégia da ditadura brasileira tentava mudar o foco, deixando de “justificar” seus abusos e direcionando seus argumentos à ideia de soberania nacional. Com tal discurso, o regime se vendia como mais moderno.

### “Preocupações honestas’, sem grandes promessas” – a aliança proposta por Carter

Os resultados da “insistência” do presidente democrata, em conjunto com a necessidade de esfriar os ânimos, moldaram a nova política exterior dos EUA. A opção de Carter foi por desagradar a todos, com “flexibilidade”:

*It is a policy that relies heavily on personal contact but shuns both the visions of lavish economic aid that ushered in the Alliance for Progress in 1961 and the oratory of Pan Americanism – Simón Bolívar’s dream of a united continent – that clothed most earlier Washington approaches to the Western Hemisphere.*<sup>58</sup>

O esgotamento do modelo da *Alliance* era notado já há quase uma década, no entanto, a rutura era difícil. O “olhar para o outro lado”, como no caso panamenho, era aceito e esperado, já que o uso do canal era imprescindível. A “normalização” das relações com Cuba, contudo, mexia com medos ainda muito fortes mesmo entre os mais “liberais” dos estadunidenses. Obviamente, as ditaduras ao sul, incluindo o Brasil, tampouco apreciavam tal ideia. O que separava Carter da política idealizada por Kennedy era justamente a liberdade de ser “seletivo” em suas pressões. Em uma análise mais otimista, o plano de Carter poderia ser visto como inteligente, já que suas “flexibilizações” seletivas estariam de acordo com o interesse de seu país, além de suas “preocupações”, também seletivas, abrirem as portas para um desgaste de todos os regimes do continente que desagradavam o democrata, sejam as ditaduras ao sul ou a Cuba comunista<sup>59</sup>. O anticomunismo mantinha-se central para o re-

54 Tom Wicker. “Carter’s Grand Tour”, NYT. 25 de setembro de 1977. p. 173.

55 John B. Oakes. “On-the-Spot Morality”, NYT. 6 de outubro de 1977. p. 27.

56 Samuel Pizar. “Let’s Put Detente Back on the Rails”, NYT. 25 de setembro de 1977. p. 212.

57 Kathleen Teltsch. “Brazil, in U.N., Answers Its Critics”, NYT. 27 de setembro de 1977. p. 8.

58 Graham Hovey. “Carter’s Latin Policy: No Big Pledges but ‘Honest Concern’”, NYT. 28 de setembro de 1977. p. 12.

59 *Ibid.*



gime brasileiro, mesmo em “reabertura”, já que a visão de Geisel (e posteriormente a de João Figueiredo) de uma democracia saudável não contemplava a possível participação daqueles que “não amam o Brasil”. Para um governo que já tinha de lidar com áreas extremistas das Forças Armadas, que viam comunismo até em Golbery de Couto e Silva e Geisel, um Carter “amigo” de Cuba era um pesadelo. Pouco mais de um mês após o anúncio da nova abordagem do presidente democrata, a sua turnê seria cancelada, por necessidades de política interna<sup>60</sup>. Os países que receberiam o democrata reagiram com um misto entre apreensão e indiferença. Geisel fez questão de anunciar que o Brasil era indiferente<sup>61</sup>.

## Leonel Brizola nos EUA, Cyrus Vance na América Latina

A notícia de que a ditadura uruguaia oficialmente expulsaria Brizola de seu exílio no país foi um dos poucos pontos em que Geisel e seu desafeto, Gal. Sylvio Frota, se juntariam em felicidade. Frota representava os “radicais” do exército<sup>62</sup>. Neste momento, ambos se regozijavam com a possibilidade de prender o “grande inimigo”. O problema foi só um: Carter. Um asilo a Brizola havia sido concedido pelo democrata, causando mais um desgosto aos generais brasileiros. Como descreveu Gaspari, o silêncio não acompanhou o líder gaúcho<sup>63</sup>, que ofereceu uma entrevista aos media estadunidenses, com retransmissão ao Brasil através do rádio. O NYT interpretara tal acontecimento como um agravante nas relações já danificadas. Entre as falas de Brizola, vieram elogios à política de Carter, especialmente no que concerne aos direitos humanos. A manobra política havia funcionado para ambos os lados, se “amaciava” um líder brasileiro ao mesmo tempo que se irritava mais ainda os generais<sup>64</sup>.

O presidente estadunidense notara que havia puxado a corda demais com suas últimas ações, por isso, para garantir que teria pelo menos uma porta aberta em Brasília, resolveu ceder no outro ponto de atrito. A administração democrata determinou que o regime brasileiro estava dentro dos “critérios de não-proliferação nuclear” e por isso aprovava a venda de 54 toneladas de urânio ao país. Sua visita ainda não aconteceria, mas seu Secretário de Estado, Vance, poderia partir ao Brasil e começar o processo de “melhora” nas rela-

60 Charles Mohr. “Carter Postpones Foreign Tour To Deal With Energy Legislation”, NYT. 5 de novembro de 1977. p. 1.

61 Graham Hovey. “Delay in Carter Trip Gets Varied Regrets”, NYT. 6 de novembro de 1977. p. 8.

62 “Um dos Dois Vai Ter que Sair” em “Parte IV: A Hora de Ernesto Geisel”, em Gaspari, vol. 4, 2016.

63 “O Fator Jimmy Carter” em “Parte I: Geisel Ganhou Todas”, em **A Ditadura Acabada**, vol. 5 da Coleção Box Ditadura (Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016), obra que será mencionada posteriormente neste trabalho como Gaspari, vol. 5, 2016.

64 Graham Hovey. “U.S. Broadcast to Brazil Appears To Add to the Strains in Relations”, NYT. 7 de novembro de 1977. p. 10.

ções<sup>65</sup>. Na Argentina, o Secretário democrata conseguiu vitórias nas questões nuclear e de direitos humanos<sup>66</sup>. No Brasil, não houve o mesmo êxito<sup>67</sup>. Ao mesmo tempo, o Brasil da “reabertura” oficialmente ganhava seus conflitos internos, com a queda de Frota e a oficialização da escolha de Figueiredo<sup>68</sup>. O NYT fez questão de lembrar que a vontade popular era na realidade o fim do regime militar<sup>69</sup>. O jornal não esperou para traçar um perfil de Figueiredo. Seu cargo de chefia do Serviço Nacional de Informações (SNI) era destacado na cobertura, mostrando os claros vínculos do militar com toda a repressão e tortura que acontecera no país. O papel do seu pai na derrotada Revolução Constitucionalista de 1932, promovida por forças políticas de São Paulo contra Getúlio Vargas, também era destacado, ressaltando assim o seu “histórico familiar” de ser “contrário a ditadores”, sendo um “constitucionalista”. A linha da “reabertura” de Geisel era compartilhada pelo novo apontado<sup>70</sup>.

Em pleno ambiente de transição, o presidente estadunidense finalmente confirmava sua visita ao Brasil<sup>71</sup>. O democrata gostaria também de ter um dia de “descanso” no Rio de Janeiro, além de seus compromissos oficiais. Antes da chegada de Carter a seu encontro com Geisel, o NYT cobria as pressões internas no país pela anistia aos exilados e perseguidos políticos<sup>72</sup>.

## 18 anos depois de Dwight Eisenhower, um presidente estadunidense volta ao Brasil

No dia em que Carter saiu dos EUA, as páginas em Nova Iorque já confirmavam que o anunciado dia de “descanso” no Rio de Janeiro não seria só para recarregar energias. Os encontros com os principais líderes nacionais que criticavam o regime aconteceriam neste dia<sup>73</sup>. A expectativa era alta, devido

65 Graham Hovey. “Administration Approves Export of Uranium to Brazil”, NYT. 17 de novembro de 1977. p. 12.

66 A cobertura de Onís sobre Vance na Argentina se divide em dois artigos: Juan de Onís. “Vance Starts Latin Trip, Stressing Nuclear Dangers”. 21 de novembro de 1977. p. 3; e “Vance Wins Argentine Pledge on Nuclear Arms”. 22 de novembro de 1977. p. 3; ambos publicados no NYT.

67 Juan de Onís. “Vance Asks Brazilians to Restrict Nuclear Programs”, NYT. 23 de novembro de 1977. p. 9.

68 Para uma visão mais completa sobre a crise interna do regime e o processo de consolidação da “reabertura” com a passagem de poder a Figueiredo, ver: “A Rachadura do Planalto” e “O Jogo da Tensão” em “Parte III: A Cama de Alice”; “Um dos Dois Vai Ter que Sair” e “Um Saiu” em “Parte IV: A Hora de Ernesto Geisel”; em Gaspari, vol. 4, 2016; e “A Máquina de Figueiredo”, “A Demolição de Euler” e “O Ronco da Tigresa”, em “Parte I: Geisel Ganhou Todas”, em Gaspari, vol. 5, 2016.

69 Thomas Butson e Barbara Slavin. “The World”, “One President Picks Another”, NYT. 8 de janeiro de 1978. p. E4.

70 David Vidal. “President Geisel of Brazil Names Intelligence Chief as His Successor”, NYT. 6 de janeiro de 1978. p. 15.

71 “An African-Latin Visit Is Planned by Carter”, NYT. 25 de fevereiro de 1978. p. 7.

72 David Vidal. “Campaign to Restore Dissidents’ Political Rights Is Pressed in Brazil, but President Appears Reluctant”, NYT. 16 de março de 1978. p. A6.

73 Terence Smith. “Carter Will Begin 4-Nation Trip Today”, NYT. 28 de março de 1978. p. 1 e “O Fator Jimmy Carter” em “Parte I: Geisel Ganhou Todas”, em Gaspari, vol. 5, 2016.

às relações estarem no “pior momento da história”. O primeiro sinal negativo apareceu antes do pouso dos aviões. Uma curta nota no NYT explicava o constrangimento:

*“Brazilian Air Force jet fighters intercepted and buzzed American Airlines carrying part of the White House press corps here yesterday to cover President Carter’s visit.*

*A spokesman for the Air Force Ministry acknowledged the interception and called the action ‘a precautionary maneuver, part of a routine airspace defense system’. He refused to elaborate.*

*Passengers aboard President Carter’s jet said they saw no Brazilian war-planes near his aircraft.*

*Most of the 165 journalists and technicians on two chartered Boeing 707 jetliners assumed that a Mirage fighter that flew very close to one of their craft was welcoming them.*

*William Hurley, a senior pilot for Pan American World Airways, said: ‘I thought at first it was friendly. But then I saw he was loaded for bear, and I wasn’t particularly happy’.*

*Hurley said a second Mirage later flew near his craft but was not seen by the passengers.’<sup>74</sup>*

A cobertura da turnê Carter no Brasil para o NYT foi feita pelo jornalista Terence Smith, que acompanhara o presidente por toda a viagem. A descida do democrata em Brasília foi cobrida de boas-vindas cerimoniais ainda no aeroporto, onde Carter já teria falado sobre as questões de conflito com a ditadura brasileira<sup>75</sup>. No entanto, segundo Gaspari, o democrata não queria “encrenças” e não tinha interesse em tratar realmente nenhuma das questões problemáticas no país<sup>76</sup>. Independentemente dos desejos de Carter, o NYT deu todo o destaque para o fato de que o democrata ainda no aeroporto mencionara os pontos de fricção<sup>77</sup>. A cobertura nas páginas em Nova Iorque falava de um Carter “indesejado” no Brasil. A política do democrata, que estaria mostrando resultados em alguns regimes da região, no Brasil, era recebida com intransigência dos militares<sup>78</sup>. A preocupação demonstrada no NYT sobre o “dia livre” de Carter com as lideranças de oposição era compartilhada pelo mesmo, que não mediu esforços para evitar ao máximo irritar os generais brasileiros. Exemplos são o “não encontro” com o MDB e o esforço para não passar “tempo demais” com o cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, grande desafeto do regime. Mesmo com tanto pisar em ovos, a avaliação de Vidal era de que a influência do presidente estadunidense no processo de “reabertura” no Brasil era positiva<sup>79</sup>. Após todas as reuniões com Geisel a portas fechadas,

74 “Brazilian Air Force Buzzes 2 Press Planes”, NYT. 30 de março de 1978. p. A3.

75 Terence Smith. “Carter, In Brasilia, Raises Human Rights and A-Weapons Issue”, NYT. 30 de março de 1978. p. 23.

76 “O Fator Jimmy Carter” em “Parte I: Geisel Ganhou Todas”, em Gaspari, vol. 5, 2016.

77 “News Summary”, “International”, NYT. 30 de março de 1978. p. B1.

78 David Vidal. “U.S. Relations With Brazil Have Reached a Low Point”, NYT. 30 de março de 1978. p. A3.

79 *Ibid.*

nenhum novo acordo havia sido traçado e ninguém mudara de ideia, o máximo que a manchete do NYT pôde dizer era que as tensões haviam baixado<sup>80</sup>. Este momento havia sido o último encontro entre as duas figuras. Carter elogiou Geisel no mesmo diário em que elogiara Arns, mas o general não o quis receber num retorno do democrata ao país, anos depois<sup>81</sup>.

## Resultados da visita de Carter

Em tom de concordância com o presidente democrata, a *desk* do NYT defendeu o posicionamento de Carter, mas também fez o “reconhecimento” de parte dos argumentos dos regimes autoritários que reclamavam. O editorial do jornal trazia de volta a ideia de que o papel dos EUA deveria passar pelo “investimento” nos países pobres aliados, cuidando de “necessidades humanas”, além de direitos humanos<sup>82</sup>. A ideia que o NYT tentava defender com tal argumento mais uma vez fazia parte do ideário da *Alliance*, que foi a grande forma de enviar *aids* a países aliados no passado. No entanto, a história recente mostrava que tais fundos não foram utilizados para alimentar, ajudar ou investir nos pobres. O “investimento” estadunidense acabara a época por ser utilizado pelo regime como uma legitimação da opressão da ditadura no país, consequentemente causando os problemas que Carter no momento tentava remediar. Outra grande diferença na política do mais recente democrata era justamente a separação das questões, deixando de condicionar as relações econômicas com sua pressão social. Desta maneira, a obrigação por solucionar as questões ficava no colo do regime brasileiro aos olhos do cenário internacional. As previsões de que as críticas de Carter iriam “incendiar” um potencial “extremismo comunista” no Brasil caíram por terra. A única força de resistência que se mantinha crescente era pacífica e com pretensões atreladas à implantação de um sistema livre e democrático.

O posicionamento do NYT acabara por mostrar uma visão mais “quixotesca” que a de Carter (que fora constantemente acusado de idealista), já que partia de um pressuposto dos EUA resolverem problemas sociais de seus países aliados. Caía-se no paradoxo de tutelar em nome de libertar, um erro recorrente da política externa estadunidense.

## A perturbação na balança – cresce a oposição e freia-se um pouco a “reabertura”

O último general a ocupar a presidência brasileira apresentava uma diferença a seus antecessores: não se negava a falar com os media. Na primeira entrevista como “candidato” oficial do regime, dizia ainda não ter uma ideia formada do que considerava “democracia”, mas que o liberalismo estava com

80 Terence Smith. “*Carter’s Meeting With Brazilians Seem to Cut Tension Despite Rifts*”, NYT. 31 de março de 1978. p. 15.

81 “O Fator Jimmy Carter” em “Parte I: Geisel Ganhou Todas”, em Gaspari, vol. 5, 2016.

82 “*Notes on a Presidential Journey*”, NYT. 1 de abril de 1978. p. 20.

certeza “morto”<sup>83</sup>. Se Carter havia fortalecido a oposição no Brasil e retirado a “legitimidade” do discurso do regime, Figueiredo respondeu com meio passo atrás na “reabertura”. Wicker, que antes havia criticado as ações do democrata por “irresponsabilidade”, agora escrevia um longo artigo acompanhado de múltiplas referências à Brizola<sup>84</sup>.

*“(…) President Carter’s human rights policy has had at least psychological effect and Brazil – though much less repressive – is sometimes contemptuously lumped with Chile in Europe, where there are about 9,000 Brazilian refugees.*

*For these reasons and perhaps for some of his own, the military regime’s President, Ernesto Geisel, already has promised ‘redemocratization’ in 1979. But to Brazilians like Leonel Brizola, that promise seems hollow, since Mr. Geisel also has designated another general, Joao Baptista de Oliveira Figueiredo<sup>85</sup>, to become President for six more years, until 1984 (...).*

*(...)*

*Mr. Brizola, for one, fears what he calls ‘acts of desperation’ by impatient Brazilians, unless the regime soon declares an amnesty for political prisoners and those deprived of civil liberties, and permits free elections, to be followed by the development of a new constitution. But he insists also that the opposition doesn’t want anarchy or revenge – that the ‘era of radicalism’ climaxed by the military coup of 1964 is long gone. The prevailing mood, in his view, is for ‘moderate change’; Communists, he says, would not poll one percent of the vote in a free election.”<sup>86</sup>*

A redemocratização do Brasil passou a ser encarada como uma possibilidade nos EUA, direta ou indiretamente pelas pressões de Carter. Um Brasil democrático, como próprio Wicker apontava, agora era até desejável para a posição ocidental. Uma real oposição aos generais brasileiros que não assustava os EUA nascia. Figueiredo se tornaria presidente. Outro momento se iniciava no país, com o retorno das greves dos trabalhadores industriais, ilegalizadas pela ditadura. Segundo Gaspari, forças diplomáticas de Carter apoiavam estas movimentações, especialmente pela visão positiva que tinham da figura de Lula, naquele momento líder da motriz sindical que guiava as paralisações<sup>87</sup>.

## Conclusões

A descrição mais usual que se ouve atualmente de Carter é a de que foi um presidente “frouxo”, mesmo nos media profundamente ligados aos democratas, como o próprio NYT. O contraste com a imagem do Carter “insistente” que se desenhou nas páginas de Nova Iorque no início de sua política externa é gigante. O sepultamento de seu sucesso e sua carreira política ocorreu na crise dos reféns de Teerã, após a Revolução Iraniana. Carter foi

83 David Vidal. “Next Brazil Leader Seen Holding Course”, NYT. 23 de abril de 1978. p. 21.

84 Tom Wicker. “Pressures for Change in Brazil”, NYT. 5 de maio de 1978. p. A29.

85 Como era usual no NYT, nomes em português eram reproduzidos com erros de ortografia, como neste caso, que o general se chamava João Baptista de Oliveira Figueiredo.

86 *Ibid.*

87 Juan de Onís. “Strikes, Once Repressed, Return to Brazil”, NYT. 22 de junho de 1978. p. D7.

visto como o responsável por criar o ambiente que permitiu que as faíscas virassem chamas. Porém, este mesmo ambiente teve resultados muito positivos na América Latina, especialmente no marco dos direitos humanos e na redemocratização<sup>88</sup>. No caso brasileiro, direta ou indiretamente, o governo Carter influenciou diversos pontos do final do regime militar. Nomear o democrata como responsável pelo freio de violações aos direitos humanos que acontecia seria uma interpretação incompleta, contudo, ao contrário do que bravava Geisel, a ação de Carter na realidade diminuiu o intervencionismo direto dos EUA na questão brasileira. A remoção da figura estadunidense na defesa do regime ajudou a criar o vácuo de lideranças, que se preencheu pelo MDB e pelos novos movimentos que cresciam a época. Carter tinha sido um ponto fora da curva mesmo dentro de seu partido, já que durante todo o seu governo, grandes analistas políticos de viés democrata insistiam em reviver conceitos da *Alliance*, refletindo a ideologia do medo anticomunista.

A vitória de Reagan interrompeu a política de Carter e ao mesmo tempo garantiu o fim da constante referência aos ideais da *Alliance*, já que o republicano conseguiu sedimentar suficiente apoio no país para alterar o paradigma dos posicionamentos de ambos os partidos. A política de Carter não foi recuperada por nenhum novo presidente democrata até o momento atual. Embora não se possa determinar relações diretas, a forma como Carter alimentou a oposição brasileira e promoveu o desconforto ao regime coincidiu com o momento em que ambos os lados se desligaram de buscar uma influência externa para as suas ações. O final da “reabertura” acabou por ser levemente blindado internacionalmente, com o regime não voltando a “endurecer-se” (o que estaria de acordo com uma visão de Reagan) e a oposição mantendo-se firme em valores de emancipação democrática.

## Referências

D'ÁVILA, Jerry. **Dictatorship in South America**. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2013;

DUNNE, Michael. **Kennedy's Alliance for Progress: countering revolution in Latin America: Part I: From the White House to the Charter of Punta del Este**. *International Affairs*, vol. 89, n° 6, 1389-1409, 2013;

GASPARI, Elio. **A Ditadura Encurralada**, vol. 4 da Coleção Box Ditadura. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016;

GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**, vol. 5 da Coleção Box Ditadura. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016;

LEVINSON, Jerome e ONÍS, Juan de. **The Alliance That Lost Its Way**. Chicago: Quadrangle Books, 1970;

PETTINÀ, Vanni. **Historia Mínima de la Guerra Fría en América Latina**. Cidade do México: El Colegio de México, 2018;

---

88 *What's New in Human Rights*”, NYT. 8 de dezembro de 1978. p. A28.

RABE, Stephen G. **The Most Dangerous Area in the World: John F. Kennedy Confronts Communist Revolution in Latin America.** Londres: Chapel Hill, 1999.

# INTER-STATE HUMAN RIGHTS LITIGATION – THE POSSIBILITIES AND LIMITATIONS OF COLLECTIVE ENFORCEMENT

**Adrienne Komanovics, PhD**

Corvinus University of Budapest. Law Degree of the University of Pécs. Master Degree (LLM) of the University of Essex. Doctorate Degree (PhD) of the University of Pécs

## **Abstract:**

Recent decades have witnessed an unprecedented rise in inter-State litigation, mainly in Europe. Though their number in absolute terms is still small, these cases are very important by reason of their political nature and their impact on a large number of individuals. This paper investigates the procedural and substantive challenges of inter-State cases, focusing on those submitted to the European Court of Human Rights. Based on the typology developed by Spielmann, the paper distinguishes between public interest litigation, and cases where the applicant State has a particular link to the victims. The paper argues that though the procedure was designed to secure collective enforcement of the Convention, in fact States are more inclined to bring inter-State cases when they have an interest on their own. By exploring these issues, the paper examines whether the Court is capable to adequately settle these disputes, most of them relating to acute or protracted armed conflict.

**Keywords:** Human Rights; Inter-State litigation; CERD; European Court of Human Rights

## **1. Origins**

Recent decades have witnessed an unprecedented growth in inter-State litigation before various international human rights tribunals. While some of them relate to pecuniary issues, many cases stem from highly political issues, from conflicts giving rise to large-scale violations of human rights. This surge has led to a re-evaluation of the role of such litigation and raised various procedural and substantive issues. This contribution provides a brief overview of the phenomenon and examines some of the challenges raised thereby.

Human rights treaties generally provide for inter-state applications, albeit the type of procedure foreseen and its mandatory character vary from



convention to convention. The universal mechanisms establish non-judicial bodies (Committees), while in the regional systems the dispute might be submitted to a Court, although friendly settlement is also envisaged. That said, the increase in the number of international treaties after the second world war was unfortunately not matched with real commitment to guarantee these rights on the ground. The traditional inter-State, i.e. consensual and horizontal nature of international law has been reshaped with the advent of human rights, resulting in a persistent implementation gap (Komanovics, 2016). As early as 1951, in its *Advisory Opinion on the Genocide Convention* the ICJ pointed out that “in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties” (p. 23). In the *Barcelona Traction* case the Court found that certain obligations including, *inter alia*, the prohibition of genocide and the rules concerning the basic rights of the human person “are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.” (paras. 33-34)

The Human Rights Committee, established as the monitoring body of the International Covenant on Civil and Political Rights, also stated that human rights treaties, “and the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights. The principle of inter-State reciprocity has no place, save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee’s competence under article 41.” (HRC, 1994, para. 17)

In a similar vein, the European Commission on Human Rights asserted that “the obligations undertaken ... are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringements by any of the High Contracting Parties than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves.” (*Austria v. Italy*, 1961, at 140) The Commission also found that inter-State applications provide a collective guarantee of human rights (para. 138).

After a brief overview of the trends, this paper will focus on the specific challenges connected to inter-State litigation in Europe. This spatial restriction is partly due to constraints on the length of the paper, partly, and more importantly, due to the more developed practice of the Strasbourg system. The conclusions drawn from the investigation can be applied *mutatis mutandis* to other human rights systems.

## 2. Inter-State complaints: a few facts

While inter-State application was foreseen in all human rights treaties (universal and regional alike), albeit in many cases on an optional basis, it has been rarely used due to the political nature of any motives inspiring the submission of an application. This has changed in recent decades: there is

a marked increase in Europe, and the first ever three applications under the universal human rights treaties, all of them under CERD, have also arrived in Geneva.

So far no inter-State case has been submitted to the African Court; and just a few cases were considered by the African Commission.<sup>1</sup> Inter-State communications under the inter-American human rights treaties are virtually non-existent but there have been a few “covert” cases in the form of seeking advisory opinion, like the Mexican request relating to the the right to consular assistance targeting the US (IACtHR, Advisory Opinion OC-16/99).<sup>2</sup>

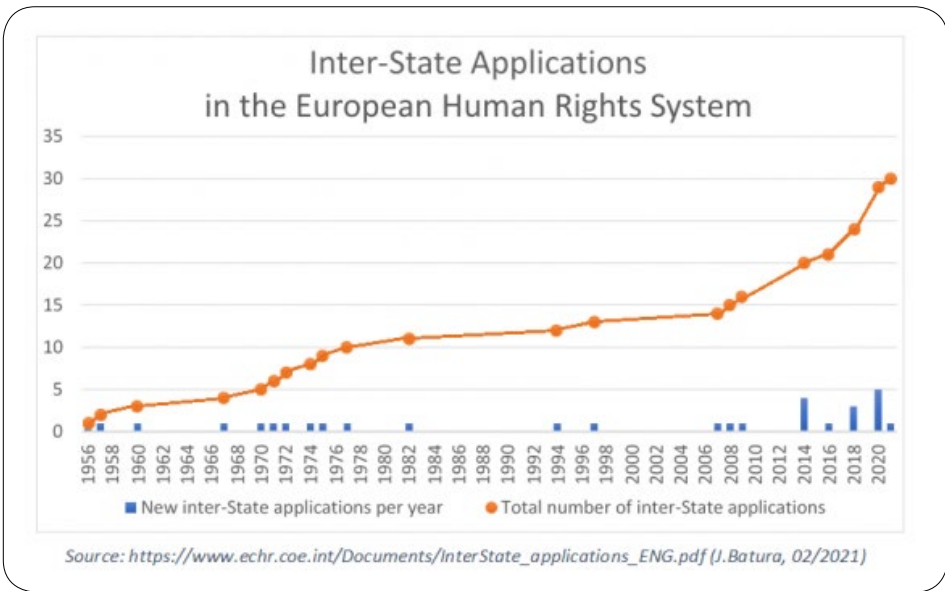
In Europe, the absolute number of inter-State cases is small, as compared with individual applications, nevertheless the trend is clear: there is an increase from 2007, and a more definite growth from 2014 onwards. Quite a few of them relate to the respondent State’s military action on the territory of the applicant State. In addition, there are thousands of individual applications arising from the same conflict. According to Roberto Spano, President of the European Court of Human Rights, there are 9,600 associated individual applications out of about 65,000 pending applications (approximately 15%) (Spano, 2021).

The reasons behind this European trend are manifold, including the relatively easy access of States to the Court, partly because its compulsory jurisdiction in relation to all Contracting Parties, partly due to the few admissibility requirements prescribed for inter-State cases. Increased awareness by the States of this possibility also play a role, but even more importantly the accession of new members to the Council of Europe after the end of the Cold War, most of them countries in transit with a population made up of various minorities, resulted in a decreasing degree of homogeneity among the Contracting Parties – a potential for conflicts.

---

1 *Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda* (Communication 227/99); *Sudan v. South Sudan* (Communication 422/12, not reported); *Djibouti v. Eritrea* (Communication 478/14, pending, not reported), see Viljoen, 2021.

2 The US “had allegedly not informed [Mexican nationals] of their right to communicate with Mexican consular authorities and who had been sentenced to death in ten States in the United States” (para. 2)



If we look at the European cases<sup>3</sup> two (and a half) types of inter-State cases can be distinguished (Spielmann, 2014, p. 7). First, some of them address the general human rights situation in a country, thus vindicating a European public order, e.g. the Greek Cases (1967) and the Turkish Case (1982) against military governments. Second, recent applications are much more self-centred inasmuch as the applicant State generally has a particular link to the victims (e.g. the MH17 related case – *Netherlands and Ukraine v. Russia*; or the many cases lodged by Ukraine against Russia). Finally, and this is the “half” category, there are certain cases, called by Risini as “disguised” inter-State applications, where the State provides intensive support for the applicants, like intervening in the proceedings on behalf of its diaspora members (*Chigarov and others v. Armenia* and *Sargsyan v. Azerbaijan* (Risini, 2020).<sup>4</sup>

### 3. Inter-State proceedings in Strasbourg: Strengths and challenges

Inter-State cases lodged with the European Court of Human Rights raise important procedural as well as substantive issues, like jurisdiction and admissibility, the establishment of facts of complex situations, but arguably the most challenging is the coexistence of multiple adjudication proceedings, i.e. the overlap of various applications raising the same issues or deriving from

<sup>3</sup> The low number of inter-State cases either at universal level or in other regional system does not lend itself easily to any categorization.

<sup>4</sup> In *Chiragov and others v. Armenia* [GC], the six applicants were Azerbaijani nationals, supported by third-party comments from the Azerbaijani Government, while in *Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], the Armenian applicant was supported by the Armenian Government.

the same underlying circumstances. These will be examined in turn.

## **Jurisdictional grounds (*ratione personae, materiae, temporis and loci*)**

As far as the Court's jurisdiction is concerned, the Court has to satisfy itself that the applications relate to a violation of one of the human rights listed in the Convention and its Protocols suffered by a person (individuals and legal entities) within the jurisdiction of the Contracting Parties after the entry into force of the Convention in relation to the parties to the dispute (Art. 1 ECHR).

*The material scope* is seldom called into question in inter-State cases. However, it remains to be seen whether those inter-State cases arising from armed conflicts are better dealt with within the confines of international humanitarian law. The key argument against such a solution is that the standard of protection and the enforcement mechanisms under IHL are much less efficient, and it is also unclear whether humanitarian law create justiciable individual rights (Komanovics, 2013).

*The personal scope* of the Convention was a central issue in the *Slovenia v. Croatia* case. Here the Court found that inter-State applications do not allow an applicant Government to vindicate the rights of a legal entity which would not qualify as a "non-governmental organisation". The Ljubljana Bank, the victim of the alleged violation, was State-owned by Slovenia and controlled by a Slovenian government agency. As such, the Ljubljana Bank did not enjoy sufficient institutional and operational independence from the State, therefore was not entitled to lodge an individual application under Article 34 (paras. 60-70 and 76-79).

*The temporal scope* of the Convention was raised in *Liechtenstein v. Czech Republic* (pending), where the original facts related to the so-called Beneš decrees of 1945 which classified Liechtenstein citizens as persons with German nationality and confiscated their property after the Second World War. The applicant State, however, argued that the decision of the Czech Constitutional Court of February 2020 asserting ownership to the property of the respondent State satisfied the admissibility criteria.

The most interesting issue with inter-State cases is undoubtedly the *territorial scope* or, more specifically, the *extraterritorial application* of the Convention. This is not surprising as recent inter-State applications usually concern territorial conflicts.

The facts of the *Ukraine and the Netherlands v. Russia* case relate to the downing of flight MH 17 by a BUK missile, fired from a field in the area which, though strictly speaking under the jurisdiction of Ukraine, in practice at the time was controlled by pro-Russian separatists.<sup>5</sup> The missile had been

---

<sup>5</sup> As established by the Joint Investigation Team. The JIT is a special team, known as the Joint Investigation Team (JIT), which was established to conduct the criminal

launched from equipment brought from Russia and returned there afterwards (JIT, date not specified). In this situation, it can be argued that while it is the territorial principle which serves as a basis for the application of the concept of “jurisdiction”, the Convention is not necessarily restricted to the national territory of the Contracting Parties (*Ilascu* para. 314 and *Loizidou v. Turkey* (merits) para. 52). Consequently, Russia arguably exercised “effective control” over the area from which the missile was fired.

The alternative approach is based on the law of State responsibility. In *Ilascu v. Moldova and Russia*, where the applicants were arrested by the authorities of the self-proclaimed Republic of Transdniestria and accused of having fought against “the lawful State of Transdniestria”, the Court found that Moldova’s responsibility could be engaged under the Convention on account of its failure to discharge its positive obligations to take measures needed to re-establish its control over Transdniestrian territory as an expression of its jurisdiction, and to secure the rights guaranteed by the Convention (paras. 320-352). Moldova was found not to be relieved of its residual positive obligations to secure Convention rights in Transdniestria. Based on this finding, individual applications relating to the MH17 case have invoked various arguments according to which Russia’s responsibility may be engaged where it is actively involved in the firing of the missile, or it failed to prevent the attack, or if Russia was complicit by providing separatists with a weapon or failed to control the misuse of its missile system by a non-State actor (Milanovic, 2019). It is to be seen which course of action the Court will take in the parallel inter-State case.

### **Admissibility (exhaustion of domestic remedies)**

From among the numerous admissibility criteria listed in Art. 35 of the Convention, only those provided in para. 1 are applicable to inter-State applications, namely the exhaustion of domestic remedies, an expression of the principle of subsidiarity in international proceedings, and the 4-month deadline. Clearly, the admissibility threshold is much lower as compared with individual applications. The criteria raise several interesting questions concerning evidentiary issues.

Firstly, as noted above, inter-State cases generally relate to a large-scale phenomenon, a violation of human rights on a permanent basis, stemming from legislative measures or administrative practice.<sup>6</sup> In such cases the domestic remedies rule does not apply because remedies are either unavailable,

---

investigation. The JIT comprises officials from the Dutch Public Prosecution Service and the Dutch police, along with police and criminal justice authorities from Australia, Belgium, Malaysia and Ukraine. See <https://www.government.nl/topics/mh17-incident/achieving-justice/the-criminal-investigation>

6 The Court has defined “administrative practice” as comprising the following two elements: a repetition of acts incompatible with the Convention, and official tolerance by the State. CDDH, 2021b, from para. 36.

illusory or ineffective (CDDH, 2021a, para. 36). In addition, a great number of individual applications arising from the same facts might serve as a solid basis for the finding in the parallel inter-State case that domestic remedies are not available or insufficient (Risini et al, 2021).

## Parallel inter-state and individual applications

Inter-State applications are often complemented by individual applications raising the same issues. Overlapping applications has become general,<sup>7</sup> including e.g. the cases relating to State succession following the breakup of Yugoslavia (*Ališić, Ljubljanska banka and Slovenia v. Croatia*); the downing of the MH17 flight (*Ukraine and the Netherlands v. Russia; Ayley and Angline*); the conflict between Armenia and Azerbaijan (*Armenia v. Azerbaijan; Chigarov and Sargsyan*), or the dispute originating from the Beneš decrees (*Prince Hans Adam II of Liechtenstein and Liechtenstein v. Czech Republic*).

A scenario not necessarily calculated with, the Convention is silent on the relationship between parallel actions. What seems clear is that, firstly, they do not mutually exclude each other; submission of an inter-State application does not deprive individuals of pursuing their own claims. Second, for practical reasons it is recommended that, whenever feasible, individual applications are decided only after the inter-State litigation has been closed (CDDH, 2021b, para. 41). This was actually the course taken by the Court in relation to the conflict in Eastern Ukraine (*Ukraine v. Russia*):

“To save as much time as possible, the Court has decided that any related individual applications which are not declared inadmissible or struck out at the outset will be communicated to the appropriate respondent Government or Governments for observations in parallel with the inter-State case. After receiving the Governments’ and applicants’ observations in reply, the Court intends to record an *adjournment for each case, pending a judgment in the inter-State case*, with a view to having the files complete and ready for decision or judgment as soon as possible thereafter.”<sup>8</sup>

Such prioritization of inter-State applications, while reasonable, has an adverse effect on the related individual cases. Processing inter-State cases may take several years, which might lead to additional delays in relation to individual applications.

Finally, with regard to the potential risk of divergent decisions, the Court should strive to secure consistent jurisprudence in parallel cases.

<sup>7</sup> “... on 1 January 2020, more than 8,900 individual applications, representing 15% of the total number of applications pending before the Court, were individual applications arising out of situations of inter-State conflict.” CDDH, 2021a, para. 9.

<sup>8</sup> Press Release, ECHR to adjourn some individual applications on Eastern Ukraine pending Grand Chamber judgment in related inter-State case. ECHR 432 (2018), 17.12.2018; emphasis added.

## **Just satisfaction (non-duplication and calculation)**

Just satisfaction is available in inter-State applications as well. The individual-centred character of the Convention is evidenced by the finding of the Court in *Cyprus v. Turkey* that "... it is the individual, and not the State, who is directly or indirectly harmed and primarily "injured" by a violation of one or several Convention rights. Therefore, if just satisfaction is afforded in an inter-State case, it should always be done for the benefit of individual victims." (Para. 46) The *Georgia v. Russia (I)* (Just Satisfaction) case is a good illustration to the Court's approach to the calculation of non-pecuniary damage. Here the Court decided that the lump sum awarded to Georgia should be distributed by the applicant Government to the individual victims of the violations along the criteria set by the Court, depending on the length of their respective periods of detention (paras. 68 to 80).

Two further points are to be made here. First, the possibility of granting compensation twice can be avoided if any remedy awarded before is taken into account when calculating subsequent remedies. Second, although the European system is focused on "just satisfaction", it should not be forgotten that victims of grave violations of human rights might need more than mere monetary compensation, including restitution, rehabilitation, cessation and guarantees of non-repetition (GA Resolution 60/147).

## **International parallel actions**

Multiforum litigation, i.e. parallel examination of the same conflict by various international judicial fora is not just a theoretical possibility. The conflict between Georgia and Russia was submitted to the International Court of Justice as well as to the European Court of Human Rights. The hostilities between Ukraine and Russia, or the cases relating to the confiscation by Czechoslovakia of certain property belonging to Liechtenstein nationals pursuant to the "Beneš Decrees" have likewise been lodged with these two bodies. Another example for the duplication of proceedings is the conflict between Qatar and the United Arab Emirates, submitted to the ICJ and the CERD, or the dispute between Slovenia and Croatia relating to various aspects of State succession lodged with the CJEU and the ECtHR. The duplication of proceedings, however, may result in diverging decisions concerning human rights obligations.

## **Fact-finding**

Since inter-State applications typically stem from politically charged conflict situations involving very grave violations of human rights where domestic remedies are not available, the Court might have to act as a court of first instance for lack of a prior examination of the cases concerned by the national courts. The Strasbourg Court, however, is not necessarily equipped

to carry out this fact-finding mission, or to meet the costs of e.g. fact-finding missions (obstacles to access locations, documents and witnesses) (CDDH, 2021a, paras. 42 to 57).

### **Friendly settlements**

Friendly settlements are available in inter-State cases, albeit less realistic in contemporary hostilities that are rooted in an unresolved legacy of old conflicts. The fate of parallel individual applications, however, remains unclear. Should they be also settled in a similar way? Are the applicants obliged to accept such settlement (Keller et al., 2021)?

## **IV. Concluding remarks**

Due to its relative scarcity, the European Court has not (yet) developed a comprehensive jurisprudence in all aspects of inter-State cases. Apart from issues like admissibility criteria, factfinding, or (non-duplication and calculation of) just satisfaction, the major challenge is the development of a coherent and comprehensive approach in relation to parallel inter-State and individual applications. In addition, multiforum litigation potentially results in contradictory outcomes. Recent cases also clearly indicate that States are more inclined to bring a case before the Court when they have an interest on their own, and much less enthusiastic in genuinely defending the European public order.

It should also be noted that grave violations of human rights might need more than mere monetary compensation, including restitution, rehabilitation, guarantees of non-repetition and the like, and it is regrettable that the European system does not provide for such complementary measures.

In a broader context, the increased number of inter-State cases is a clear indicator of a worldwide phenomenon, namely the rising tension among States, frequently coupled with inter-ethnic violence, roots of which stretch back years (Békési, 2017). The international human rights tribunals were not designed to deal with war-like conflicts, or situations concerning ongoing political disputes. Interim measures might help to prevent further worsening of the situation. However, such measures have been developed with individual applications in mind, to prevent immediate and irreparable damage to the applicants (e.g. expulsion, extradition or torture), thus these are less tailored to inter-State cases in a pre-war situation. As Dzehtsiarou stated, “[i]t is unlikely that a government will change its mind to occupy a particular territory because the ECtHR has ordered it not to do so” (Dzehtsiarou, 2014). In these circumstances, the Court is restricted to the task of identifying human rights violations and making them visible, which is in any case not a negligible mission.

*Manuscript closed on 22 November 2021*



## Bibliography

### Cases

#### Universal level

Advisory Opinion on reservations to the Genocide Convention, ICJ, 28 May 1951

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Judgment of 5 February 1970

Certain Property (*Liechtenstein v. Germany*) (Preliminary objections), ICJ Judgment of 10 February 2005

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), ICJ Judgment of 1 April 2011

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*), (Preliminary Objections), ICJ Judgment of 8 November 2019

Case concerning the Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Qatar v. United Arab Emirates*), ICJ Judgment of 4 February 2021

Decision on the admissibility of the inter-State communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, CERD/C/99/4, 30 August 2019

Decision on the admissibility of the inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel. CERD/C/103/R.6, 20 May 2021

Decision of 5 March 2021 Decision of the ad hoc Conciliation Commission on the request for suspension submitted by Qatar concerning the interstate communication Qatar v. the United Arab Emirates (CERD)

#### America

*Nicaragua v. Costa Rica*, Interstate case 01/06, Inter-American Court of Human Rights, March 8, 2007

The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75). Advisory Opinion OC-2/82 of the Inter-American Court of Human Rights, September 24, 1982

The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law, Advisory Opinion OC-16/99 of the Inter-American Court of Human Rights, October 1, 1999

#### Europe

*Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. no. 60642/08, Judgment of 16 July 2014

*Armenia v. Azerbaijan*, Appl. no. 42521/20, pending

*Austria v Italy*, Appl. no. 788/60, Decision of the ECmmHR, 11 January 1961

*Ayley and Others v. Russia* and *Angline and Others v. Russia*, Appl. nos. 25714/16 and 56328/18, pending

*Chiragov and others v. Armenia* [GC], Appl. no. 13216/05, Judgment of 16 June 2015

*Cyprus v. Turkey* (just satisfaction) [GC], Appl. no. 25781/94, Judgment of 12 May 2014

*Georgia v. Russia (I)* (Just Satisfaction) [GC], Appl. no. 13255/07, Judgment of 31 January 2019

*Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* [GC], Appl. no. 48787/99, Judgment of 8 July 2004

*Lichtenstein v. Czech Republic*, Appl. no. 35738/20, pending

*Ljubljanska banka d.d. v. Croatia*, Appl. no. 29003/07, Decision of 4 June 2015

*Loizidou v. Turkey* (merits) [GC], Appl. no. 15318/89, Judgment of 18 December 1996

*Prince Hans Adam II of Liechtenstein v Germany*, Appl. no. 42527/98, Judgment of 12 July 2001

*Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], Appl. no. 40167/06, Judgment of 16 June 2015

*Slovenia v Croatia*, Case C-457/18, CJEU Judgment of 31 January 2020

*Slovenia v. Croatia* [GC], Appl. no. 54155/16, Decision of 18 November 2020

The ‘Greek Cases’: *Denmark, Norway, Sweden, Netherlands v. Greece*, Appl. nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Decision of 31 May 1968

The ‘Turkish Case’ (1982) *France, Norway, Denmark, Sweden, Netherlands v. Turkey*, Appl. nos. 9940/82; 9940/82; 9942/82, etc., Decision of 6 December 1983 on the admissibility of the applications

*Ukraine and the Netherlands v. Russian Federation*, Appl. nos. 8019/16 & 43800/14 & 28525/20, pending

*Ukraine v. Russia* (re Eastern Ukraine), Appl. no. 8019/16

## **Other documents (UN, Council of Europe)**

Copenhagen Declaration: The High Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018 at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe

GA resolution 60/147. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005

Human Rights Committee, General Comment 24(52) of 1994 on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant

Steering Committee for Human Rights (CDDH, 2021a), Background paper on the practice of the European Court of Human Rights with regard to inter-State applications, DH-SYSC-IV(2020)02, 23 January 2020

Steering Committee for Human Rights (CDDH, 2021b), Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes, DH-SYSC-IV(2020)04, 8 July 2020

## Articles

BÉKÉSI, László. **Dimensions of the Soviet-Russian Geopolitical Cycles.** In: Kudinov A P (ed.), *Geopolitics, Geoeconomics, International Relations and State Security.* St. Petersburg: Russian Academy of Sciences (RAN), 2017, p. 39-41.

CONTESSE, Jorge. **Inter-State Cases in Disguise under Inter-American Human Rights Law: Advisory Opinions as Inter-State Disputes.** *Völkerrechtsblog*, 27 April 2021, doi: 10.17176/20210427-220952-0.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. **Ukraine – Russia Inter-State Application.** ECHR Blog, 24 March 2014, <https://www.echrblog.com/2014/03/ukraine-russia-inter-state-application.html>

KELLER, Helen and PISKÓTY, Réka. **Friendly Settlements as the Sleeping Beauty in Inter-State Cases: Opportunities and Risks for the European Court of Human Rights.** *Völkerrechtsblog*, 28 April 2021, doi: 10.17176/20210428-181222-0

KOMANOVICS, Adrienne. **Strengthening Respect for International Humanitarian Law: Challenges and the Way Forward.** In: Csapó Zs. (ed.): *Emlékkötet Herczegh Géza születésének 85. évfordulójára. A ius in bello fejlődése és mai problémái;* Pécs 2013, p. 157-176

KOMANOVICS, Adrienne. **Transition from Commitment to Compliance: The Efficacy of International Human Rights Tribunals.** *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Vol. 20 (2016), p. 321-349. <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1927>

LEACH, Philip. **Enhancing Fact-finding in Inter-State Cases: A Critical Challenge for the European Court of Human Rights.** *Völkerrechtsblog*, 29 April 2021, doi: 10.17176/20210429-182629-0

MILANOVIC, Marko. **Russian Agents Charged with Downing of MH17; MH17 Cases in Strasbourg.** *EJILTalk*, 20 June 2019, <https://www.ejiltalk.org/russian-agents-charged-with-downing-of-mh17-mh17-cases-in-strasbourg/>

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights.** *EJIL* 14 (2003), 529–568

RISINI, Isabella. **The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights. Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement.** Leiden: Brill Nijhoff, 2018

RISINI, Isabella. **Armenia v Azerbaijan before the European Court of Human Rights.** *EJILTalk*, 1 October 2020, <https://www.ejiltalk.org/armenia-v-azer>

baijan-before-the-european-court-of-human-rights/

RISINI, Isabella; ULFSTEIN, Geir and ZIMMERMANN, Andreas. **Of Foxes Guarding Chickens, and Their Fellow Foxes: An Outlook on the Reform Process Concerning Inter-State Applications Under the ECHR.** Völkerrechtsblog, 30 April 2021, doi: 10.17176/20210430-163011-0.

SICILIANOS, Linos-Alexandre. **The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe.** European Human Rights Law Review, 2016, p. 131-133

VILJOEN, Frans. **A Procedure Likely to Remain Rare in the African System: An Introduction to Inter-State Communications Under the African Human Rights System.** Völkerrechtsblog, 27 April 2021, doi: 10.17176/20210427-221127-0.

## Other sources

Spano (2021). Speech by Robert Spano, President of the European Court of Human Rights at the Meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), Strasbourg, 25 March 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20210325\\_Spano\\_Meeting\\_CAHDI\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20210325_Spano_Meeting_CAHDI_ENG.pdf)

Spielmann (2014). Dean Spielmann (President of the European Court of Human Rights), “The European Court of Human Rights as guarantor of a peaceful public order in Europe” Speech to Gray’s Inn held on 7 November 2014. European Court of Human Rights, 12 November 2014, [https://echr.coe.int/Documents/Speech\\_20141107\\_Spielmann\\_GraysInn.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Speech_20141107_Spielmann_GraysInn.pdf)

MH17 Incident / website of the Joint Investigation Team, <https://www.government.nl/topics/mh17-incident/achieving-justice/the-criminal-investigation>

The criminal investigation by the Joint Investigation Team (JIT), <https://www.prosecutionservice.nl/topics/mh17-plane-crash/criminal-investigation-jit-mh17>

European Court of Human Rights, Inter-State applications (up-to-date information on all inter-State cases), <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=case-law/interstate&c=>

# A GÊNESE REVOLUCIONÁRIA E ILUMINISTA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA UNIVERSALIZAÇÃO: UMA ÓTICA HISTÓRICO-FILOSÓFICA

**Mariana Louzano Moreira**

Mestranda em Ciências Jurídico-Históricas na Universidade de Coimbra; pós-graduanda *lato sensu* em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, advogada brasileira.

## **Resumo:**

A presente investigação tem como escopo a compreensão histórico-filosófica do gérmen dos Direitos Humanos assente na influência iluminista que inspirou em direto o movimento revolucionário francês e a consecução dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e, décadas mais tarde, a universalização de tais direitos no formato da Declaração Universal de 1948. Neste diapasão, intenta-se colocar em evidência a Filosofia do Direito em sua vertente humana, analisando o legado de Montesquieu, Rosseau e Sieyès, o viés burguês da Revolução, o diploma de 1789, bem como o termo Cidadão. Com o fito de amparar o caminho jurídico, deve-se promover o entendimento dos laços entre a História e o Direito. A pesquisa encontra justificativa na própria essência transdisciplinar dos Direitos Humanos, considerando que o Direito é uma ciência social aplicada que se forma de acordo com as circunstâncias de seu tempo e sociedade.

**Palavras-chave:** Declaração dos direitos do homem e do cidadão; Iluminismo; Revolução francesa; Declaração Universal dos Direitos Humanos; História do direito.

## **1 Intróito**

Em seu aclamado livro intitulado “Eram os Deuses Astronautas?” o teórico suíço Erich von Däniken nos faz questionar, página a página, acerca da história da humanidade – e do universo – enquanto ambiente orgânico e cósmico. O escritor, ao falar sobre os meios modernos de descobertas, afirma que “os cientistas de todas as especialidades deveriam dedicar à investigação dessas revelações do passado o mesmo entusiasmo com que se entregam a

pesquisas da atualidade.”<sup>1</sup>

Neste viés, um excelente ponto de partida para o entendimento de nossa realidade – e que está sempre a se modificar – é, justamente, o passado. Podemos, assim, refletir acerca da relevância do estudo da Filosofia dos Direitos Humanos, eis que a temática permeia toda a história humana e pode, mediante pormenor análise evolutiva do pretérito, nos explicar o porquê as coisas são como são.

Em assim sendo, atentar-nos-emos ao nascimento da Declaração de Direitos do Homem na França de 1789 através da ótica iluminista francesa, em seu contexto revolucionário, que influenciou a consagração dos direitos humanos – inicialmente individuais. Direitos estes que viriam a se tornar coletivos em uma vertente tida como universal.

## 2 Da filosofia do direito em sua vertente humana

Por que estudar os Direitos Humanos na vertente filosófica? A Ciência Jurídica e a Filosofia do Direito se distinguem, em que pese ocupem o âmbito do Direito. O primeiro repousa sob o conceito da especialização, enquanto o segundo, lança um olhar (mais crítico) à totalidade multifacetada do primeiro. A resposta está, portanto, no fato de que a Filosofia do Direito transpõe e supera a Ciência Jurídica além dos seus quadrantes juscientíficos, atingindo a imanência do Direito. São, assim, os Direitos Humanos, produtos da história.<sup>2</sup> Ora, consoante preleciona Rui de Figueiredo Marcos, “uma perspectiva exclusivamente jurídica da evolução do direito só conduziria a resultados decepcionantes.”<sup>3</sup>

Conceitua Guy Haarscher que os Direitos do Homem constituem o âmbito das proteções mínimas que visam permitir o indivíduo a viver uma vida digna, protegendo este indivíduo de usurpações do arbítrio estatal ou qualquer outro.<sup>4</sup> Ademais, impende salientar que os Direitos do Homem, segundo Bobbio, constituem uma classe *variável*, pelo que é demonstrado de maneira suficiente pela história dos últimos séculos. Deste modo, não se deve temer o relativismo.<sup>5</sup>

Por essa ótica, observaremos que o processo de construção dos Direitos Humanos, na perspectiva histórico-filosófica, é fruto de importantes lutas so-

1 DÄNIKEN, Erich von. **Eram os Deuses Astronautas? Enigmas indecifrados do passado**. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1970, p. 96.

2 CARVALHO, Felipe Rodolfo. **A Vocaçãõ do Nosso Tempo para a Filosofia do Direito... e para a Filosofia dos Direitos Humanos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 113, jan/dez, p. 293-308, 2018, p. 297, 302-303.

3 MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A História do Direito e o seu Ensino na Escola de Coimbra**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 14.

4 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 13, 15, 51.

5 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18, 19.

ciais para sua instituição em sociedade.<sup>6</sup>

### 3 O expoente iluminista setecentista

A Revolução Francesa arrancaria, ressoando e impulsionando a feitura de uma Declaração de Direitos do Homem naquele país. O pensamento político, moral e social do século XVIII inspirava-se nas correntes filosóficas humanitárias e revolucionárias, tendo como objetivo primevo o de ver os indivíduos libertos das amarras feudais e absolutistas.<sup>7</sup> Em assim sendo, o ideário de garantir os direitos fundamentais do cidadão é uma conquista *teórica* atribuída aos pensadores franceses – principalmente aqueles adeptos ao iluminismo.<sup>8</sup>

Pode-se citar neste contexto de mutações, Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (1689-1755). Apesar de descender de família nobre, combateu a Monarquia absolutista e as intervenções da Igreja no Estado.

Sua maior e mais famosa obra foi *L'esprit des Lois* (Do Espírito das Leis), publicada em 1747, tendo nela versado que “para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será forçado a fazer coisas que a lei não obriga, e a não fazer as que a lei permite.”<sup>9</sup> Tal sistema ficou mundialmente conhecido como *checks and balances*. Esse comando, ainda, inspirara os artigos 5º e 16º<sup>10</sup> da Declaração porvir, de 1789, sendo que neste último firmara-se a necessidade de uma Constituição, com separação de poderes, para que os Direitos do Homem pudessem ser, efetivamente, resguardados.

O mais clássico pensador Iluminista, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), merece destaque. Ganhou notoriedade consistente e singular em 1750, com a publicação de *Discours sur les sciences et les arts*.<sup>11</sup> Nesta conjuntura, as ideias de Rousseau funcionaram como inspiração para a Revolução Francesa, considerando que a luta do povo francês se tornou causa de direito natural libertário, face às opressões da Monarquia e do Primeiro e Segundo Estados – tendo em vista que o Terceiro se encontrava à mingua das deliberações estatais. De mais a mais, o pensamento de Jean-Jacques vai determinar a afirmação das demo-

6 BITTAR, Eduardo C. **Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos**. *Reflexão sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos*. In: Boletim da Faculdade de Coimbra. vol. 80, p. 641-664, 2004, p. 644-645.

7 BATISTA, Vanessa. **As Declarações de Direitos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 36, p. 251-268, 1999, p. 256.

8 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: evolução histórica**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 74, p. 91-122, 1992, p. 108.

9 MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2. ed. Lisboa: Grupo Almedina, 2017.

10 “Art. 5. *La Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas.*”; “Art. 16. *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.*” In: FRANCE. **Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789**. [S. l.: s. n.], 1789. n.p.

11 ALBERGÁRIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 159.

cracias modernas, bem como dos limites ao exercício do poder pelo monarca – eis que este, não estaria acima da lei.<sup>12</sup>

Neste sentido, Rosseau escreve, dentre outros trabalhos, *Du contrat social* (1762), tendo argumentado que o homem seria bom por natureza, sendo a sociedade culpada pela corrupção deste. Note-se que o filósofo ressalta tal pensamento acerca da natureza e bondade humana, sendo uma das características do Iluminismo ver na sociedade a perversão do homem natural. Por isso, a liberdade deveria ser tida como algo inerente na, inclusive na lei.<sup>13</sup> Bittar ressalta que o propósito desses escritos de Rosseau não era o de delinear a história da sociedade humana, mas sim atuar como uma proposta argumentativa mormente filosófica a fim de conferir solidez às suas hipóteses.<sup>14</sup>

Ver-se-á que os Direitos do Homem, inicialmente, se ligariam a uma filosofia *individualista*. Isto religa a concepção de tais Direitos à ideia da fundamentação de um poder no Contrato Social.<sup>15</sup> Os Direitos Humanos, portanto, aparecem como remédio aos males da sociedade, eis que assente na razão, pressupõe-se o uso da liberdade, pelo indivíduo, de acordo com sua própria razão e julgamento. A *razão*, desta feita, tornar-se-ia o meio mais apto para alcançar a paz – e isto poderia dar-se, inclusive, mediante contrato.<sup>16</sup>

Por isso, uma norma positiva, que é ditada pelo *poder*, mas que *viola os direitos naturais*, é tida como ilegítima diante do ponto de vista filosófico que ora abordamos.<sup>17</sup> Assim, Rousseau procede à elevação da liberdade a valor supremo, desde que seja criada e seja garantida mediante a vontade geral.<sup>18</sup> Diante da inalienabilidade dos direitos, repisa-se que nem o desejo da maioria poderia ir contra os direitos de liberdade de uma pessoa, bem como não poderia afetar a igualdade entre os homens. Tais condições são “(...) os objetivos e necessidades do Estado para com o bem comum. Indubitavelmente, a construção teórica para a Revolução Francesa de 1789 estava se formando: liberdade e igualdade entre os homens.”<sup>19</sup>

Tendo em vista a ascensão econômica do Reino Unido e a grave crise financeira que assolava a França, relacionadas às problemáticas administrativas

12 BITTAR, Eduardo C. **Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos**. *Reflexão sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos*. In: Boletim da Faculdade de Coimbra. vol. 80, p. 641-664, 2004, p. 652.

13 ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 160.

14 BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 318.

15 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 16.

16 VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 158.

17 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 17-19.

18 BATISTA, Vanessa. **As Declarações de Direitos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 36, p. 251-268, 1999, p. 253.

19 ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161.



e considerando a teoria jusfilosófica que ia tomando forma: caminha-se para a legitimação, tão logo, da revolução que se aproximava.<sup>20</sup> Com o irradiar do pensamento Iluminista no mundo ocidental, a queda das Monarquias absolutas era propínqua.

#### 4 O movimento revolucionário francês

É sabido que o movimento independentista americano e o revolucionário francês foram necessários precursores às declarações de direitos e das Constituições modernas.<sup>21</sup> O fundo histórico assente no Direito faz demonstrar que o aspecto jurídico de cada época nunca constitui uma obra *definitiva*.<sup>22</sup>

Efetivamente, impende destacar que se leva em conta, assim, o fato de que a Revolução Francesa detém uma identidade *única*. A conjuntura fática pré-Revolução acaba por ter como ponto de partida a caótica economia francesa dos idos de setecentos, com a *maioria* pagando pelos privilégios de uma *minoría*. A situação financeira piorou quando em 1787 uma seca assolou a França, ocasionando a diminuição da produção de alimentos e a elevação dos preços.<sup>23</sup>

Se antes o rei era tido como encarnação da Nação e escolhido por Deus, sendo fonte de justiça e lei viva, naquele momento não mais vigorava a cega obediência dos súditos em face ao soberano. Sob o Império de Luís XVI, convocou-se a Assembleia dos Notáveis (1788), a fim de se discutir a crise dos altos gastos públicos. A Assembleia contava com representantes dos Três Estados – Nobreza, Clero e Burguesia. Os Nobres, por sua vez, relutavam e não desejavam abdicar de seus privilégios.<sup>24</sup> A ideia inicial era o estabelecimento do aumento de impostos territoriais, o que fora recusado pelos Nobres.<sup>25</sup>

Neste cenário, encontramos um colaborador intelectual que vinha fortalecendo o Terceiro Estado, o Abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), que escrevera e distribuía o icônico panfleto intitulado *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado?). Sieyès fora uma vanguarda e contemporâneo da Revolução francesa.

O Abade entendia que tão somente com o nascer de uma Constituição, promulgada por aqueles que representam a *verdadeira maioria* da Nação, qual

20 *Idem*, p. 158.

21 MARQUES, Mário Reis. **A Protecção Internacional dos Direitos Humanos**. *Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU*. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVII, tomo II, p. 2005-2058, 2014, p. 2005.

22 MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A História do Direito e o seu Ensino na Escola de Coimbra**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 11.

23 CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 249.

24 ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153, 168.

25 CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 249.

seja o Terceiro Estado, é que seria possível reencontrar a identidade nacional da França.<sup>26</sup> Para Emmanuel, a representação extraordinária para fins de Constituição significa solução viável para regular e pôr fim aos problemas da nação. Sieyès deixa claro que são nos direitos políticos que repousa a garantia à liberdade individual e aos direitos civis.<sup>27</sup>

Diante do fracasso da mencionada Assembleia, baseada na resistência da Nobreza em ceder, a movimentação do Terceiro Estado fora crucial para o desenrolar da Revolução. Buscou-se, tão logo, implantar uma Assembleia Nacional Constituinte para que se confeccionasse uma Constituição. Entretanto, a votação para o estabelecimento desta Nacional seria feita por *estamento* – e não pode cabeça. Ora, a Nobreza e o Clero seguiriam em união, e o povo burguês<sup>28</sup> seguiria à míngua daqueles. Pouco a pouco, motins e protestos eclodiam em Paris. Em 14 de julho de 1789, acontecia a Tomada da Bastilha.<sup>29</sup>

A 4 de agosto de 1789 o Sistema Feudal foi considerado abolido pela Constituinte e, pouco depois, em 26 de agosto do mesmo ano proclamou-se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, mesmo diante da renitência de Luís XVI. A participação popular era cada vez mais intensa no território francês, tendo o Iluminismo sido difundido e atingido o povo.<sup>30</sup>

O Terceiro Estado estabeleceu-se no poder, assegurando direitos assentes nos interesses liberais-burgueses.<sup>31</sup> Exprime-se, desta feita, que a Revolução Francesa figurou como uma revolução burguesa. Para mais, a referida Declaração fora aprovada de maneira independente – destacada da (futura) Constituição e teve, conforme enuncia Bobbio, uma vida autônoma gloriosa.<sup>32</sup> Em assim sendo, é com a Revolução Francesa, que *revolução* passa a ter o significado moderno de instauração do *novo*.<sup>33</sup>

O direito de liberdade, agora, representaria a autodeterminação: a capa-

---

26 BASTOS, Aurélio Wander. Introdução Analítica. O Significado Político e Histórico da Proposta Constituinte de Sieyès. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?** A Constituinte Burguesa. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. XXXIV.

27 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?** A Constituinte Burguesa. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 48.

28 Estima-se que o Terceiro Estado contava com 578 deputados, a Nobreza tinha 270 e o Clero, 291. A burguesia padecia como maioria nominal, porém sempre se via vencida pelos votos estamentais. Cf. CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 250.

29 ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 168-169.

30 CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 250.

31 DE MARCO, Anelise; MORAIS, Danusa Espindola de; CAIMI, Fernanda dos Gracos; SBEGHEN, Sidiane; LEAL, Sandra Regime. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: O Ser Humano Acima do Estado**. In: Revista Justiça do Direito, vol. 16, p. 441-466, 2002, p. 445.

32 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 110-111.

33 BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 724; BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 103.

cidade de legislar a si mesmo. Com isso, representando uma virada na história do gênero humano, a criação do aludido diploma assinalou o *fim de uma época e o início de outra*. Tudo isto pois, diante da proclamação de liberdade, igualdade e soberania popular, atestava-se o *óbito* do Antigo Regime pela Revolução Francesa.<sup>34</sup>

## 5 A declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789)

Vê-se ser nos cenários de movimentos intelectuais, tais como o iluminismo e o jusnaturalismo, que surgem, com maior força, as declarações e tratados internacionais. Os nascentes Direitos individuais não eram mera *criação* do Estado. Neste ínterim, firma-se a noção de que o Homem era possuidor de direitos inalienáveis e imprescritíveis, *inerentes de sua natureza humana*. Em verdade, o termo “declaração” corrobora com este ideal. O papel de zelar e observar a conservação dos direitos dos indivíduos, contudo, perfazia-se, sim, cabível ao ente estatal.<sup>35</sup>

Advindo da luta travada, através do Iluminismo, contra o absolutismo e arbítrio do poder, pode-se dizer que os Direitos do Homem emergiram no século XVIII<sup>36</sup>, principalmente encarnados na Declaração francesa de 1789. O referido diploma sintetizava as ideias da Revolução e constituiu, assim, documento básico de Direitos Humanos na história ocidental.<sup>37</sup>

A Declaração, consoante exposto, inspirava-se, claramente, nas ideias iluministas – com a instituição da igualdade jurídica e liberdade pessoal para todos os homens do mundo –, bem como no ideário burguês – assente na propriedade privada sagrada e inviolável.<sup>38</sup> Seu cerne encontra-se no ideário de que o desprezo pelos Direitos do Homem nada causavam senão calamidade pública e corrupção de governos.<sup>39</sup> É neste sentido o preâmbulo do referido diploma declarativo:

*Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sa-*

34 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79-80.

35 DE MARCO, Anelise; MORAIS, Danusa Espindola de; CAIMI, Fernanda dos Gracos; SBEGHEN, Sidiane; LEAL, Sandra Regime. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: O Ser Humano Acima do Estado**. In: Revista Justiça do Direito, vol. 16, p. 441-466, 2002, p. 443.

36 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 29.

37 CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. *Coleção Sinopses Jurídicas*. v. 30. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

38 ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 169-170.

39 TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos**. In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, n° 2, p. 151-165, 2014, p. 152.

Vê-se, ainda, a incitação à preservação dos direitos naturais, sendo eles colocados como *inalienáveis e sagrados* ao homem. Os Direitos do Homem figuraram, destarte, como uma *limitação* – pelo menos no que diz respeito à primeira geração de direitos – dos poderes do Estado. Tais direitos, neste âmbito, correspondem às *liberdades fundamentais do indivíduo*.<sup>41</sup> O núcleo doutrinário e Iluminista, da Declaração, pode ser encontrado nos seus três primeiros artigos.

O artigo 4º aborda a questão de que a liberdade consistiria em *poder fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo*. Temos, neste panorama, a atuação do *freio* das ações estatais – um requisito básico para o *laissez faire*.<sup>42</sup>

O artigo 6º exprime a “lei de expressão da vontade geral”, consoante o princípio da proibição do mandato imperativo, defendido por Sieyès.<sup>43</sup> O artigo subsequente, por seu turno, trata do âmbito penal, o que faz demonstrar que as ideias de Beccaria encontraram bom porto.<sup>44</sup>

O artigo 16º anuncia que não há Constituição quando não se tem os direitos assegurados, nem o estabelecimento da separação dos poderes.<sup>45</sup>

O artigo 17º, o último do (sintético) diploma de 1789, trata da *propriedade privada*, caracterizando-a como inviolável e sagrada, podendo o cidadão apenas ser privada dela por necessidade pública comprovada, bem como com justa e previa indenização.<sup>46</sup> Há quem afirme que o liberalismo político se demonstra no artigo 1º da Declaração de 1789, todavia, o que se denota é que a base fundamental do Estado Liberal se encontra, no fundo, assente no direito de propriedade, eis que intocável e absoluta.<sup>47</sup>

As liberdades fundamentais surgem no contexto do desenvolvimento

40 FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. [S. l.: s. n.], 1789. n.p. Tradução livre: Os representantes do povo francês, constituídos como Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do Homem são as únicas causas da desgraça pública e da corrupção dos governos, resolveram estabelecer, numa Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem (...)

41 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 13.

42 BITTAR, Eduardo C. **Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos**. *Reflexão sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos*. In: Boletim da Faculdade de Coimbra. vol. 80, p. 641-664, 2004, p. 656.

43 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 90.

44 CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 253.

45 “Art. 16. *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*” In: FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. [S. l.: s. n.], 1789. n.p.

46 TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos**. In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, nº 2, p. 151-165, 2014, p. 154.

47 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: evolução histórica**. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 74, p. 91-122, 1992, p. 111-112.

das burguesias europeias, assente na luta destas contra o Antigo Regime – sua estrutura, instituições e mentalidade. Desta feita, justifica-se que as declarações de direitos que emanaram no século XVIII tenham a marca deste ambiente ideológico.<sup>48</sup>

Ademais, impende salientar neste panorama de 1789, o papel das mulheres. Na denominação da Declaração como sendo “do Homem e do Cidadão”, sendo *Homem* posto enquanto *humanidade*, questiona-se: como distinguir, tão logo, homens e mulheres? Explica Flávia Lages de Castro que “a mulher pertencia à esfera privada, não podendo tomar parte da esfera pública, que era de uso exclusivo de homens. Mulheres e crianças, ambas incapazes.”<sup>49</sup> Neste diapasão, se propôs Olympe de Gouges a redigir, e propor, diante da Assembleia Nacional da França, a *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*<sup>50</sup>, em 1791, sob a indagação acerca da possibilidade de *diferenciar o que não é diferente*.

Outra polémica pode ser analisada, no âmbito da Declaração de 1789: uma análise literal de seu título, especificadamente em seu termo “Cidadão”. Karl Marx, em seu livro *A Questão Judaica* fez questão de salientar forma que o homem era nomeado como *cidadão*, considerando, assim, os direitos contidos no diploma mormente como sendo políticos e que só caberiam ser exercidos na vida em sociedade – na categoria de liberdade e direitos cívicos –, e por membros da sociedade civil. Para o autor, à vista disso, tais direitos incidiriam, tão somente, naqueles homens egoístas, isolados e que nenhum direito firmado em declaração lograria superar o egoísta.<sup>51</sup> Isto posto, destaca-se que construção do título do diploma de 1789 diria, então, respeito a dois tipos diferentes de direito: os do Homem, que abarcaria o caráter pré-social do indivíduo, independentemente de sua integração à sociedade política; e os do Cidadão, que pertenceria aos homens participantes da referida sociedade.<sup>52</sup>

No fundo, concorda-se que pouco importa a denominação dada aos direitos – humanos, fundamentais, do homem, naturais, do cidadão etc. – pelo que o que se faz relevante são as *discussões* interdisciplinares acerca do tema, bem como sobre a *eficácia* prática de tais direitos<sup>53</sup>, e o quão *expressivos* foram (e são) sua existência. Destarte, exprime-se que a Declaração de 1789 foi a real universalização da Declaração de 1789.

48 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 43.

49 CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010, p. 255.

50 GOUGES, Olympe de. **Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. [S. l: s. n], 1791. n.p.

51 TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos**. In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, n° 2, p. 151-165, 2014, p. 155-156.

52 BATISTA, Vanessa. **As Declarações de Direitos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 36, p. 251-268, 1999, p. 257.

53 DE MARCO, Anelise; MORAIS, Danusa Espindola de; CAIMI, Fernanda dos Gracos; SBEGHEN, Sidiane; LEAL, Sandra Regime. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: O Ser Humano Acima do Estado**. In: Revista Justiça do Direito, vol. 16, p. 441-466, 2002, p. 450.

## 6 A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)

Após longa caminhada, culmina-se na vigente Declaração Universal de Direitos Humanos, primeiro documento de caráter internacional nesta temática. Ilustra Mário Reis Marques que “o seu carácter universal liberta-a do quadro nacional a que estavam ligadas as declarações anteriores e instâncias superiores aos Estados passam a tutelar a sua aplicação.”<sup>54</sup>

A resposta provisória acerca da preocupação setecentista dos Direitos do Homem é a luta contra o arbítrio, articulada lado a lado da segurança jurídica. Assim, a questão temporal é central quando da reflexão acerca dos Direitos do Homem.<sup>55</sup> O diploma universal, por seu turno, no que tange à quantidade e qualidade dos direitos nele elencados em seu âmago, não apresenta pretensão de ser definitiva. Repise-se: os Direitos do Humanos são históricos, emergido das lutas que o homem travava pela sua emancipação.<sup>56</sup>

Tal documento é emanado pela Organização das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948, como uma resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, tendo sido aprovado por 48 Estados. Visava, no âmbito da Comunidade internacional, fortalecer, recomendar e nortear medidas graduais e progressivas acerca do reconhecimento e aplicação universal dos Direitos Humanos.<sup>57</sup>

Nasce, portanto, a concepção moderna de Direitos Humanos, apresentando-se como um conjunto de atividades que se realiza, de maneira consciente, com o fito de assegurar a dignidade da pessoa humana.<sup>58</sup> Pela primeira vez na história, um sistema principiológico fundamental da conduta humana foi livre e expressamente aceito por diversos<sup>59</sup> governos espalhados ao redor do mundo.<sup>60</sup> Desta feita, a transformação dos Direitos Humanos em um verdadeiro adquirido axiológico apresenta-se como importância básica e primordial do diploma Universal de 1948.<sup>61</sup>

---

54 MARQUES, Mário Reis. **A Protecção Internacional dos Direitos Humanos. Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU.** In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVII, tomo II, p. 2005-2058, 2014, p. 2006.

55 HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem.** Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 37, 39.

56 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31.

57 TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos.** In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, n° 2, p. 151-165, 2014, p. 153.

58 CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** *Coleção Sinopses Jurídicas.* v. 30. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.

59 “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium ou humani generis.*” In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

60 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 27.

61 BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 642.

O âmbito material dos escritos de 1789 detêm aspecto individualista, enquanto o diploma de 1948 busca firmar um conteúdo mais social e abrangente.<sup>62</sup> A fórmula do artigo primeiro<sup>63</sup> da Declaração francesa foi retomada pela Declaração Universal quase que literalmente em seu dispositivo inaugural<sup>64</sup>. Repise-se que Rousseau escrevera, no famoso *Contrato Social*, algo muito próximo a tais dizeres.<sup>65</sup>

Com o advento da Declaração Universal, três foram os objetivos consagrados: (i) a certeza dos direitos; (ii) a segurança dos direitos; (iii) e a possibilidade dos direitos.<sup>66</sup> Com isso, as palavras símbolo da Revolução Francesa – *liberté, égalité e fraternité* – e da Declaração de 1789 não foram esquecidas.

Bittar propõe que se busque um espírito comum entre os dois documentos, pelo que se conclui, neste íterim, que ambas detêm “a vontade manifesta de instaurar outra ordem, radicalmente diferente daquela até então vigente.”<sup>67</sup> A enorme importância do advento das primeiras declarações de Direitos do Homem liga-se, justamente, a dois grandes e fundamentais problemas de nossos tempos atuais: a democracia e a paz.<sup>68</sup>

## 7 Considerações finais

Tendo em vista a presente caminhada partindo do setecentismo francês e culminando na atual sistemática dos Direitos Humanos, auferiu-se que, em que pese os Direitos do Homem sejam considerados naturais desde sua gênese, estes não nos foram dados de uma só vez, sequer conjuntamente.

De toda sorte, a Declaração de 1789 destacou-se por seguir o ideário individualista iluminista e por optar por inserir o homem em uma escala de regional – de cidadão –, e não mundial – como viria a ocorrer com o diploma de 1948. O que se vê, no fundo, é que a intenção da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não era a de universalizar, mas sim afunilar o conceito, *inserindo o indivíduo* no corpo político e no rol de cuidados do Estado.

Da análise jurídica atrelada – inegavelmente – à uma análise histórica, o que se exprime é que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948

62 TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos.** In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, n° 2, p. 151-165, 2014, p. 153.

63 “Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.” In: FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.** [S. l.: s. n.], 1789. n.p.

64 “Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.” In: UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights.** New York: United Nations Publications, 2017, p. 7.

65 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 87.

66 BATISTA, Vanessa. **As Declarações de Direitos.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 36, p. 251-268, 1999, p. 260.

67 BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 724.

68 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 203.

consagrara princípios, e não mecanismos de efetivação, sendo possível observar sua influência nas mais diversas Resoluções, Convenções e Tratados sobre a temática e suas garantias. Neste panorama, reitere-se, o referido diploma, apesar de deter caráter recomendatório, tem *significativo* e *relevante* papel na Comunidade internacional.

Conclui-se que ao longo da História, a edição de diplomas e mecanismos internacionais de proteção, defesa e efetivação dos Direitos Humanos ocorreu pouco a pouco, demonstrando serem, em verdade, resultantes de uma luta histórica, com o fito de defender o ser humano face à soberania estatal, revertendo o tradicionalismo estamental. São nestes moldes que se apoia e se pleiteia pela caminhada *conjunta* da democracia e dos Direitos Humanos.

## Referências

- ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BASTOS, Aurélio Wander. Introdução Analítica. O Significado Político e Histórico da Proposta Constituinte de Sieyès. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?** A Constituinte Burguesa. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. XIX-XXXIX.
- BATISTA, Vanessa. **As Declarações de Direitos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 36, p. 251-268, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. **Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos**. *Reflexão sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos*. In: Boletim da Faculdade de Coimbra. vol. 80, p. 641-664, 2004.
- BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Felipe Rodolfo. **A Vocação do Nosso Tempo para a Filosofia do Direito... e para a Filosofia dos Direitos Humanos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 113, jan/dez, p. 293-308, 2018.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. *Coleção Sinopses Jurídicas*. v. 30. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris. 2010.
- D NIKEN, Erich von. **Eram os Deuses Astronautas?** *Enigmas indecifrados do passado*. 7. ed. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1970.
- DE MARCO, Anelise; MORAIS, Danusa Espindola de; CAIMI, Fernanda dos Gracos; SBEGHEN, S diane; LEAL, Sandra Regime. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: O Ser Humano Acima do Estado**. In: Revista Justiça do Direito, vol. 16, p. 441-466, 2002. Disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Socieda-](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Socieda)



de-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html. Acesso em: 14 nov. 2021.

FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789**. [S. l.: s. n.], 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GOUGES, Olympe de. **Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. [S. l.: s. n.], 1791. n.p.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos: evolução histórica**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 74, p. 91-122, 1992.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A História do Direito e o seu Ensino na Escola de Coimbra**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MARQUES, Mário Reis. **A Protecção Internacional dos Direitos Humanos. Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU**. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVII, tomo II, p. 2005-2058, 2014.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2. ed. Lisboa: Grupo Almedina, 2017.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État?** A Constituinte Burguesa. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

TEIXEIRA, António Braz. **O Problema Filosófico-Jurídico dos Direitos Humanos**. In: DE LEGIBUS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, n° 2, p. 151-165, 2014.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**. New York: United Nations Publications, 2017. Disponível em: <https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2019/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

# OS ELEMENTOS DO *LEGAL DESIGN* COMO INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

**Eder Amaral**

Pós Graduado *Lato Sensu* em Direito Público. Unità Faculdades.  
eder.amaral@adv.oabsp.org.br

**Gabriel Luís Massutti de Toledo Leme**

Pós Graduado *Lato Sensu* em Processo Civil. Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
gmassutti@gmail.com

## Resumo:

No presente artigo, partindo-se do pressuposto que vivemos na “Era da Informação”, período que alterou o conceito de comunicação, através da necessidade de conexão entre os mais diversos campos do saber e tornando cada vez mais necessária a comunicação efetiva, apresentaremos o instituto do *legal design*, que vem quebrando paradigmas da comunicação do mundo jurídico. Trata-se da união do direito e o *design*, buscando modernizar as práticas jurídicas através de uma comunicação mais efetiva e inclusiva, tendo como foco a experiência do usuário. Assim, com base nestes elementos, demonstraremos como os elementos do *legal design* podem contribuir como instrumento de ampliação do acesso à justiça. Utilizaremos ensinamentos dos brilhantes Mauro Cappelletti e Bryant Garth, chegando-se ao contexto atual, apresentando dados da Justiça em Números fornecidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), nos valendo, outrossim, de dados fornecidos pelo “VisuLaw”, grupo de estudos do direito visual no Brasil, chegando-se à conclusão de nosso estudo acerca da aplicação do *legal design* e sua possível contribuição como instrumento de ampliação do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Experiência do usuário; Direito visual; Legal design.

## Introdução

O mundo vem passando por diversas mudanças, incluindo a conexão de diversas áreas de conhecimento, criando-se a necessidade de uma comunica-

ção mais efetiva. Tal realidade encontra-se representada pela Era da Informação.<sup>1</sup>

Assim, com a consolidação do acesso à informação, temos um novo paradigma de comunicação que se consagrou através do avanço tecnológico, alterando a forma como consumimos, como nos comunicamos, destacando a necessidade cada vez mais imediatista do consumo de informação. Essa busca pela informação alcançou o mundo do Direito, embora ainda encontre certa resistência por se tratar de área tradicionalista em sua forma de se comunicar.

Neste contexto de modificação paradigmática que inclui, ainda que com resistência, a atividade jurisdicional, surge o legal design, trazendo a união do direito e o design, buscando modernizar as práticas jurídicas através de uma comunicação mais efetiva e inclusiva, tendo como foco a experiência do usuário.

Mas afinal, esses elementos aqui expostos podem contribuir como instrumento de ampliação do acesso à justiça? Se sim, de qual forma? O objetivo central deste trabalho é responder esta pergunta.

Assim, a priori, o presente estudo tratará dos conceitos de legal design, passando pela forma como e onde estes conceitos foram criados, explicando, ademais, como se da sua aplicação.

Dando-se seguimento, buscaremos compreender o que de fato se entende por acesso à justiça, dissertando acerca de seu conceito, seus movimentos evolutivos, chegando até o contexto atual.

Ao final, e antes de se adentrar nas observâncias da aplicação do legal design, este estudo direcionará a temática do acesso à justiça à problemática da efetividade jurisdicional, observando dados do Poder Judiciário, obtendo-se, por fim, uma conclusão acerca da aplicação do legal design e sua possível contribuição como instrumento de ampliação do acesso à justiça.

## O que se entende por Legal Design?

A Era da Informação estreitou a comunicação das distintas e diversas áreas de conhecimento, tornando-se cada vez mais importante e necessária a articulação dos saberes, demonstrando, desta forma, uma maior necessidade de comunicação sincronizada. Neste contexto e diante desta necessidade, surgiu o Legal Design<sup>2</sup>, unindo o direito, os princípios do design e a tecnologia.

A criação do legal design se deu em meados de 2013, pela Professora Margaret Hagan, através do Legal Design Lab, na Universidade de Stanford, no intuito de se aplicar os conceitos do Design ao direito.

O legal design é uma forma de abordagem e aplicação que possui em seus alicerces os conceitos de Design Thinking e de User Experience (UX)<sup>3</sup>,

1 U.S. HISTORY. 60d. Living in the Information Age. Disponível em: <https://www.ushistory.org/us/60d.asp>. Acesso em 20 de março de 2021.

2 HAGAN, Margaret. Law by Design. Disponível em: <https://www.lawbydesign.co/legal-design/>. Acesso em 28 de março de 2021.

3 DINUZZI, Igor. The Importance of UX and Design Thinking. Disponível em: <https://>

sendo estas metodologias do design que buscam propor soluções centradas nos usuários.

Na definição de sua criadora, o objetivo do legal design é a “a aplicação de elementos de design e experiência do usuário em documentos ou produtos jurídicos”<sup>4</sup>. De forma mais abrangente, afirma Margaret Hagan:

Legal design é uma proposta inovadora: olhar o sistema legal a partir dos seres humanos, entender as questões cruciais do sistema e buscar soluções criativas para melhorá-lo. Significa priorizar os usuários do sistema legal — tanto os que estão excluídos e precisam resolver seus problemas quanto os profissionais’ que trabalham dentro dele. A perspectiva do legal design faz com que possamos falar com essas pessoas, co-criar e testar com elas - e gerar algo que efetivamente resolva problemas da forma mais útil, usável e capaz de gerar engajamento. Legal design nos ajuda a fazer pequenas mudanças em grandes processos. Você pode usá-lo para aprimorar documentos legais, produtos, serviços, políticas ou organizações. Utilizar estratégias criativas centradas no ser humano para encontrar maneiras de servir melhor as pessoas.

Verifica-se que o legal design pode ser visualizado mais como um comportamento do que um conceito propriamente dito, aplicando-se através de um grupo de pessoas que objetivam a criação de soluções a outro grupo de pessoas que assim as necessitam.

Com base nas informações aqui contidas, pode-se concluir que o Legal Design trata sobre estética, correto? Mas não. Embora seja interessante tornar documentos visualmente atraentes, o legal design é muito mais que isso, tratando-se da busca empática de olhar pelo outro, resolvendo algo que lhe incomoda, através de um produto final<sup>5</sup>, sendo este produto uma comunicação efetiva, dispondo a “auxiliar problemas e processos legais”<sup>6</sup>.

Importante questão: como se dá a aplicação do legal design? A aplicação do Legal Design se dá por fases. Essas fases podem ser classificadas de diversas maneiras, a depender de quem a aplica, levando-se em consideração se tratar de aplicação de conceitos do design que, por sua vez, são amplos e abertos à criatividade de formas.

Assim, as fases de criação desse processo de aplicação do legal design, podem se dar da seguinte forma: 1) analisar quem é ou são os usuários, ou seja, para quem se destinará a criação;<sup>7</sup> 2) após, entender das necessidades

[www.toptal.com/designers/ux/ux-and-design-thinking](http://www.toptal.com/designers/ux/ux-and-design-thinking). Acesso em 28 de março de 2021.

4 HAGAN, Margaret. Law by Design. Disponível em: <https://www.lawbydesign.co/legal-design/>. Acesso em 28 de março de 2021.

5 HOLTZ, Ana. O que é Legal Design. Disponível em: <https://www.anaholtz.com.br/post/o-que-e-legal-design>. Acesso em 11/04/2021.

6 CENTENO, Murillo Heinrich. O Impacto dos Recursos Visuais no âmbito Jurídico. Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

7 FRUG, Sara. Toward Inclusive Design for Visual Law. Journal of Open Access to Law.

deste usuário, buscando o que ele quer ou precisa saber;<sup>8</sup> 3) o que o usuário pretende; 4) em qual contexto assim pretender;<sup>9</sup> e, 5) fazer com que o conteúdo seja claro, que venha a envolver o usuário e seja o mais acessível possível<sup>10</sup>.

Como se pode verificar, em termos de entendimento do que fora proposto pela Professora Margaret Hagan, o processo de aplicação do legal design se dá pela relação de pessoas para com pessoas, como já afirmado, “começa e termina nas pessoas”<sup>11</sup>.

## O acesso à justiça

De acordo com Antônio Herman V. Benjamin, a expressão “Acesso à Justiça” é classificada sob três prismas: em uma primeira ótica, contempla-se o acesso à tutela jurisdicional, ou seja, pela composição dos conflitos através da Tutela Jurisdicional do Estado; em sentido mais amplo, se refere ao acesso à tutela, sendo esta jurisdicional ou não jurisdicional, englobando acesso a mecanismos adequados judiciais e extrajudiciais; e, por último, numa acepção integral, o Acesso à Justiça de fato, a uma ordem jurídica justa, em que a justiça se identifica com acesso ao poder<sup>12</sup>.

O termo “Acesso à Justiça” pode ser interpretado de variadas formas, não se limitando, inclusive, ao uso da via judicial, do processo. Trata-se de uma interpretação já ultrapassada.

A nossa Constituição Federal da República, através de seu artigo 5o, inciso XXXV, prevê o princípio constitucional do Acesso à Justiça, representando uma de suas acepções, qual seja, acesso ao Poder Judiciário: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito<sup>13</sup>,”

Quando se estuda Acesso à Justiça se analisa o exercício social do direi-

---

Disponível em: <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/93/86>. Acesso em 13/04/2021.

8 FRUG, Sara. Toward Inclusive Design for Visual Law. *Journal of Open Access to Law*. Disponível em: <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/93/86>. Acesso em 13/04/2021

9 FRUG, Sara. Toward Inclusive Design for Visual Law. *Journal of Open Access to Law*. Disponível em: <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/93/86>. Acesso em 13/04/2021.

10 FRUG, Sara. Toward Inclusive Design for Visual Law. *Journal of Open Access to Law*. Disponível em: <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/93/86>. Acesso em 13/04/2021.

11 HOLTZ, Ana. O que é Legal Design. Disponível em <https://www.anaholtz.com.br/post/o-que-e-legal-design>. Acesso em 11/04/2021.

12 BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 280-281.

13 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 12 de abril de 2021.

to, se suas determinações de fato são realizadas no contexto fático, e, claro, se as tutelas jurisdicionais cumprem a finalidade expressa no texto legal.

Enfim, diversas são as formas e óticas de se observar “Acesso à Justiça”, mas quando se trata desta presente temática, impossível não remeter à obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde, em síntese, para se entender a temática do acesso à justiça, dividiram sua análise em três fases que chamaram de “ondas renovatórias do Acesso à Justiça”<sup>14</sup>

A primeira onda renovatória do acesso à justiça se relaciona com os obstáculos econômicos para se acessar a Justiça, garantindo-se a Assistência Judiciária através da gratuidade da justiça, tornando-se tangível, inicialmente, através da criação da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950<sup>15</sup>,<sup>18</sup> assim como, por meio do fornecimento de advogados públicos pelas Defensorias Públicas, através da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994<sup>16</sup>. Atualmente, possuímos ainda os dispositivos do artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, de garantia de gratuidade de justiça.

A segunda onda renovatória do acesso à justiça se refere à representação de interesses difusos, interesses coletivos ou grupais<sup>18</sup>. Essa onda resultou da incapacidade do processo, por si só, de forma individual, servir de proteção aos direitos difusos e coletivos. Assim, essa onda de acesso parte da premissa do processo abrangendo um grupo de indivíduos possuidores do mesmo direito que se encontra violado.

Assim, esses mecanismos de proteção transindividuais representadas pelas demandas coletivas do Código de Defesa do Consumidor, Ação Popular, Mandado de Segurança e por meio das demandas tuteladas pela Ação Civil Pública, ao serem judicializadas, representam um grupo de pessoas e alcançam direitos que não seriam atingidos se demandados de forma individual.

Neste sentido, destacam Cappelletti e Garth:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região - é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmen-

14 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 50.

15 BRASIL. Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da União, Brasília, p. 2.161, 13 de fevereiro de 1950.

16 BRASIL. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, p. 633, 13 jan. 1994.

17 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece a criação do Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de fevereiro de 2015. 19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988

te. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos.<sup>19</sup>”

A segunda onda renovatória, portanto, se concentra na análise do alcance das demandas a sujeitos integrantes de um grupo, um contexto, sendo estes determinados ou indeterminados, ligados por circunstâncias, possuidores de direitos violados.

A terceira onda renovatória do acesso à justiça, a qual representa e muito a atual conjuntura do direito brasileiro, se refere “(...) a uma concepção mais ampla, um novo enfoque de acesso à justiça<sup>20</sup>, buscando encontrar “representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados<sup>21</sup>”.

A terceira onda renovatória inclui a advocacia judicial e extrajudicial, preocupando-se em prevenir disputas judiciais desnecessárias, através dos métodos adequados de solução de conflitos<sup>22</sup> e através de procedimentos especiais<sup>23</sup>.

Assim, nas palavras de Cappelletti e Garth, têm-se que:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras onda de reforma, mas em trata las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

A terceira onda renovatória busca, portanto, instituir melhorias ao acesso à justiça, seja por meio de tratativas extrajudiciais, seja por meio da busca por um Poder Judiciário mais efetivo.

Essa busca inclui, principalmente, a necessidade da colaboração dos advogados ao estreitamento da comunicação para com os seus clientes, advertindo os acerca dos riscos de êxito de demandas; a necessidade de se conscientizar da importância da utilização dos métodos adequados de solução de litígios; a necessidade de comunicação de forma sucinta e didática através de

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 50.

20 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 67.

21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 67.

22 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 81.

23 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988, p. 90.

suas peças processuais, prezando pela celeridade processual e cooperação para com os demais sujeitos processuais; destacando que essa luta deve ser travada de forma conjunta, com a cooperação dos agentes Estatais.

## **A contribuição do legal design ao acesso à justiça**

Até o presente momento, analisamos o que se entende por legal design e como se dá sua aplicação. Após, passamos a analisar a temática do acesso à justiça, perpassando pelas suas ondas renovatórias de acesso à justiça, entendendo sua evolução, sua constância e necessidades atuais.

Conforme aqui observado, sabemos que acesso à justiça não se limita a acesso ao Poder Judiciário, sendo a função jurisdicional uma de suas acepções, ou seja, uma espécie do gênero “Acesso à Justiça”. Passando a analisar, a partir deste momento, o acesso à justiça sob a ótica da efetividade da atuação jurisdicional, luta esta central na terceira onda renovatória.

A atual conjuntura do Poder Judiciário Estadual, que compreende 79% dos processos em tramitação em território nacional, conforme Justiça em Números 2020, compreende a entrada de 20.669.278 milhões de processos, somando-se estes aos 61.209.295 milhões de processos pendentes.<sup>24</sup>

Considerando a existência de 12.349 mil magistrados, chega-se à média de 20.674.235 mil casos por cada magistrado<sup>25</sup>. Não dá mais para ignorar essa realidade preocupante de nosso Poder Judiciário.

Inclusive, destaca-se o elevado custo para se manter a estrutura da Justiça Estadual. Seus gastos alcançam, atualmente, o montante de R\$ 57.330.927.222,00 bilhões de reais.<sup>26</sup>

Segundo o grupo de estudos VisuLaw<sup>27</sup>, pioneiro em estudos do direito visual no Brasil, em avaliação realizada entre maio a outubro de 2020, com cerca de 150 juízes federais, de forma anônima, chegou-se ao resultado de que 62% dos juízes criticam o excesso de páginas nas petições; 44% reclamam da excessividade de transcrições de jurisprudência nas petições; e, 31% dos juízes reclamam da má formatação da peça. Chega-se a conclusão de que 77% desses juízes concordam que os elementos do legal design facilitam a análise das petições, desde que usados com moderação<sup>28</sup>.

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020. 26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

25 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020. 26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

27 AZEVEDO, Bernardo de. Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. Disponível em: <https://visulaw.com.br/wp-content/uploads/2021/04/pesquisa-visulaw.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2021.

28 AZEVEDO, Bernardo de. Elementos visuais em petições na visão da magistratura fe-



Fato é que a problemática de nosso Poder Judiciário pode ser analisada das mais variadas formas. Logicamente, a cura para tal “enfermidade” também deve ser analisada sob várias óticas que, inclusive, transcendem a ciência do direito, destacando a atuação dos profissionais do direito.

Sabe-se da importância de se “quebrar esse paradigma” de comunicação arcaica do direito; de manifestações desnecessariamente extensas que, por vezes, tornam difícil a compreensão do que realmente se quer dizer; utilização de doutrinas prolixas que atrapalham a visualização e compreensão de peças processuais; utilização extensa e desnecessária de julgados e jurisprudência; e, termos em latim utilizados em contextos desnecessários.

A comunicação deve ser clara. Para tanto, deve se analisar e buscar, de forma moderada, a utilização de gráficos, imagens, vídeos, disposição de cores, hierarquia de elementos que exprimem uma organização clara de ideias, objetivando sempre a compreensão do usuário.

Destacando todos os dados e informações atuais que aqui foram apresentadas, nos levando à autocritica para tornarmos a comunicação processual mais inclusiva e compreensiva.

## **Conclusão**

Ainda não se tenham pesquisas concluídas em larga escala perante à magistratura Estadual, como a que fora desenvolvida pelo grupo de estudos VisuLaw e juízes da Justiça Federal, já é possível se constatar a aceitação por um número considerável de juízes que o legal design serve de instrumento de facilitação da análise das demandas.

Conforme analisado neste estudo, da conceituação do legal design à temática do acesso à justiça, conclui-se que por se tratar o legal design de uma proposição de soluções centradas no usuário, buscando auxiliar de forma empática a compreensão da informação, pode e será uma ferramenta determinante ao aperfeiçoamento da comunicação processual, podendo servir de ferramenta para ampliar e tornar o Poder Judiciário mais efetivo.

## **Referências**

AZEVEDO, Bernardo de. Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal. Disponível em: <https://visulaw.com.br/wp-content/uploads/2021/04/pesquisa-visulaw.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensor-

---

deral. Disponível em: <https://visulaw.com.br/wp-content/uploads/2021/04/pesquisa-visulaw.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2021.

ria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jan. 1994.

BRASIL. Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de fevereiro de 1950.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Estabelece a criação do Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de fevereiro de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CENTENO, Murillo Heinrich. O Impacto dos Recursos Visuais no Âmbito Jurídico. Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 12 de abril de 2021.

DINUZZI, Igor. The Importance of UX and Design Thinking. Disponível em: <https://www.toptal.com/designers/ux/ux-and-design-thinking>. Acesso em 28 de março de 2021.

FRUG, Sara. Toward Inclusive Design for Visual Law. Journal of Open Access to Law. Disponível em: <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/93/86>. Acesso em 13/04/2021

HAGAN, Margaret. Law by Design. Disponível em: <https://www.lawbydesign.co/legal-design/>. Acesso em 28 de março de 2021.

HOLTZ, Ana. O que é Legal Design. Disponível <https://www.anaholtz.com.br/post/o-que-e-legal-design>. Acesso em 11/04/2021.

U.S. HISTORY. 60d. Living in the Information Age. Disponível em: <https://www.ushistory.org/us/60d.asp>. Acesso em 20 de março de 2021.

# O CASO BARRAGEM DO FUNDÃO: O FÓRUM SHOPPING E DIREITOS HUMANOS

**Anne Michelle Schneider**

Mestranda em Direito Internacional Público e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa, Especialista em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae, Advogada no Brasil e em Portugal

## **Resumo:**

O trabalho aborda a eleição de jurisdição (fórum shopping) em hipóteses de catástrofes ambientais de grandes proporções. Para tanto, será analisado o “Caso Barragem do Fundão”, ocorrido em Mariana, Minas Gerais, Brasil, que originou ações judiciais tanto no Brasil como na Inglaterra. A hipótese é que reconhecer a legitimidade da escolha da jurisdição pode ensejar tutela jurisdicional mais efetiva quando se discute atos praticados por atores de diferentes nacionalidades. Foi utilizado o método qualitativo. As fontes de pesquisa são documentais e bibliográficas. Como resultado, foi apurado que se a concorrência de ordenamentos jurídicos de fato existe, a possibilidade de escolher a jurisdição mais adequada para entregar uma prestação jurisdicional efetiva deve ser encarado de modo positivo uma vez que oportuniza a busca da tutela judicial por parte do Estado que está em melhores condições de restabelecer o equilíbrio social afetado pelo conflito que originou a demanda.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Jurisdição internacional; Forum shopping; “Caso Barragem do Fundão”.

## **A eleição de jurisdição**

A escolha da jurisdição na seara da justiça civil internacional, conhecido vulgarmente como “fórum shopping”, termo que desde já se propõe seja rechaçado, em razão do evidente cunho depreciativo que carrega, é comumente percebido por parte da doutrina e por algumas cortes como uma prática reprovável.

Para justificar a sua reprovabilidade moral e fundamentar o que no Brasil poderia ser compreendido como verdadeiras esquivas de jurisdição, aqueles que reprovam o seu exercício alegam que a prática estaria supostamente associada a uma ilegítima busca de vantagens injustas por parte de um demandan-

te, que se utilizaria da pluralidade de ordenamentos jurídicos para escolher, dentre os possíveis, o foro do local que entenda ser mais capaz de atender as suas expectativas – sejam elas relacionados à efetivação do direito propriamente em questão, como vantagens na lei de direito material, sejam de cunho processual, como a facilidade de manejo das normas referentes à produção de provas, seja relacionadas aos custos e duração do processo, entre outros<sup>1</sup>.

Não obstante, a prática é uma realidade bastante comum e traz consigo discussões das mais diversificadas, pois a pluralidade de foros competentes pode ocorrer tanto internamente, quando os ordenamentos jurídicos internos dos Estados estabelecem dentro de seu território mais de uma localidade competente para julgamento de uma mesma lide, como pode avançar para o campo internacional, situação em que mais de um país pode ser competente para julgar a demanda as vezes em concorrência inclusive com organismos internacionais.

Entendemos que quando se trata do campo internacional, por se tratar de concorrência entre foros localizados em Estados diferentes, o termo mais apropriado seria não eleição de foro, muito menos o “fórum shopping”, como já mencionado, mas eleição de jurisdição, pois isso destaca a profundidade em que o tema deve ser analisado.

Quando a pluralidade de foros ocorre entre dois países diferentes, as diferenças de legislação material e processual aplicável, bem como de aparato jurisdicional e modo de sua operabilidade pode ser considerável, daí que a utilização do termo pejorativo, diante da profundidade de questões que pode estar em causa, e que refletem, em última instância, o próprio modo de existir de um Estado, não mais se justifica, no entender da autora.

Em que pese a inexistência de um entendimento uniforme sobre o que se entende por eleição de jurisdição, ou eleição de foro em sede de direito processual civil internacional, para o presente trabalho, adotaremos o entendimento do Prof. Franco Ferrari, para quem “forum shopping shall be broadly defined as ‘the choice in favour of a given forum, based on the conviction that the chosen forum is the most favourable one for the purpose of reaching a given result’ ”<sup>2</sup> – que numa tradução livre da autora e, mais que isso, adaptada aos fins do presente trabalho, posto que substituiremos a expressão “fórum shopping” por “eleição de jurisdição”, pelos motivos já acima elucidados, podemos dizer que “a eleição de jurisdição deve ser compreendida como a escolha de um determinado foro com base na crença de que essa escolha é a mais favorável para alcançar um determinado resultado” perseguido pelo autor da ação.

A neutralidade do conceito que se propõe nos impede de perceber o

---

1 FERRI, F., HEISS, H., DROBNJAK, S. Forum (and Law) shopping. In Encyclopedia of Private International Law. Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. Downloaded from Elgar Online at 02/16/2018 03:20:17PM via New York University. p. 789

2 FERRI, F., HEISS, H., DROBNJAK, S. p. 794

conceito de eleição de jurisdição ou eleição de foro em sede de direito processual civil internacional como um instituto de classe, voltado apenas a demandas que envolvem litigantes de expressiva capacidade econômica. É que, muito embora a autora tenha o conhecimento de autores que entendem o direito como fruto ou instrumento para a manutenção de privilégios de classe por meio da dominação estatal financiadas pelo capital, a exclusão das classes menos favorecidas – ou, porque não assumir, dos pobres – não é contemplada, supõe-se, de maneira expressa pelos ordenamentos jurídicos em geral<sup>3</sup>.

## **A eleição de jurisdição em conflitos envolvendo violações de direitos humanos**

Nos últimos anos, o Brasil tem ganhado holofotes por uma série de retrocessos em matéria ambiental. Mesmo quem não conhece o país já ouviu falar das queimadas desenfreadas na floresta amazônica, pois o aumento dos últimos anos, aliado à negligência governamental propositadamente calculada em benefício da promoção de um suposto desenvolvimento da região, tem gerado protestos pelo mundo inteiro. Contudo, para além do que é noticiado pela grande mídia, especialistas vem alertando para as consequências da negligência não visível, com potencial de causar grandes danos ambientais, como os decorrentes do rompimento da barragem do Fundão, ainda não satisfatoriamente reparados.

A falta de reparação dos danos já conhecidos e medidos, para além da insatisfação social geral não só das pessoas e comunidades diretamente atingidas, que não tiveram ainda seus direitos reparados, gera uma incômoda sensação de impunidade, não só na população diretamente afetada pelos even-

---

3 Assim, muito embora não se desconheça que essa exclusão pode ocorrer em alguns países, mormente os que condicionam o acesso à justiça ao pagamento, pelas partes, de altos valores em custas da justiça e honorários advocatícios, esse pensamento que exclui as classes menos favorecidas – em especial os que sofrem as lesões a direitos humanos em maior intensidade, nas situações que se pretende explorar no presente trabalho – não se coaduna com a realidade no Brasil, pois o sistema jurídico orquestrado pelo constitucionalismo brasileiro surgido num contexto constitucional pós-ditadura militar entende o direito de acesso à justiça como um verdadeiro direito humano que deve ser (e é) assegurado a todos que não possuem condições financeiras de arcar nem com os custos dos processos em sede judiciária nem com honorários advocatícios. No Brasil, não só o acesso à justiça é amplo como é vedado, por força de previsão constitucional expressa, a escusa de julgamento por parte de um magistrado, eis que vigora o princípio da inafastabilidade de jurisdição. E essa é a formação da autora. É a partir desse olhar que o trabalho é construído. Além disso, não parece absurdo imaginar que a migração paulatina dos processos físicos para os eletrônicos seja um fenômeno que ultrapassa o Brasil e Portugal o que, aliado à redução dos custos inerentes ao incremento progressivo das novas tecnologias ao mundo do direito, bem como da redução de custos da própria manutenção do aparato estatal voltado à prestação jurisdicional, especialmente intensificado no cenário de pandemia em que vivemos, parece ser uma realidade que veio para ficar e quem sabe, uma promessa de transferência aos cidadãos dessa redução dos custos possa amplificar o direito de ação e o acesso à justiça em outros países, para que a gratuidade para aqueles que não podem pagar possa vir a se tornar efetivamente uma realidade – mesmo em países de cultura jurídica tradicionalmente excludente.

tos, mas em todos que delas tomem conhecimento, uma vez que é intuitiva a noção de que quem causa um dano deve ser obrigado a repará-lo, ainda mais quando esses danos decorrem de uma desproporção gigantesca entre lesados e agentes causadores – a sensação de injustiça é ainda mais premente.

Contudo, embora as noções de que é proibido lesar e de que, havendo lesão, é devida a reparação, sejam quem sabe até inerentes à condição humana, ou ao menos, em seres humanos saudáveis, dotados de compaixão, nem sempre é simples colocá-las em prática, pois isso envolve a mobilização não só dos princípios éticos herdados, como a elaboração de um direito material que os contemple, um direito processual que o instrumentalize, e um aparato estatal adequadamente preparado para isso. Além disso, o mesmo homem que foi capaz de conceber esses ideais de justiça, bem como as fórmulas para implementá-los, também é capaz de criar os mais diversos empecilhos à sua concretização, que ganham temperamentos diversos de acordo com a cultura do ordenamento jurídico em que estão inseridos, que se refletem em costumes e práticas jurídicas que podem inclusive ser depreciativas ao sentimento geral de justiça.

Por aí já se percebe a complexidade que pode assumir as discussões dos litígios em que participam atores de diversas nacionalidades, como é o caso que se analisa. Com efeito, pode acontecer de mais de um Estado conter, em seu ordenamento jurídico, regras de delimitação de jurisdição que abraçam uma mesma lide. E que, embora dirijam-se todos em busca da concretização dos ideais universais de justiça, ética, dignidade e prevalência dos direitos humanos, por se tratar de Estados diferentes, que trazem consigo histórias e questões culturais diferentes, que se traduzem, as vezes, em soluções ou caminhos processuais diferentes para uma mesma lide, tais situações podem ensejar discussões que tocam temas que vão além das questões técnicas referentes à eleição de foro para chegar em discussões sobre a soberania, pois há sempre o risco de decisões conflitantes.

Não obstante a complexidade que estas situações podem assumir, dados os interesses sociais, políticos, jurídicos e econômicos em causa, as dificuldades que se apresentem não devem servir de óbice à prestação jurisdicional de mérito, efetiva, célere, por meio de um processo devido e justo, que culmine numa resposta estatal proporcional ao que foi colocado em causa, ou seja, uma resposta que possa ser recebida como coerente com a ideia de razoabilidade e proporcionalidade, que compõe o princípio do devido processo legal, corolário da própria formação do Estado, e mais ainda do Estado inglês, o que já se destaca, haja vista que mais adiante será explorado a propositura de ações nas jurisdições dos dois países para a solução dos conflitos decorrentes do desastre de Mariana.

É que, como íamos dizendo, o próprio exercício da jurisdição cumpre uma função social, ao trazer a paz coletiva e individual por meio da solução

do conflito - “a pacificação é o escopo magno da jurisdição”<sup>4</sup> ; uma função política, por meio da preservação do ordenamento jurídico e de sua autoridade, bem como porque a realização do direito pelo próprio Estado, com a participação dos indivíduos nas decisões, promove os valores “liberdade” e “democracia”<sup>5</sup>; e uma função jurídica, porque as decisões judiciais fazem o direito atuar no caso concreto<sup>6</sup>.

Mais ainda, resumindo aqui brevemente os contratualistas, a contrapartida da renúncia à liberdade absoluta é a proteção do Estado. Assim, ao abrirmos mão da era tribal da vingança privada, nasce a obrigação do Estado de entregar a contrapartida, que no caso dos desastres descritos, do ponto de vista da Jurisdição, pode ser traduzida em uma sentença de mérito que efetivamente obrigue os causadores dos danos à sua reparação, na maior extensão que for possível fazê-lo, devendo-se utilizar de todos os meios disponíveis, segundo o direito, para tanto. Ainda que isso implique a mobilização de outra Jurisdição.

Ou seja, se as pessoas, as empresas e por conseguinte os conflitos decorrentes do embate de interesses se difundem e se espalham, num mundo globalizado, a ponto de envolver atores de diversas nacionalidades em um mesmo conflito, nada mais justo e equilibrado do que admitir também que outras jurisdições, na mesma medida, também possam ser mobilizadas para a solução das injustiças que possam se originar desses embates.

E mais, com a difusão do conhecimento e migração do mundo físico para o mundo digital, em que os processos judiciais são paulatinamente transferidos todos para a modalidade eletrônica, a escolha de uma Jurisdição diferente do país em que ocorreu o dano pode se tornar cada dia mais comum, posto que a cada dia mais facilitada.

Isso contudo não é isento de problemas. Quando mais de um Estado é provocado a fazer isso, pode haver conflitos de interesses que num primeiro momento parecem ultrapassar os interesses das partes em litígio, o que pode dificultar a solução adequada dos problemas que ora se apresentem, uma vez que, em última instância, trazem a possibilidade de colocar um Estado contra o outro, especialmente quando os interesses que privilegiam são antagônicos. Nesses casos, é importante não perder de vista que todos os Estados estão inseridos numa ordem jurídica internacional e que se encontram vinculados ao cumprimento não só dos tratados internacionais aos quais se vincularam mas aos próprios direitos humanos já inseridos inclusive dentro da sua legislação nacional. Assim, a entrega jurisdicional efetiva, a proteção da dignidade humana e o respeito aos direitos humanos, que fundamentam a própria existência do Estado, deve prevalecer sobre os interesses nacionais quando estes se encontram dissociados desse plexo de valores, posto que na comunidade

4 DINAMARCO, C. R., CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 24

5 DINAMARCO, CINTRA e GRINOVER, p. 24

6 DINAMARCO, CINTRA e GRINOVER, p. 24

internacional, os interesses devem ser convergentes e cooperantes.

Para tratar da problemática da devida prestação jurisdicional em desastres que culminam em violações de direitos humanos de grandes proporções, selecionamos o caso do rompimento da Barragem do Fundão, no Município de Mariana, Estado de Minas Gerais, uma vez que o caso se mostra interessante porque foram ajuizadas ações tanto no Brasil como na Inglaterra, o que nos permite tecer algumas considerações sobre o tema da eleição de foro em processo civil internacional e as armadilhas que o tema apresenta.

Diante da magnitude dos danos suportados, pouco importa se a ação foi ajuizada no Brasil ou na Inglaterra, o que importa é que se chegue a uma decisão de mérito, por meio de um processo justo, num tempo razoavelmente apto a que os direitos reconhecidos sejam efetivamente usufruídos e gozados por seus beneficiários, de modo que as críticas de que a eleição de foro é um instrumento maldito porque utilizado para supostamente beneficiar quem dela se utiliza é completamente desarrazoada e desconectada da realidade. Na verdade, essa interpretação subverte o sentido do que realmente é importante no exercício da Jurisdição, que é a efetiva realização do direito no caso concreto, pois a interpretação repreende aquele que busca a concretização do seu direito, ao invés de prestigiar uma prestação jurisdicional efetiva e despida de preconceitos “de origem”. A segurança jurídica de se saber onde é que o feito é ajuizado não é mais importante do que ter o direito de fato realizado no caso concreto.

Assim, o simples fato de mais de um país assumir jurisdição para apreciar um litígio não deve ser encarado como um artifício que pode ser manipulado, e sim como uma mera faculdade que os sistemas legais entenderam conveniente contemplar. Cada país tem soberania<sup>7</sup> para definir as causas que quer julgar e isso não deve ser encarado de maneira negativa.

Depois, porque os juízos de valor que se faz sobre a sua utilização, não convencem de todo, porque qualquer advogado, em qualquer lugar do mundo, que tenha ajuizado pelo menos uma ação na vida, é capaz de compreender que é sempre possível empregar artimanhas e subterfúgios para beneficiar a parte a quem defende, e que isso pode ser feito dentro dos estritos rigores da lei, e portanto os argumentos de manipulação da previsão de multiplicidade de foro para beneficiar o seu cliente não deve ser um argumento sério a ser considerado, haja vista que é próprio do jogo jurídico buscar, dentro da lei, o melhor resultado ao seu cliente, e que isso é até mesmo um dos deveres éticos inerentes ao exercício da advocacia<sup>8</sup>.

Depois, os eventos, os danos e as responsabilidades são evidentes e já foram inclusive assumidos por algumas empresas que compõe o grupo eco-

7 MONACO, G. F. de C. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência das jurisdições nacionais e inteligência artificial: entre Forum Shopping e Lawfare. In: Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do professor catedrático Rui Manuel Moura Ramos [S.l: s.n.], v. 2; il. color. 2021.

8 FERRRI, F., HEISS, H., DROBNJAK, S. p. 792



nômico que opera as mineradoras que atuam na região. Em razão disso, foram ajuizadas ações no Brasil, que possui jurisdição para conhecer as ações por conta do local onde ocorreram os eventos e os danos, quanto na Inglaterra, pois sua estabelece determina a sua jurisdição, uma vez que empresas que compõe o grupo econômico que está à frente das mineradoras que causaram os danos ou tem domicílio lá ou em países que admitem o julgamento lá.

## **O Caso Barragem do Fundão e a eleição da jurisdição brasileira**

O dia 5 de novembro de 2015 entrou para a história do Brasil em razão do rompimento da barragem do Fundão, de propriedade da Samarco Mineração S/A, localizada no Município de Mariana, Estado de Minas Gerais. O evento é considerado o maior desastre ambiental do país e uma das grandes catástrofes ambientais no mundo, talvez a maior envolvendo barragens de rejeitos de mineração que se tenha notícia.

A barragem que rompeu deu causa a prejuízos que até hoje não se consegue mensurar ao certo – morte direta de 19 pessoas, destruição completa do patrimônio de milhares, ocasionada pela onda de lama de mais de 40 milhões de metros cúbicos com rejeitos de minério de ferro<sup>9</sup> que se moveu por , atingindo rios da região por mais de 663 km, até adentrar por mais 80 km<sup>2</sup> mar adentro, deixando cerca de 1200 pessoas desabrigadas, 1.469 hectares de terras foram destruídos, incluindo áreas de preservação ambiental, ou seja, além das mortes houve prejuízos materiais e danos irreparáveis ao meio ambiente e ao patrimônio cultural e histórico daquela região. Cerca de 35 municípios do Estado de Minas Gerais e 4 do Estado do Espírito Santo chegaram a ficar em situação de emergência ou calamidade pública e sofreram com prejuízos de abastecimento de água e de energia<sup>10</sup>.

Em decorrência da complexidade dos danos, foram propostas várias ações no Brasil, tanto na esfera cível como na criminal, uma vez que foram apurados muitos indícios de prática tanto de ilícitos administrativos como civis e a prática de crimes, tanto pelas empresas mineradoras que compõem o grupo econômico como por empresas privadas que prestavam serviços para fundamentar os pedidos de licenciamento ambiental, como por pessoas físicas, profissionais liberais, e agentes públicos.

Não nos deteremos nas ações que se ajuizaram na seara criminal, mas nas ações intentadas na jurisdição cível<sup>11</sup>, pois o escopo do trabalho é ex-

9 BRASIL. Ministério público Federal. Caso Samarco. Linha do tempo. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>>. Acesso em 4 de fev. de 2021.

10 POEMAS. Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015 p. 9-10. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>> Acesso em 4 de fev. de 2021

11 Para saber quais as ações coletivas mais impactantes no Brasil, consultar, no site do Ministério Público Federal a linha do tempo disponibilizada em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>>.

plorar os aspectos da eleição de jurisdição no âmbito da justiça civil e compreender em que medida o que se conhece pelo termo pejorativo “fórum shopping” pode contribuir para a efetividade de direitos. Assim, convém tecer algumas considerações sobre as normas aplicáveis ao caso, mormente as contidas no Código de Processo Civil brasileiro em vigor e na Lei de Ação Civil Pública.

No que concerne às normas contidas no Código de Processo Civil brasileiro em vigor, que delimitam algumas situações em que o Brasil assume possuir jurisdição, devem ser destacados os artigos 21 e 24, situados na Parte Geral do diploma normativo citado, mais especificamente no capítulo I (que trata dos limites da jurisdição nacional), do Título II (que aborda os limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional), do Livro II (que trata da função jurisdicional).

O diploma contemplou regras de jurisdição concorrente, mantendo, no inciso I, a regra geral do foro do domicílio do réu. No caso específico da Barragem do Fundão, constata-se a jurisdição concorrente brasileira para o julgamento, por exemplo, das empresas rés que compõe o grupo econômico e que estejam domiciliadas em território nacional, bem como de todas as pessoas físicas domiciliadas aqui, sejam eles diretores das empresas, profissionais liberais, ou agentes públicos.

Não fosse isso, também o III se presta para afirmar que a jurisdição brasileira é concorrente nos casos em que os fatos e atos que originaram os danos que se pretende discutir também aqui ocorram, ou seja, poderia o Poder Judiciário brasileiro julgar, com base no inciso III, inclusive, as empresas domiciliadas fora do Brasil, pelos danos aqui ocorridos. Claro que haverá dificuldades na execução das sentenças, uma vez que se aqui domiciliadas as empresas rés, mais facilmente se localizariam os seus ativos.

Por outro lado, o artigo 24 do citado diploma legal estabelece claramente que “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”<sup>12</sup>.

A regra do artigo 24 é importante porque implica a aceitação, pelo Brasil, do tramite processual de uma mesma ação (segundo o ordenamento jurídico brasileiro, uma ação é idêntica a outra quando contempla as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido) em mais de uma jurisdição. E mais ainda, segundo o seu parágrafo único, que isso não impedirá o Brasil, inclusive, de vir a reconhecer como legítima uma decisão proferida por outro

12 BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 4 de fev. de 2021

país, antes mesmo que uma decisão brasileira seja proferida ou que a ação chegue a seus ulteriores termos. Portanto, quanto ao caso do rompimento da Barragem do Fundão, a legislação brasileira não impõe óbice ao trâmite concomitante de ações cíveis tanto no Brasil quanto na Inglaterra, sejam as ações idênticas, quando se admite inclusive a homologação da decisão que ocorrer primeiro, ou não.

Assim, se o diploma normativo mais importante em matéria processual civil no Brasil reconhece a possibilidade inclusive do ajuizamento de duas ações idênticas em países diferentes, segundo a máxima de quem pode o mais, também pode o menos, não é demasiado concluir que o nosso ordenamento entende como legítima a escolha da jurisdição mais favorável para o ajuizamento da lide, ou seja, o sistema processual civil brasileiro não proíbe a escolha de jurisdição, nem lhe impõe qualquer carga pejorativa.

Desse modo, segundo o ordenamento jurídico processual civil brasileiro, não há qualquer impedimento a que as pessoas busquem a efetivação de seus direitos no país que entenderem estar mais preparado para o seu reconhecimento, seja buscando a legislação mais favorável ao seu caso, material ou processual, seja procurando ajuizar a ação no país onde sua execução será facilitada por se tratar de local onde mais se encontrem ativos do devedor. E isso se torna tanto mais legítimo quanto mais os devedores se utilizam dos meandros dos ordenamentos jurídicos dos vários países nos quais atuam para pulverizar a sua existência e dificultar a sua responsabilização. Se a lógica do sistema admite a utilização e escolha de normas mais favoráveis para dificultar ou mesmo fugir à responsabilização, é elementar regra de isonomia que também se admita que os prejudicados se utilizem dessas mesmas nuances dos sistemas processuais para buscar a efetivação dos seus direitos.

Pode parecer ingênuo pensar que uma ação em que se pleiteia a reparação de danos decorrentes de uma catástrofe ambiental sem precedentes num país possa ser julgada procedente em outro país, mormente onde se localizam os causadores destes danos, mormente onde eles pagam os seus tributos. Mas não vamos por esse caminho, porque admitir isso significaria implodir todos os fundamentos não só jurídicos, mas também políticos, sociológicos, antropológicos, históricos, culturais, filosóficos e éticos da própria existência da Jurisdição. Em que pese isso possa ocorrer de fato, uma vez que o mundo não avança em direção à civilização de maneira uniforme para todos e se observe que algumas mentes ainda parecem se encontrar na era tribal, nós não acreditamos, sinceramente, que esse pensamento seja possível de ser ética e racionalmente sustentado de acordo com o que de mais aprimorado existe em termos civilizacionais. E é nessa direção que vamos.

Além disso, uma vez que o sistema brasileiro admite o trâmite simultâneo de duas ações idênticas em dois países diferentes, bem como prevê a possibilidade de homologação da sentença que, em casos de trâmite duplo, em um outro país for proferida, impõe-se reconhecer, inclusive, que o sistema reconhece como legítima e obrigatória a primeira decisão que transite em

julgado. Assim, entende-se juridicamente possível dentro do sistema processual brasileiro que ações que tramitem no Brasil sejam decididas por meio de decisões proferidas em outro país, que uma vez homologadas, passam a ser obrigatórias, o que pode acontecer antes mesmo que a ação ajuizada no Brasil chegue aos seus ulteriores termos, o que por certo extinguirá a ação que aqui tramitava.

Tal possibilidade aparentemente viola o que corriqueiramente entendemos como soberania. Todavia, essa conclusão conflita com princípios éticos elementares como o da boa-fé, da confiança e da cooperação internacional, e mais ainda o da prevalência da dignidade humana e dos direitos humanos, que estão já de há muito intrinsecamente inseridas na legislação interna de muitos países, principalmente na dos países exportadores de empresas potencialmente causadoras de danos ambientais de elevada magnitude.

Com efeito, se uma das funções do Estado é entregar, por meio da jurisdição, o direito no caso concreto, uma vez que a decisão seja homologada, ou seja, que conte com uma análise judicial de sua coerência com a legislação de regência e a ordem pública brasileira, pouco importa de qual Estado seja proveniente. E no Brasil, um país pouco marcado por preconceitos provenientes de diferenças de nacionalidade, isso realmente pouco importa, até porque o direito de ação e o acesso à justiça no Brasil são tão amplos que os tribunais estão todos abarrotados, ou seja, ainda que isso fosse um problema cultural real para nós, nunca poderia ser tomado em consideração na prática posto que onde há excesso de trabalho, não há tempo para esse tipo de questão. Temos outros problemas, é verdade, mas não esse.

E ao prestigiar a prestação jurisdicional mais célere, sem se deter, como falamos, em questões de menor importância, que sequer são coerentes com o zelo que se exige no trato da jurisdição, que é coisa pública, e privilegiar, portanto, a primeira decisão que ponha fim à causa, desde que devidamente homologada, sem se ater ao seu “dna de origem”, o sistema brasileiro presta verdadeira homenagem à dignidade da pessoa humana, pois uma decisão justa, porém tardia, traduz-se, muitas vezes, em verdadeira injustiça. É que a nacionalidade da decisão não tem o condão de, por si só, torná-la digna do direito que contempla. Há valores outros que, pela sua generalidade e universalidade, são superiores à mera distinção de nacionalidade que, como dito, não se coaduna com a nobreza de princípios que o trato da coisa pública exige.

Nesse contexto, a doutrina brasileira já vem considerando, inclusive, que na jurisprudência deverá ocorrer mudança de entendimento no que toca à eleição de foro nos contratos internacionais, matéria que não era disciplinada no Brasil até a entrada em vigor do atual diploma processual, compreensão essa que está em harmonia com o regime processual civil brasileiro, na medida em que é coerente com a aceitação da convenção de arbitragem e com extinção do processo sem julgamento do mérito<sup>13</sup>.

13 TIBURCIO, C. As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil. Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença,

Nesse assunto, embora a doutrina brasileira aceitasse a eleição de foro em contratos internacionais, esse entendimento não era firme na jurisprudência pátria, conforme denota Carmen Tiburcio<sup>14</sup>, uma vez que a posição do Supremo Tribunal Federal, guardião da coerência do ordenamento jurídico com a Constituição Federal, divergia da posição do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, enquanto o Supremo Tribunal Federal acompanhava a doutrina no sentido de aceitar a ideia geral da legalidade da eleição de foro nos contratos internacionais – “O direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública”<sup>15</sup> – e a esse entendimento acrescentava os temperamentos do artigo 88 do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça, guardião da uniformidade da interpretação da legislação federal no país, não manifestava posicionamento único<sup>16</sup>.

Assim, entendemos que, segundo a sistemática do novo código de processo civil, a eleição de jurisdição, quando possível a escolha entre mais de uma, ou seja, quando possível escolher em qual país ajuizar uma ação, segundo o direito processual civil brasileiro, deve ser compreendida como válida, seja ela prevista expressamente em um contrato, quando a eleição acontece em momento anterior ao litígio, seja ela realizada no momento da propositura da ação, quando acontece em momento posterior ao conflito, uma vez que o momento em que isso ocorre também não tem relevância para a sua aceitação.

Assim, impõe-se concluir que, segundo o sistema processual brasileiro, é perfeitamente possível o trâmite concomitante de ações movidas no Brasil e na Inglaterra que pretendam discutir os danos decorrentes do rompimento das barragens de propriedade das empresas mineradoras que compõe o grupo econômico.

Mas se o Código de Processo Civil estabelece, nos artigos 21 e 24, o reconhecimento da jurisdição brasileira concorrente para os casos ali definidos, nos casos de ação civil pública por danos causados ao meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, é na Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que se encontram as disposições sobre a fixação da competência interna, ou seja, é nesta lei que se encontram as regras para a delimitação do órgão jurisdicional competente para julgar a lide.

Com efeito, referida lei estabelece no artigo 2º que “As ações previstas

---

[S.l.], v. 16, n. 1, p. 67-90, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/481>>. Acesso em: 26 nov. 2021.p. 84

14 TIBURCIO, C. p. 79-83.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 30636. Ementa: o direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública. Recorrente: Cia. Boa Vista De Seguros Recorrida: Cia. Naviera Del Sur. Relator: Min. Cândido Mota, 30 de maio de 1957. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur57399/false>>. Acesso em 08 de fev. de 2021

16 TIBURCIO, C. p. 79-83.

nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.”<sup>17</sup>

Sobre o tema da competência em ações coletivas, fala-se que o artigo referido trata de uma competência territorial-funcional, que tem o condão de ser, apesar de territorial, absoluta, o que se fez em razão da importância dos bens postos em causa, que o legislador entendeu serem melhor analisados quando julgados no local em que ocorre o dano, ou seja, o legislador levou em consideração “a facilidade da coleta de provas durante a instrução da ação e o efeito pedagógico decorrente do fato de proferir-se a sentença no local em que mais se manifestam as consequências da violação do interesse tutelado”<sup>18</sup>.

Em razão da natureza dos direitos que se busca tutelar nas coletivas, determinou-se, no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às ações civis públicas por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, que a competência seria determinada conforme o dano seja local, regional ou nacional. Assim, em regra, danos locais são julgados nas suas localidades, danos regionais ou nacionais são julgados nas capitais dos Estados ou do Distrito Federal. Uma vez que estejam em causa interesses da União, sejam diretos ou de suas autarquias e empresas, a ação deverá ser julgada pela Justiça Federal, conforme preleciona o artigo 109, inciso I, da Justiça Federal.

## Conclusão

O caso do rompimento da barragem do Fundão, no Município de Mariana, é emblemático. Além de ser o maior desastre ambiental no Brasil, é um dos maiores do mundo envolvendo barragens de minérios. Em vista disso, foram ajuizadas ações tanto no Brasil, onde até o momento não foram devidamente levadas à termo, como na Inglaterra. Não são ações idênticas, mas tratam do mesmo problema – danos decorrentes do desastre de Mariana.

As ações ajuizadas na Inglaterra contaram, recentemente, com uma decisão que determinou a sua “eliminação”, em que o magistrado julgador des tacou, como fatos que motivaram a sua decisão, a existência de ações em andamento no Brasil, o elevado número de documentos, o elevado número de requerentes, a complexidade da causa, as dificuldades de recursos do próprio

17 BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em 09 de fev. de 2021.

18 José Mauro Luizão\* Luiz Fernando Bellinetti. Aspectos controvertidos da competência em ação civil pública. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d707329bece455a4>. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

tribunal inglês, as possibilidade de conflitos entre juízes brasileiros e ingleses, a interferência e dependência das ações movidas em um país sobre outros e os conflitos políticos que isso pode gerar<sup>19</sup>.

Em relação à situação no Brasil, convém as considerações feitas pela Excelentíssima Senhora Silmara Cristina Goulart, Procuradora da República e coordenadora da Força-Tarefa Rio Doce, na data de 4 de novembro de 2020, as quais foram no sentido da completa ineficiência do Estado em providenciar pacificação social, mormente porque os danos não foram efetivamente reparados e as famílias, as empresas de pequeno porte atingidas, os Municípios e Estados atingidos, tampouco a região do ecossistema afetado, que abrange vários estados, foi minimamente recuperado<sup>20</sup>.

---

19 England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions. Município De Mariana & Ors v BHP Group Plc & Anor (Rev 1) [2020] EWHC 2930 (TCC) (09 November 2020). Disponível em: <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2020/2930.html>>. Acesso em: 4 de fev. de 2021.

20 “Há cerca de 50 dias, eu assumi a Coordenação da Força Tarefa Rio Doce. Foram dias intensos de trabalho, reuniões, imersão e leituras. E a sensação, olhando esses 5 anos do desastre é de consternação, de uma profunda tristeza. Desolação!! Consternação por AINDA estarmos discutindo esse assunto 5 anos depois. “Mariana nunca mais” foi um slogan repetido exaustivamente na imprensa. Mas o desastre, que arrasou não só Mariana, mas toda a bacia do Rio Doce - não sei se vocês sabem, uma área equivalente a Portugal - continua aqui...5 anos depois e nada está concluído, tudo está por fazer. Nenhum, absolutamente nenhum grupo de atingidos (agricultores, lavadeiras, artesãos, pescadores, areiros, pequenos comerciantes) foi integralmente indenizado. O meio ambiente não foi recuperado. Sequer o Distrito de Bento Rodrigues, símbolo do desastre, foi reconstruído. 5 anos!!! E duas das empresas mais ricas do mundo não conseguiram reconstruir um distrito. Os reassentamentos das vilas dizimadas pela lama não aconteceram ainda. Casas trincadas pelo intenso tráfego de caminhões também não foram consertadas. O auxílio emergencial para as pessoas vulneráveis que pararam de trabalhar por causa do desastre foi suspenso em plena pandemia!!! Antes do rompimento, os responsáveis pelo desastre preferiram economizar a gastar o dinheiro necessário para reparar a barragem. Não deu certo. A barragem desabou. Agora, novamente, esses mesmos responsáveis preferem brigar para economizar centavos. Centavos às custas da dignidade humana. Ao longo desses 5 anos, o MPF e as instituições de Justiça parceiras tentamos todas as estratégias possíveis. Fizemos acordos e propusemos ações. Investigamos fatos, expedimos recomendações, recorremos de decisões. Mas os resultados ainda são frustrantes, porque, apesar de todo o nosso esforço e trabalho, as empresas preferem investir na contratação dos maiores escritórios de advocacia do país, para negar direitos aos atingidos. Preferem contratar agências de publicidade para produzir peças publicitárias que contradizem dados colhidos em campo por nossos e outros peritos e especialistas, veiculando esses anúncios na mídia a preços astronômicos, em vez de construir soluções. Em 5 anos faltam resultados, falta reparação, falta boa vontade das empresas. Falta empatia e humanidade para com os atingidos. Para nós, que vimos estarecidos na TV a barragem se romper e o tsunami de lama deslizar destruindo tudo que estava à sua frente, o desastre durou apenas um dia. Para as pessoas que moram na bacia e foram atingidas, o desastre dura exatamente 1.825 dias. Sim... Todas as manhãs, por 1.825 dias, milhares de atingidos, em sua maioria pessoas simples, de origem rural, ou pescadores artesanais como os do litoral capixaba, acordam, olham ao redor e não reconhecem mais sua vida. Problemas como insegurança no consumo da água e dos peixes, a espera por indenizações, as ameaças de interrupção do recebimento de auxílios de subsistência, a falta de informação sobre os programas, a ocorrência de trincas e rachaduras em casas, a realocação de famílias em locais provisórios, o atraso nas obras de reassentamentos, a resistência da Renova ao reconhecimento de territórios e pessoas atingidas e a falta de suporte físico e emocional

Assim, diante da falta de reparação no Brasil, não se mostra justo, razoável ou proporcional que as ações na Inglaterra tenham sido eliminadas por um suposto abuso do direito de ação, mormente porque os interesses em causa em última análise são direitos humanos de cunho ambiental, que interessam, portanto, a toda a humanidade, cujos prejuízos vão muito além daqueles já noticiados.

## Referências

BRASIL. Ministério público Federal. **Caso Samarco**. Linha do tempo. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo> > . Acesso em 4 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário n. 30636**. Ementa: o direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública. Recorrente: Cia. Boa Vista De Seguros Recorrida: Cia. Naviera Del Sur. Relator: Min. Cândido Mota, 30 de maio de 1957. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur57399/false> > . Acesso em 08 de fev. de 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm) > . Acesso em 09 de fev. de 2021.

DINAMARCO, C. R., CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

MONACO, G. F. de C. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência das jurisdições nacionais e inteligência artificial: entre Forum Shopping e Lawfare. In: **Direito internacional e comparado**: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do professor catedrático Rui Manuel Moura Ramos [S.l: s.n.], v. 2; il. color. 2021.

FERRRI, F., HEISS, H., DROBNJAK, S. Forum (and Law) shopping. In **Encyclopedia of Private International Law**. Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. Downloaded from Elgar Online at 02/16/2018 03:20:17PM via New York University

CAMARGO, S. **Forum Shopping**: modo lícito de escolha de jurisdição? Tese (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015\\_193317/publico/forum\\_shopping.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015_193317/publico/forum_shopping.pdf)>. Acesso em 4 de fev. de 2021.

PoEMAS. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf> >. Acesso em 4 de

---

roubam a paz e o sossego dessas comunidades, antes tão presentes em seu modo de vida. E o que seria reparação para essas pessoas? Reparação, para elas, “é nós ter tudo de volta, nosso rio, nossa vida, nossa natureza, nossa saúde e nossa... alegria”. Não. Para elas, o desastre não foi só um dia. Ele é. Ele continua sendo”.



fev. de 2021.

TIBURCIO, C. As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 67-90, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/481>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

# A APLICABILIDADE DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**Eduardo Pereira Monteiro**

mestrando em direito na Faculdade de Direitos da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*.

## **Resumo:**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da Teoria da Margem de Apreciação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos como forma de harmonizar as disposições de Tratados Internacionais com as particularidades culturais inerentes aos diferentes Estados-membros. Para tanto, far-se-á uma breve contextualização histórica do instituto, passando, em especial, pela sua precursora adoção pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Após, analisar-se-á se e como se dá a sua utilização no contexto do sistema interamericano de Direitos Humanos, focando-se nas peculiaridades que esse sistema apresenta.

**Palavras-chave:** Aplicabilidade; Margem de apreciação; Direitos Humanos; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos

## **Introdução**

As relações humanas têm passado por um processo de internacionalização que promove, como consequência, o contato entre sistemas jurídicos distintos. Nesse sentido, os aspectos culturais, embora se mantenham – e assim deve ser –, não podem ignorar o contexto exterior. Assim, o direito interno se vê influenciado pelo direito internacional e vice-versa, tratando-se, efetivamente, de uma via de mão dupla. Essa dinâmica exprime relações circulares e complexas<sup>1</sup>.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção do ser humano, dos grupos vulneráveis, e dos povos possui relevância especial

1 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. “A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?”, *in Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015.

no cenário mundial. Desse modo, as Cortes Internacionais, nos âmbitos universais e regionais, foram incumbidas de tutelar os direitos assegurados ao indivíduo e a grupos em situação de vulnerabilidade através de acordos internacionais. Essas relações entre o direito interno de cada Estado e o direito internacional, tutelado pelas Cortes Internacionais, podem provocar conflitos entre o universalismo característico dos Direitos Humanos e as especificidades locais existentes nos Estados, em função da pluralidade de sujeitos e de poderes envolvidos<sup>2</sup>.

Nesse sentido, a Teoria da Margem de Apreciação tem como objetivo harmonizar as disposições presentes nos tratados internacionais de direitos humanos e as particularidades culturais e sociais de cada Estado-membro, garantindo que haja espaço para que estes atuem de modo discricionário no que diz respeito a questões essencialmente locais, impedindo que tenha lugar a aniquilação da diversidade cultural sob a intenção de proteção da universalidade dos direitos humanos<sup>3</sup>.

Dessa forma, este trabalho pretende analisar o instituto da margem de apreciação, compreendendo, em um primeiro momento, as suas origens e sua adoção pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Após essa primeira análise, onde também serão estudados alguns outros elementos do instituto, como os requisitos para a sua aplicação, adentrar-se-á na análise da utilização da margem de apreciação no contexto do sistema interamericano de Direitos Humanos, considerando a mudança de padrões dos casos que estão sob a jurisdição da Corte Interamericana e a nova tendência envolvendo casos acerca de assuntos controversos na comunidade regional e global.

Destarte, cumpre questionar e esclarecer no que consiste a Teoria da Margem de Apreciação, e se – e como – esse instituto tem sido utilizado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## Capítulo I – a teoria da margem de apreciação

### I.1 – Definição

A margem de apreciação, segundo Schäfer, Previdelli e Gomes<sup>4</sup>, pode ser compreendida: como o reconhecimento de uma reserva de atuação do Estado de acordo com suas peculiaridades em relação às normas internacionais (...) a prerrogativa ou privilégio conferido ao Estado — no âmbito da proteção ao indivíduo e aos grupos em situação de vulnerabilidade — na aplicação de disposições convencionais com conceitos indeterminados e na

2 CÁRCOVA, Carlos Maria. *As teorias jurídicas pós-positivas*. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 285.

3 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. “Soberania e margem nacional de apreciação”, in *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011.

4 SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, n. 2, 2018, p. 327

presença de lacunas (de direito e de previsão) nos tratados internacionais.

Assim, o instituto revela-se como um dos mecanismos de harmonização entre o tradicional entendimento de soberania estatal e as disposições inscritas nos tratados internacionais de direitos humanos<sup>5</sup>.

Nesse contexto, são três os elementos reconhecidos pela doutrina enquanto justificativas para a utilização da margem de apreciação, quais sejam: a natureza subsidiária da proteção internacional dos direitos humanos relativamente à proteção nacional; a relação direta dos Estados-membros com as suas “forças vivas”, em conformidade com os valores culturais de cada um e; a inexistência de parâmetros comuns no âmbito dos direitos humanos<sup>6</sup>.

Assim, o primeiro fator que justifica a aplicação da Teoria da Margem de Apreciação é a existência de duas esferas de proteção de direitos humanos, nomeadamente a interna e a internacional<sup>7</sup>. Quanto ao segundo aspecto<sup>8</sup>, a teoria objetiva instituir a harmonia essencial entre a universalização dos direitos humanos e as características culturais de cada povo. Esse equilíbrio se mostra necessário na medida em que, não obstante os diferentes povos partilharem valores comuns, eles procuram e precisam do reconhecimento de suas particularidades<sup>9</sup>.

Dessa forma, o TEDH admite o uso da margem de apreciação em função da posição ocupada pelos Estados, isto é, estes se encontram, em regra, em contato direto com as tradições e peculiaridades locais<sup>10</sup>. Portanto, estão em uma posição de privilégio que os possibilita fiscalizar a regularidade de dispositivos que impliquem limitações a direitos fundamentais, de modo a respeitar a multiculturalidade e fortalecer a coexistência das ordens jurídicas interna e externa.

Note-se, entretanto, que a necessidade de respeitar e atender às peculiaridades culturais locais e/ou regionais não pode ser utilizada como justificativa à perpetração de violações às obrigações internacionalmente firmadas. Ora, o Estado está vinculado aos tratados internacionais de que faz parte, e deve cumpri-los de boa-fé, não podendo se fazer valer de disposições que integram o seu ordenamento para fundamentar atuações que sejam contrárias

5 Ibidem.

6 SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional, *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

7 MENDONÇA, Fernanda Graebin; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano, *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016, p. 223.

8 Ibidem.

9 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional..., cit., p. 201.

10 Acerca do argumento intitulado “*Better Placed*”, note-se que: “the court often leaves a wide margin of appreciation to the states because they are in a better position to assess the necessity, suitability or overall reasonableness of a limitation of fundamental rights.” GERARDS, Janneke. “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *in European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, p. 80-120, January 2011, p. 110.

ao que está disposto nos documentos internacionais<sup>11</sup>. Somente na hipótese de descumprimento é que estariam os órgãos internacionais autorizados a buscar sua responsabilização<sup>12</sup>.

Ainda, a inexistência de parâmetros comuns ocorre em função da diversidade cultural que há entre os diversos Estados, bem como da possibilidade de conferirem-se diferentes interpretações às normas inscritas nos tratados internacionais, que podem ser consideradas legítimas exatamente em função do multiculturalismo e da indeterminação daquilo que está disposto nas convenções. Daí porque a função do intérprete precisa ser bastante apurada, de modo a impedir que a suscitação de peculiaridades locais — que devem ser resguardadas — seja utilizada como fundamento para a inobservância das obrigações assumidas internacionalmente, o que poderia ocasionar a imputação de responsabilidade ao Estado no âmbito internacional<sup>13</sup>.

Assim, a ausência de modelos é retratada na amplitude da margem de apreciação outorgada aos Estados, conforme o tópico a ser discutido, ou a carência de unanimidade acerca de certa temática com alguma sensibilidade política. Note-se que o TEDH atribui maior discricionariedade aos Estados que estão sujeitos à sua jurisdição para disporem acerca de questões migratórias. Por outro lado, restringe a atuação nacional no que diz respeito a expulsão e deportação ou criminalização de homossexuais<sup>14</sup>. Ainda, as demandas onde há relação direta entre o contexto jurídico e a religião e/ou cultura são terrenos férteis à margem de apreciação<sup>15</sup>.

No que diz respeito ao modo de aplicação do instituto em apreço, no momento da denúncia de determinada violação, as Cortes Internacionais deverão verificar a existência ou não de restrições às prerrogativas internacionalmente asseguradas às pessoas e grupos vulneráveis. Sendo a resposta positiva, examina-se a proporcionalidade da conduta do Estado.

## I.2 – Tipos de margem de apreciação e critérios para a sua aplicação

De acordo com Contreras, são dois os tipos de margem de apreciação, quais sejam: uma que tem como objetivo derrogar direitos em situações de emergências, de acordo com o artigo 15 da CEDH; e outra que procura res-

11 Cfr. art. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

12 DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights, in *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

13 SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional..., cit., p. 331.

14 SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional..., cit.

15 NASPOLINI, Samyra Haydée Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016.

tringir e implementar os direitos convencionais de forma ordinária<sup>16</sup>.

Além disso, segundo George Letsas existem duas dimensões da margem de apreciação, sendo uma substantiva e outra estrutural<sup>17</sup>. A primeira estaria relacionada com as restrições e derrogações de direitos em si, isto é, restrições de direitos individuais com vistas a amparar a interesses da coletividade. Por sua vez, a segunda estaria relacionada à subsidiariedade dos tribunais internacionais em relação aos Estados, compreendendo os limites e intensidades de análise e interferência dos tribunais internacionais<sup>18</sup>.

Note-se que o efeito prático que se reconhece em ambos os tipos de margem de apreciação são “restringir direitos previsto na Convenção e a diferenciação é feita apenas pela justificativa da restrição, uma restrição sendo ordinária e outro apenas em casos de emergência, especificamente, aquela prevista no art. 15 da CEDH.”<sup>19</sup>

Quanto aos critérios para que a Teoria da Margem de Apreciação seja aplicada a um caso concreto, importa destacar a sua importância enquanto balizadores da referida aplicação. Nesse sentido, é requisito fundamental ao uso da margem de apreciação a sua previsão na CEDH. Isto é, deve haver uma norma de deferência estabelecida na Convenção que irá estabelecer uma margem de atuação ao Estado, seja para derrogação de determinados direitos, como para restrições e intervenções<sup>20</sup>.

Do caso *Handyside vs Reino Unido* é possível extrair três requisitos para a aplicação da referida teoria, quais sejam: a) necessidade de previsão legal, devendo estar previstas na legislação do Estado, de modo claro e público; b)

---

16 CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, International Law Commons, vol. 11, edição 1, outono de 2012.

17 LÉTSAS, George *apud* KRATOCHVÍL, Jan. The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, n° 3, 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf>>. Acesso em: 17 de mar. 2021, p. 328.

18 “These two dimensions appear as well, albeit perhaps in a slightly altered form, in the work of other scholars. In a recent contribution, Arnardóttir underscores a similar dyad. The author distinguishes a ‘systemic’ component concerning the relation between the Strasbourg Court and the domestic authorities and a ‘normative dimension’ relating to the conventionally protected rights per se. In the latter case, the focus is on the strength and the boundaries of rights and the way the Court deals with these questions. (...) Obviously, both dimensions can and will overlap. It will not always be possible to ascribe a case in which the Court applies the margin of appreciation to either dimension. Often both dimensions are intertwined.” LEMMENS, Koen. “The Margin of Appreciation in the ECtHR’s Case Law - A European Version of the Levels of Scrutiny Doctrine?”, in *European Journal of Law Reform*, 2018.

19 SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. *A Aplicabilidade da Doutrina da Margem de Apreciação no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Disponível em: <<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bc3485c0d01cc6>>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021, cit., p. 7 e 8.

20 Destaque-se que a Teoria da Margem de Apreciação não se aplica, ou seja, não pode ser utilizada para restringir o direito à vida e à legalidade; a proibição de tortura e outros tratamentos e penas degradantes; bem como a escravidão e a discriminação.

objetivo legítimo, isto é, objetivo que esteja previsto na Convenção e; c) necessidade em uma sociedade democrática, ou seja, “a Corte deve também estar satisfeita com a restrição e considerar necessária, dadas as circunstâncias”, revelando, ainda, a necessidade de proporcionalidade<sup>21</sup>.

Importa destacar a importância dada pelo Conselho da Europa à noção de proporcionalidade no âmbito da margem de apreciação. É da lição do referido órgão que “*the doctrine of proportionality is at the heart of the Court’s investigation into the reasonableness of the restriction. Although the Court offers a margin of appreciation to the Member State and its institutions, the Court’s main role is to ensure that the rights laid down in the Convention are not interfered with unnecessarily*”<sup>22</sup>.

Ainda, destaca-se o entendimento do TEDH de que o uso da margem de apreciação possui ligação direta com a forma que determinado assunto em causa é tratado pela comunidade europeia. Assim, será sempre menor a margem do Estado para restringir um direito que é alvo de grande consenso europeu, já que esse consenso revela a realidade da comunidade, bem como uma interpretação evolutiva da CEDH<sup>23</sup>.

## Capítulo II – A aplicabilidade da teoria da margem de apreciação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Assim como acontece no âmbito do sistema europeu, a margem de apreciação possui muitas vantagens que podem ser aproveitadas pela Corte Interamericana. Para tanto, é preciso não perder de vista os requisitos para sua utilização, conforme já mencionado.

Nota-se que as cláusulas da CADH que outorgam discricionariedade aos Estados são menos abertas que na CEDH. Isso acontece em função do contexto cultural onde cada uma das convenções se insere. No sistema interamericano, a multiculturalidade se faz presente, porém, em função da colonização dos Estados ter sido, em sua maioria, realizada pela Espanha, há uma maior convergência acerca das matérias. Por esta razão, não há necessidade de uma maior flexibilização, como existe na CEDH<sup>24</sup>.

Não obstante não existirem, de modo expreso, as cláusulas “necessidade em uma sociedade democrática” e “objetivo legítimo”, assim como outras cláusulas referentes ao consenso regional e ao princípio da proporcionalidade, estes já mencionados critérios são, verdadeiramente, componentes do sistema

21 CONSIL OF EUROPE. *The Margin Of Appreciation*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp#P250\\_32680](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680)>. Acesso em: 12 de fev. 2021.

22 Ibidem.

23 Importa mencionar que os critérios para as derrogações de direitos estabelecidos na CEDH são iguais aos relativos à utilização da margem de apreciação restritiva, não obstante as diferentes nomenclaturas do art. 15º da CEDH. No entanto, o referido artigo dispõe acerca da necessidade de um requisito específico, qual seja: que tais restrições “não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional”.

24 SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. *A Aplicabilidade...*, cit., p. 23.

internacional de proteção dos direitos humanos, e podem, sem maiores problemas, ser importados pela Corte Interamericana.

Restou constatado, portanto, que é possível a aplicação da Teoria da Margem de Apreciação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cabe, então, analisar se essa utilização é viável.

Conforme já mencionado, o grau de divergência existente no sistema interamericano é menor que aquele existente no sistema europeu. Nesse sentido, o padrão

de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos é diferente, de igual modo, o contexto histórico-cultural é essencialmente diferente. Em função do período ditatorial na América Latina, nota-se a existência de casos relacionados a desaparecimentos forçado, à tortura, entre outros<sup>25</sup>. Não obstante, é possível notar que, com o passar dos anos, houve uma mudança nesse padrão, dando lugar a casos de direitos dos homossexuais, direitos no âmbito de comunidades tradicionais, etc. Vale destacar, ainda, que a Corte Interamericana já interpretou de modo evolutivo a CADH em diversos casos, como em *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, que versa sobre a fecundação in vitro<sup>26</sup>.

Quanto à viabilidade da aplicação da margem pela Corte Interamericana, nota-se que essa importação é viável, desde que sejam feitas adaptações às particularidades regionais. Portanto, a referida importação deve ser feita com muita cautela, em especial no que diz respeito à utilização do consenso americano sobre determinado assunto<sup>27</sup>.

O disposto no Parecer Consultivo n.º 04, de 19 de janeiro de 1984, foi a primeira oportunidade em que a referida Corte se manifestou acerca da margem de apreciação, posicionando-se pelo seu acolhimento<sup>28</sup>.

Na situação, o governo Costa Riquenho apresentou à Corte a reforma das normas constantes dos artigos 14 e 15 da Constituição Nacional, no que diz respeito às regras de nacionalização. A Corte Interamericana foi instada a se manifestar quanto à compatibilidade das referidas alterações constitucionais com os artigos 17, 20 e 24 da CADH, relativos, respectivamente, a proteção da família, direitos da nacionalidade e igualdade. Em resposta, a Corte entendeu que se tratava de duas situações jurídicas distintas, quais sejam: uma relacionada ao direito à nacionalidade e outra vinculada à proibição da discriminação.

Quanto ao primeiro aspecto, a Corte considerou que cabe a cada Estado, considerando a sua discricionariedade, estabelecer critérios para a natu-

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2ª ed. r., ampliada e atual. São Paulo, Saraiva, 2011.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf) >. Acesso em: 16 de Mar. 2021.

27 SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. *A Aplicabilidade...*, cit.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984*. p. 16. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_04_esp.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2021.



realização de estrangeiros, devendo, para tanto, serem obedecidos determinados parâmetros internacionais. Ainda, a referida Corte entendeu que alguns dos elementos suscitados no âmbito da consulta não deveriam ser levados em conta na análise, na medida em que dizem respeito a situações que deverão ser solucionadas exclusivamente em contexto interno<sup>29</sup>

Além disso, afastou-se a ideia de que a implementação de regras mais rigorosas no tocante à aquisição de nacionalidade provocaria discriminação dos estrangeiros, baseado na ideia de que o Estado dispõe de alguma discricionariedade para estabelecer quem são seus cidadãos.

Em 2017, na análise do Parecer Consultivo n.º 24, de 24 de novembro, cujo objeto era “obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”<sup>30</sup>, a Corte novamente reconheceu a uma margem de apreciação com base na sua própria jurisprudência.

Nesse sentido, a referida Corte se manifestou, fixando os limites da sua atuação na seara consultiva<sup>31</sup>, bem como apresentando o conceito de controle de convencionalidade, ressaltando a sua limitação no tocante à margem de apreciação do Estado ao afirmar que:

“Considerando o transcrito acima, o tema relacionado ao controle de convencionalidade certamente está inserido, então, na relação entre o Direito Interno ou Nacional e o Direito Internacional. Isto considerando, por um lado, que este último não regulamenta todas as matérias, inclusive, quanto a algumas, quando o faz, não é em sua totalidade. Por outro lado, ainda subsiste como um elemento central da estrutura jurídica internacional, embora não na mesma intensidade e amplitude de antigamente, a instituição denominada domínio reservado ou jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado<sup>100</sup> ou, como é conhecido em outras latitudes, margem de apreciação. 101 Esta realidade implica que uma questão deixa de ser desta jurisdição na medida em que é regida pelo Direito Internacional e é precisamente por esta razão que a relação referida tem uma resposta distinta, segundo se o assunto é resolvido internamente ou no âmbito internacional, em particular, no atinente a seus efeitos.”<sup>32</sup>

29 Ibidem.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. p. 1. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf) >. Acesso em: 19 mar 2021.

31 “6. A jurisdição interna, doméstica ou exclusiva do Estado implica, por uma parte, que o Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não abarca todas as atividades dos sujeitos de direito internacional e, particularmente, dos Estados, 14 e, por outra parte, nas que não regula, ou os aspectos que não incluem ações ou omissões do Estado, o respectivo Estado goza de competência e autonomia para fazê-lo. 15 Segue-se que, no referido exercício, a Corte deve considerar esta instituição jurídica como ainda real na estrutura jurídica internacional, embora não com a mesma amplitude e intensidade que no passado.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*, p. 3.

32 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. p. 22.

Portanto, é possível notar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou a Teoria da Margem de Apreciação no Parecer Consultivo n.º 04/84, de modo a conferir ao Estado alguma margem de discricionariedade no que tange à limitação de direitos fundamentais, sob a condição, como é óbvio, de não implicarem em violação ao parâmetro mínimo de proteção estabelecido nos dispositivos internacionais. No Parecer Consultivo n.º 24/17, a referida Corte, de modo ainda mais claro, delineou a fundamentação em documentos internacionais para reconhecer a margem de apreciação, correlacionando, ainda, com o controle de convencionalidade na relação entre os ordenamentos internos e internacional<sup>33</sup>.

A função jurisdicional da Corte Interamericana está para além da solução de consultas submetidas pelos Estados. Nesse sentido, é possível visualizar um papel dos julgamentos no âmbito da resolução desse tipo de casos é cada vez mais maior.

Nesse sentido, na seara da jurisdição contenciosa, cabe mencionar, de forma exemplificativa, dois casos onde a corte fez referência expressa à teoria da margem de apreciação.

O primeiro deles é o caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, onde a Corte Interamericana se debruçou acerca da alegação de violação dos artigos. 8º e 13º da CADH, respectivamente referentes à garantia judicial e ao direito à liberdade de pensamento e de expressão. Isso porque, houve condenação de Mauricio Herrera Ulloa, em grau único, ao pagamento de indenização, e, conseqüentemente, a inserção de seu nome no registro judicial de delinquentes, na medida em que publicações feitas por ele, enquanto jornalista, teriam ofendido a honra de Félix Prezedborski, diplomata.

O julgamento desse caso foi a primeira vez que a Corte Interamericana mencionou expressamente, no contexto de um caso contencioso, a teoria da margem de apreciação, observando o cabimento do instituto no âmbito de recursos processuais, mesmo que a margem deva ser limitada, não podendo abolir o direito ao duplo grau de jurisdição<sup>34</sup>.

Nesse sentido, a referida Corte reconheceu a existência de violação do artigo 8.2.h da CADH<sup>35</sup>, fundamentada na ideia de que as restrições impostas aos recursos disponíveis à vítima impossibilitaram que houvesse uma apreciação total das questões levantadas por parte dos tribunais locais, violando, portanto, as prerrogativas atribuídas internacionalmente.

O segundo caso, nomeadamente, o Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, do ano de 2009, merece ser mencionado em função da decisão precursora no contexto da margem de apreciação. Na situação, o senhor Oscar Enrique Barreto Leiva, que seria testemunha em processo criminal em que figuravam

33 SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional..., cit., p. 331-332.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) >. Acesso em: 21 mar. 2021.

35 Cfr. artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

como réus o Presidente da República, um Deputado e um Senador, foi mantido preso sem ser esclarecido acerca das razões que motivavam a sua prisão. Não teve, portanto, oportunidade de defesa por advogado, necessária em função da espécie de processo. O senhor Oscar Leiva foi condenado à prisão, não tendo sido possível recorrer da sentença que o condenou<sup>36</sup>.

Nesse sentido, indicou-se expressamente na sentença que não obstante os Estados disponham de uma margem de apreciação para regular o exercício do referido recurso, não podem determinar requisitos ou restrições que violem a própria essência do direito ao recurso. Ainda, reconheceu-se a irregularidade da conduta do Estado ao não permitir que a vítima tivesse acesso a recurso contra a sentença penal, violando, conseqüentemente, o previsto no artigo 8.2.h da CADH.

Nota-se, portanto, que, em que pese haver aceitação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos à teoria da margem de apreciação, a sua aplicação tem sido feita mediante critérios rígidos no momento da análise de casos contenciosos. Nessa perspectiva, em ambas as situações aqui analisadas a título exemplificativo, não obstante reconhecer e mencionar que há certa discricionariedade conferida ao Estado, a Corte Interamericana entendeu ter existido violação aos parâmetros mínimos de proteção garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos às vítimas.

## Conclusão

Em determinadas situações, o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos precisa enfrentar o dilema oriundo da aplicação de tratados internacionais em conflito com posições adotadas pelos Estados-membros, seja pelo nível de abstração dessas normas internacionais, seja em função das peculiaridades culturais existentes nos Estados.

É nesse contexto que a Teoria da Margem de Apreciação surge como forma de compatibilizar ambos os sistemas de proteção. No que diz respeito à sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível concluir que o referido instituto é viável de ser aplicado no âmbito do sistema interamericano, devendo ter atenção às particularidades dos casos em concreto, que são distintas das situações encontradas no âmbito do sistema europeu.

A Corte Interamericana reconhece, conforme demonstrado através de alguma jurisprudência, a regular margem de discricionariedade dos Estados em determinadas matérias na sua regulamentação interna. Nesse contexto, é até possível que essa discricionariedade resulte em alguma restrição a Direitos Humanos, no entanto, tal restrição deverá ser proporcional e compatível com um benefício maior, sem que descumpra padrões mínimos internacionais.

Contudo, é imprescindível uma investigação pormenorizada acerca do

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

instituto da margem de apreciação para que seja possível construir parâmetros seguros e gerais para o uso da teoria apresentada. Isso porque, deve-se evitar a todo custo que a aplicação desse instituto, ao invés de ser um meio de integração de direitos humanos universais e do multiculturalismo, se apresente como um elemento que proporcionará a fragilização dos sistemas de proteção de Direitos Humanos.

Assim, um importante aspecto a se ter atenção na aplicação da Teoria da Margem de Apreciação é, nomeadamente, o seu caráter excepcional. O uso dessa teoria deve ser encarado como uma exceção, apenas para as situações em que se mostre necessário no caso concreto, não devendo se tornar regra, sob pena de comprometer a universalidade dos Direitos Humanos.

Por fim, a necessidade de conjugação entre a proteção dos Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sem perder de vista as peculiaridades culturais é fundamento válido para a utilização da margem de apreciação. Quando bem utilizado, isto é, observadas as particularidades do caso concreto, as limitações e os requisitos, trata-se de um instrumento poderoso para garantir a proteção dos Direitos Humanos.

## Referências

CÁRCOVA, Carlos Maria. **As teorias jurídicas pós-positivas**. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

CONCIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. **The Margin of Appreciation**. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp#P250\\_32680](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680)>. Acesso em: 12 de fev. 2021.

CONTRERAS, Pablo. **National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights**, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, International Law Commons, vol. 11, edição 1, outono de 2012. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr>>. Acesso em: 17 de mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Acesso em: 16 de Mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b-18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984**. p. 16. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2014**. p. 1. Disponível em: <<https://www>>

corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\_24\_por.pdf >. Acesso em: 19 mar 2021.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Soberania e margem nacional de apreciação**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. p. 404. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058/3328>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

DULITZKY, Ariel E. **An inter-american constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights**, in *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>.

GERARDS, Janneke. **“Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”**, in *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, p. 80-120, 2011.

LETSAS, George *apud* KRATOCHVÍL, Jan. **The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights**, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, nº 3, 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf>>. Acesso em: 17 de mar. 2021.

MELO JUNIOR, José Ricardo Custódio de. **O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação**, in *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 7, n. 39, p. 7-21, pt. 2, out./dez. 2015.

MENDONÇA, Fernanda Graebin; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia**, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª Ed. r., ampliada e atual. São Paulo, Saraiva, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. **A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?**, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 18 fev. 2021

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Ra-

faela da Cruz. **Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem**, in *Revista Culturas Jurídicas*, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015.

SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. **A Aplicabilidade da Doutrina da Margem de Apreciação no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bc-3485c0d01cc6>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos**, in *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law*, vol. 15, n. 2, 2018.

SEFERJAN, Tatiana Robles. **Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

# A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS REPARATÓRIAS JUDICIAIS NO BRASIL COMO EXIGÊNCIA DO TERCEIRO PRINCÍPIO DE CHICAGO: UM ESTUDO DE CASO

Fabício de Farias Carvalho

Universidade Estácio de Sá/RJ – UNESA – Brasil

## Resumo:

A justiça de transição, entendida como um conjunto de medidas adotadas para a reconciliação e pacificação nacional depois de períodos de graves violações aos direitos humanos em virtude de regimes autoritários, por exemplo, tem nos “Princípios de Chicago” um conjunto normativo norteador das atividades dos Estados nesse contexto. Os princípios intentam a punição dos responsáveis e reparação das vítimas e respectivos familiares. A presente pesquisa objetivou analisar a performance do Brasil na observância do terceiro princípio de Chicago em relação às medidas adotadas internamente no período pós-ditadura militar. Buscou-se investigar se o Estado brasileiro estaria violando o referido princípio em razão de suposta letargia do Judiciário em julgar demandas relacionadas às reparações de violações perpetradas pelo regime militar e quais as razões de tal comportamento. Para tanto, utilizou-se a metodologia de análise de caso, procedendo-se ao levantamento e observação qualitativa de dois casos paradigmáticos no Brasil, nos quais familiares de vítimas do regime militar buscaram o Poder Judiciário em busca de reparação pelas violações sofridas: “Caso Vladimir Herzog” e “Caso Coronel Brilhante Ustra”.

**Palavras-chave:** Justiça de transição; Princípios de Chicago; Ditadura; Reparação; Brasil.

O termo *justiça de transição* pode ser utilizado para identificar um conjunto de respostas concretas à violência deixada por regimes autoritários ou conflitos civis, que vem sendo empreendidas por via dos planos internacional, nacional ou regional. “Tem como objetivo restabelecer o Estado de Direito, reconhecer a violação aos direitos humanos - suas vítimas e autores - e a ideia de democracia, necessidade de justiça, verdade, reparação da memória e reformas das instituições” (ABRÃO; GENRO, 2012, p. 33). Ainda, destaca-se

como a concepção da justiça associada a períodos de transformação política, caracterizada por respostas legais para enfrentar problemas de regimes ditatoriais (TEITEL, s/d).

Japiassu (2013) define a justiça de transição como a realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos.

No entanto, essa busca da sociedade pela responsabilização e consequente reconstrução da democracia, após um período de violência aos Direitos Humanos, sendo que

O impacto das graves violações aos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos nossos países foi primeiro o de racionalizar e o de elaborar a dor. A dor foi convertida em uma consciência que mobilizou e mobiliza a vontade das nossas sociedades em superar as causas dessas dores vividas, sentidas até o presente, por meio de uma fortaleza de instituições democráticas e pela vigência dos direitos humanos que hoje se assumem como condições indispensáveis para as possibilidades de um modelo social de desenvolvimento humanista e sustentável (PIRES JUNIOR, 2016, p. 7).

Assim, percebe-se que a denominada justiça pós-conflito por Bassiouni (2007) tem como premissa a compreensão de que a estabilidade interna, a segurança e a governabilidade democrática, são fortalecidas - após as atrocidades - por meio de um compromisso com a justiça.

Um instrumental de amplo reconhecimento e aceitação no direito internacional na busca pela promoção e concretização da justiça transicional são os *Princípios de Chicago*. Idealizados por M. Cherif Bassiouni para funcionarem como mecanismos penais e não penais voltados à viabilização da “reestruturação do Estado e o estabelecimento de um Estado de Direito” (JAPIASSÚ, 2013, p. 22-433) após um período de graves violações aos direitos humanos, eles surgem como vetores básicos para a atuação do Estado que vivencia um período *pós-conflito*, destacando-se para os fins do presente trabalho, o terceiro princípio, que assim dispõe: “Os Estados reconhecerão o status especial das vítimas, assegurarão o acesso à justiça e desenvolverão soluções e reparações”.

Dessa forma, a justiça de transição ou justiça pós-conflito, entendida como “todo o aparato de resposta à violação aos direitos humanos ocorridas em determinado território, que se desenvolve por meio da reparação das vítimas, promoção da paz, reconciliação e democratização” (JAPIASSÚ, 2013, p. 24), funda suas bases “on an understanding that domestic stability, security, and democratic governance in the aftermath of atrocity are strengthened by a commitment to justice and accountability” (BASSIOUNI, 2007, p. 2).

Logo, a busca por justiça não se consolida apenas com a responsabilização penal dos autores das atrocidades, mas igualmente pela reparação, na seara cível, das vítimas em sentido amplo, compreendidos também seus familiares. Reparações essas que podem assumir as mais variadas formas, como



indenizações, garantias de não repetição das violações, reabilitação das vítimas (assistência médica, psicológica, legal, educação e treinamento para algum tipo de serviço) e outras.

Na mesma esteira, segundo Bassiouni (2007, p. 45), é preciso também garantir às vítimas o acesso à justiça e, por óbvio, um processo judicial realmente efetivo em busca de tais reparações e, em última análise, da própria verdade. Nas suas palavras,

Victims have the right to equal and effective access to justice, factual information concerning violations and adequate, effective and prompt reparations.

[...]

States shall ensure that victims are aware of their rights and, to the degree possible, have equal access to effective, fair, and impartial judicial and administrative remedies.

Entretanto, algumas questões surgem: é possível ajuizar ação cível diretamente contra os infratores ou apenas em face do Estado? Há prazo prescricional para a promoção de tais medidas judiciais na seara cível? Valores recebidos administrativamente a título de reparação financeira obstam o acesso à justiça? Quais obstáculos para um efetivo acesso à justiça ainda podem ser identificados e devem ser mitigados? Tais pontos serão abordados em seguida, sob a ótica da jurisdição interna brasileira, analisando-se o que foi e está sendo feito pelo Judiciário no sentido da concretização do princípio aqui tratado, fazendo-se menção a casos ocorridos no Brasil em períodos de graves violações aos direitos humanos.

Inicialmente, antes de abordar cada ponto levantado acima, cumpre esclarecer que, conforme lição de Swensson Junior (2007), compartilhada por Ismael Moraes, a anistia promovida no Brasil por meio da Lei 6.683/79 opera efeitos apenas na esfera penal, e não civil, de forma que a lei “não impede a investigação dos fatos ocorridos durante o período da ditadura civil-militar. Os agentes do Estado que praticaram tortura podem [e devem] ser identificados e revelados” (MORAES, 2013, s/p), concluindo pela “não anistia civil” dos atos de agentes estatais praticados no regime de exceção, entendimento este que, para o citado autor, restou sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153 (BRASIL, 2010).

Assim, abre-se a possibilidade de ajuizamento de ações no âmbito cível para buscar a verdade (ações declaratórias) e, eventualmente, reparações às vítimas (ações condenatórias). Em relação às ações meramente declaratórias, estas podem ser movidas em face dos agentes estatais envolvidos ou do próprio Estado, uma vez que se busca apenas a declaração da existência ou não de uma relação jurídica entre as partes.

Entretanto, não basta “abrir as portas do Judiciário” para tais demandas, é preciso igualmente assegurar às vítimas um processo efetivo, justo e que se desenvolva com a brevidade que o caso requer.

Nesse sentido, em abril de 1976, a viúva e filhos do jornalista Vladimir Herzog, torturado e morto durante o regime militar, ajuizaram ação judicial a fim de que se declarasse a responsabilidade da União Federal pela sua prisão arbitrária, pelas torturas às quais foi submetido e por sua morte. O processo foi julgado procedente na primeira instância em 1978, mas em razão de inúmeros recursos manejados pela parte ré, somente transitou em julgado em maio de 1994.

Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a demora de 17 anos para concluir o processo judicial demonstra a ineficiência do aparato estatal para implementar a justa reparação das vítimas. Segundo o relatório da CIDH,

[...] não basta que existam os recursos internos formais para que se possa considerar que o Estado cumpriu a obrigação de garantir o pleno exercício dos direitos previstos na Convenção; mas que, além disso, esses recursos devem ser efetivos. A Comissão também destaca, como já o fez a Corte, que esses recursos devem assegurar uma decisão em um prazo razoável. Do mesmo modo, cabe ao Estado expor e provar os motivos que justificam a demora em ditar uma sentença definitiva em um caso específico.

Tendo o relatório do caso, apresentado pela CIDH (2015, p. 47), concluído que

[...] o processo da ação declaratória civil não transcorreu em um prazo razoável, nem constituiu um recurso eficaz para garantir os direitos da vítima e de seus familiares. Dessa forma, o Estado cometeu uma violação do Artigo XVIII da Declaração Americana, e dos Artigos 8.1 e 25 da Convenção, em relação ao Artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Clarice, André e Ivo Herzog.

Outro processo paradigmático e mais recente foi a ação declaratória ajuizada pela família Teles em face do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que comandou o DOI – Codi (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) de 1970 a 1974, órgão utilizado para reprimir opositores do regime de exceção.

A ação, também sem qualquer cunho patrimonial, buscou a declaração judicial de que os autores foram vítimas de tortura praticada pelo Coronel Ustra, reconhecendo, assim, o ilícito perpetrado por este. O processo, iniciado em 2005, foi julgado procedente, com trânsito em julgado somente em dezembro/2015 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015). Assim, a demora na prestação jurisdicional tem se revelado manifesto entrave a uma apropriada restauração das vítimas, seja em relação ao conhecimento dos fatos, seja quanto às reparações, inclusive com condenação do Brasil no âmbito internacional neste ponto.

A necessidade de reconhecimento de um *status* especial às vítimas das

atrocidades em regimes de exceção, que vivenciaram episódios de completa restrição de direitos humanos e privação de dignidade em todas as suas dimensões, seria razão suficiente para garantir-lhes tratamento especial nas ações judiciais, com tramitação prioritária, assim como se verifica para pessoas idosas, ações reguladas no Estatuto da Criança e do Adolescente ou portadoras de doenças graves<sup>1</sup>.

Raciocínio idêntico também poderia ser aplicado às despesas processuais – comumente apontadas como obstáculo ao efetivo acesso à justiça<sup>2</sup> – prevendo-se, por exemplo, uma hipótese de concessão da justiça gratuita para as ações declaratórias e condenatórias relativas aos períodos de exceção instituídos no Brasil.

Quanto às ações condenatórias e sua legitimidade passiva – se pessoalmente o agente autor das violações ou o Estado – o STF já firmou entendimento<sup>3</sup> no sentido de que, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, tais ações não podem ser intentadas diretamente contra o agente público – que somente poderia responder regressivamente perante o Estado – mas apenas em face de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que prestem serviço público.

Acerca do prazo prescricional para o ajuizamento de tais ações, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que os pleitos, sejam meramente declaratórios ou sejam ressarcitórios, materiais ou morais, em virtude de atos praticados durante o regime militar são imprescritíveis, “tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelas vítimas para deduzir suas pretensões em juízo”, conforme destacou o Ministro Gurgel de Farias ao proferir seu voto no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1569337/SP (BRASIL, 2015) (BRASIL, 2015a). Ademais, o STJ também reconheceu a possibilidade de cumulação das verbas reparatórias instituídas pela Lei 10.559/2002 com indenização por danos morais, “porquanto elas constituem verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas”<sup>4</sup>.

1 O Código de Processo Civil traz a seguinte disposição: “Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988; II - regulados pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990” (BRASIL, 1988).

2 Sobre a garantia de acesso à justiça e seus obstáculos, ver, com proveito em Capelletti e Garth (1988).

3 Tal entendimento pode ser verificado no julgamento dos seguintes processos: Agravo em Recurso Extraordinário nº 991086/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, J. 08.03.2018; Recurso Extraordinário nº 327904/SP, Relator Ministro Ayres Britto, J. 15.08.2006; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 470996/RÓ, Relator Ministro Eros Grau, J. 18.08.2009; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 552366/MG, Relator Ministra Ellen Gracie, J. 06.10.2009.

4 Trecho extraído do voto do Relator Ministro Gurgel de Farias no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1569337/SP. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502999441&dt\\_publicacao=15/06/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502999441&dt_publicacao=15/06/2018). Acesso em: 26 out. 2018. No mesmo sentido da acumulabilidade da reparação econômica com danos morais: REsp 1.485.260/PR, AgRg no REsp 1.467.148/SP, AgRg no

Buscando a reparação do erário público em virtude das várias indenizações arcadas pela União por atos de seus agentes – além de outros pedidos que refogem ao tema central do presente trabalho – o Ministério Público Federal ajuizou, em 2008, ação civil pública contra o Coronel Brilhante Ustra e o militar Audir Santos Maciel, também ligado ao DOI - Codi. Porém, o pedido foi julgado improcedente no primeiro grau, estando atualmente em grau de recurso perante o Tribunal Regional da 3ª. Região. Em acórdão (BRASIL, 2015b) proferido no julgamento de recurso de apelação e remessa oficial, a sentença foi parcialmente reformada, entendendo o tribunal pela obrigação de restituição aos cofres públicos das importâncias desembolsadas pela União a título de indenizações às vítimas do Coronel Brilhante Ustra não acobertadas pela prescrição, ou seja, aquelas pagas em 2005 e 2006, considerando que a ação fora ajuizada em 2008.

De outro norte, diferente obstáculo que tem se verificado para um efetivo acesso à justiça das vítimas em busca da verdade e reparações é a dificuldade de obtenção de provas dos eventos perpetrados nas épocas de terror. Segundo clássica regra do direito processual civil, o ônus da prova cabe a quem alega, ou seja, “a parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base de sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento” (DIDIER JUNIOR; BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 111). Logo, considerando que toda a prova documental (nomes, registros, documentos pessoais etc.) das atrocidades ficavam sob a guarda do Estado, revela-se impossível, para as vítimas e/ou familiares, o acesso a tais informações, restando apenas depoimentos e eventuais testemunhas, o que poderia, de certo, inviabilizar um devido acesso à justiça.

Nesse ponto, as comissões da verdade têm se apresentado como importante alternativa para a obtenção de provas acerca das ações praticadas nos regimes de exceção. Apesar de não possuírem poder sancionador aos agentes violadores identificados ao Estado, as informações colhidas no âmbito dessas comissões podem servir como meio de prova para subsidiar as ações judiciais. Esse é o entendimento de Marcelo D. Torelly ao salientar “que não necessariamente significa que as informações por elas produzidas não possam ser posteriormente apresentadas ante ao judiciário” (CASTRO, 2016, p. 65), e que, apesar de “não se tratar de uma ‘verdade judicial’, ela não deixa de ser uma ‘verdade ajuizável’”.

Outra medida que certamente poderia mitigar esse “déficit probatório” encontrado pelas vítimas seria a distribuição dinâmica do ônus da prova, procedendo-se ao que a doutrina e jurisprudência convencionaram chamar de *inversão do ônus da prova*<sup>5</sup>, que, invertendo a lógica do ônus legal (“aquele que alega tem o ônus da prova”), caberia ao réu apresentar provas hábeis a refutar as alegações autorais.

REsp 1.563.216/PR.

5 Para aprofundamento sobre o tema, ver: Octaviani e Medeiros (2016, p. 121-152).

É instituto processual que tem sua gênese na facilitação da defesa em juízo de certos grupos “vulneráveis”, a exemplo do *consumidor* e do *trabalhador*, mas que pode ser aplicado em qualquer situação sempre que as peculiaridades do caso concreto revelarem a incompatibilidade da regra geral, ou seja, quando ficar claro que para uma parte a produção de tal prova revela-se impossível ou muito onerosa e que a outra parte possui melhores condições de suportar o *onus probandi* (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015 p. 123).

Dessa forma, verifica-se que a responsabilização dos atores envolvidos nas graves violações aos direitos humanos em períodos de exceção pode ocorrer tanto na esfera penal, quanto na civil, sobressaindo, nesta última, o papel do Poder Judiciário para a concretização de uma Justiça de Transição eficaz no papel de promover a justiça, a reparação e a reconciliação nacional, por meio da busca da verdade em ações declaratórias e reparações nas ações condenatórias.

Ademais, considerando que a lei de anistia obstaculiza qualquer responsabilização penal dos agentes transgressores em âmbito interno<sup>6</sup>, a justiça civil tem se revelado importante instrumento de obtenção da verdade e reparação das vítimas dos regimes violadores dos direitos humanos.

Assim, no Brasil, mais especificamente em relação à efetivação do terceiro princípio de Chicago, verifica-se avanços quanto ao reconhecimento das ações declaratórias, o que, de certa forma, traz às vítimas um sentimento de paz na medida em que, ante a impossibilidade de condenação penal, há o reconhecimento judicial da responsabilização dos envolvidos, fatos são elucidados com a chancela do Judiciário e reconhecem-se os direitos das vítimas de serem justamente ressarcidas, apesar de ainda se verificar obstáculos a serem superados, como a morosidade na prestação jurisdicional, o alto custo das ações judiciais e a dificuldade de obtenção de provas, o que pode ser contornado com um Estado efetivamente comprometido com a citada transição.

## Referências

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**. Estudos sobre justiça de transição e Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BASSIOUNI, M. Cherif; ROTHERNBERG, Daniel. **Facing Atrocity**: the importance of guiding principles on post-conflict justice. United States of America: The international Human Rights Law Institute, 2007.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Chicago principles on post-conflict justice. **International Human Rights Law Institute**, p. 2, 2007.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1.048. Brasília, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

<sup>6</sup> Acerca dos rumos que a transição brasileira tomou, inclinando-se mais à dimensão da reparação às vítimas da ditadura e menos à responsabilização dos agentes estatais, ler com proveito: Silva Filho (2015, p. 237-260).

**Fundamental nº 153.** Relator Ministro Eros Grau. Peças eletrônicas. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1569337/SP.** Relator Ministro Gurgel de Farias. 2015a. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923554/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1569337-sp-2015-0299944-1/inteiro-teor-595923561>. Acesso em 26.10.2018.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **Apelação n. 0011414-28.2008.4.03.6100/SP.** Relator Desembargador Federal Antônio Cedinho. 2015b. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7050976>. Acesso em: 25 set. 2021.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** 1. ed. Trad. e Rev. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Fernanda Telha Ferreira. O lugar da vítima na justiça de transição. *In*: BELLO, Enzo; FRISSO, Giovanna Maria; MARTINELLI, João Paulo Orsini (org.). **Direitos Humanos e Justiça de Transição.** São Paulo: LiberArs, 2016. p. 57-70.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso n. 12.879.** Relatório de mérito n. 71/15. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil,** v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 11-123.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de Transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. **Revista de Direito Penal AIDP-GB,** ano 1, v. 1, n. 1, p. 22-43, jun. 2013. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/7141-25325-1-sm.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. A Justiça de Transição e as ações de natureza cível. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 18, n. 3784, 10 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25735>. Acesso em: 25 set. 2021.

OCTAVIANI, Alessandro; MEDEIROS, Lea Vidigal. O direito à memória nacional e à verdade no Brasil: o “caso Kubitschek” e a inversão do ônus da prova em favor das vítimas da ditadura. *In*: BELLO, Enzo; FRISSO, Giovanna Maria; MARTINELLI, João Paulo Orsini (org.). **Direitos Humanos e Justiça de Transição.** São Paulo: LiberArs, 2016. p. 121-152.

PIRES JUNIOR, Paulo Abrão. Direitos Humanos e justiça de transição. *In*: BELLO, Enzo; FRISSO, Giovanna Maria; MARTINELLI, João Paulo Orsini (org.). **Direitos Humanos e justiça de Transição.** São Paulo: Editora Liberars, 2016.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal:** problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 237-260.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão do STF negando provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 898.963/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4805880>. Acesso em: 25 set. 2021.

TEITEL, Ruti G. **Transitional Justice Genealogy**, p. 57, s./d. Disponível em: <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,757186,en.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

TORELLY, Marcelo D. Das comissões de reparação à comissão da verdade: contribuições da Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1995) e da Comissão de Anistia (2001) para a Comissão Nacional da Verdade. *In*: TOSI, Giuseppe et al. (orgs.). **Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 215-231.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO COM OUTROS SABERES

**Geovana Faza da Silveira Fernandes**

Doutoranda em Direito na Universidade Estácio de Sá Rio de Janeiro e em Ciências Sociais e Direito na Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito. Diretora do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos da Justiça Federal de Juiz de Fora/MG.

## **Resumo:**

Partindo de uma concepção ampliada de justiça restaurativa, o problema abordado neste trabalho é como ela dialoga com outros saberes na construção de sua base teórica e de vetores para as metodologias restaurativas. Esse questionamento se justifica eis que é senso comum afirmar que a justiça restaurativa é, por essência, um campo interdisciplinar. São feitas reflexões acerca de sua inserção no contexto de mudança paradigmática, de como sua temática é atravessada por conhecimentos de outros campos do saber, tendo como viés uma reflexão crítica sobre a interdisciplinaridade na construção de um saber-saber, saber-ser e de um saber-fazer restaurativo. Parte-se da análise de como a moldura paradigmática impacta a forma de se pensar e se fazer justiça. Após, defende-se que a interdisciplinaridade deve ser considerada para que não haja implementação de programas e formação de facilitadores desencontrados da realidade, podendo ter como consequência um enfraquecimento do movimento restaurativo.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa; Mudança de paradigma; Interdisciplinaridade.

## **Introdução**

A justiça restaurativa, no Brasil, tem por fundamento normativo a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), valendo também lembrar que a Resolução 288/2019 passou a definir a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Parte-se do pressuposto que a justiça restaurativa já é realidade em diversos tribunais brasileiros, sendo também adotada fora das ambiências do Poder Judiciário, como em escolas e outras instituições.



A difusão dessas práticas tem sido recomendada pela ONU desde 1999, tendo sido seus princípios e diretrizes previstos nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12. Inclusive, em 2000, no Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, a Resolução 2000/14, intitulada “Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”, foi aprovada de forma unânime pelo Conselho Econômico e Social. Nesses mais de vinte anos muito se tem debatido e pesquisado sobre a justiça restaurativa, e muitos programas têm sido implantados no mundo todo, cada um com suas peculiaridades em razão dos contextos socioeconômico, cultural e jurídico nos quais inseridos.

Este trabalho propõe tratar a justiça restaurativa não como uma justiça alternativa, não obstante pretenda ser uma ruptura com o sistema tradicional punitivo, conforme defende muitos autores, mas sim como uma noção mais ampla, podendo ser entendida como um paradigma de justiça fundamentado na ideia de ecologia profunda e de Cultura de Paz, um *ethos*, uma filosofia de vida, um movimento social, abarcando o entendimento mais estrito, que considera a abordagem restaurativa como um conjunto de metodologias por meio das quais os envolvidos em um conflito ou infração, que tenha causado danos, encontram-se para decidirem coletivamente como lidarem com suas consequências e suas implicações para o futuro.

Partindo dessa concepção mais ampliada de justiça restaurativa, o problema que se busca investigar é como ela dialoga com outros saberes na construção de sua base teórica e de vetores para a aplicação das abordagens restaurativas, na prática.

Esse questionamento se justifica eis que é senso comum afirmar que a justiça restaurativa é, por essência, um campo interdisciplinar. Mas, por que essa interdisciplinaridade é necessária? Responder a esse questionamento torna-se importante porquanto é indispensável ter clareza quanto aos diálogos imprescindíveis à fundamentação das práticas bem como à compreensão de contextos conflitivos nos quais elas serão aplicadas, uma vez que a falta desta compreensão torna a justiça restaurativa mais vulnerável à cooptação pela lógica retributiva, prejudica a formação e capacitação de facilitadores para atuação em campos específicos, impactando o delineamento de políticas para a implantação da justiça restaurativa.

O objetivo mais geral desse trabalho assenta-se na reflexão crítica sobre essa interdisciplinaridade necessária para a construção de um saber-saber, o saber-ser e de um saber-fazer restaurativo, partindo da análise de como a questão da moldura paradigmática e da transição de modelos impactam a forma de se pensar e se fazer justiça, assim como a forma como se consideram os conflitos e violências. Propõe-se, também, que os atravessamentos antropológicos, sociológicos, filosóficos que revestem a abordagem restaurativa devem ser considerados para que não haja implementação de programas e formação de facilitadores desencarnados da realidade na qual as práticas serão desenvolvidas, podendo ter como consequência o estabelecimento de espec-

tativas ilusórias, de entusiasmos desmedidos, o que pode levar a um enfraquecimento do próprio movimento restaurativo.

Metodologicamente, o texto contém revisão bibliográfica conjugada com observações colhidas pela pesquisadora, em razão de sua inserção no próprio campo, como coordenadora de projeto no âmbito da Justiça Federal de Juiz de Fora e facilitadora de práticas restaurativas. São percepções fruto da observação cotidiana, inclusive na formação de facilitadores, de impressões colhidas em extensa pesquisa anterior (FERNANDES, 2021) e pela experiência da autora com o objeto analisado.

## **1 Contextualizando a justiça restaurativa nos paradigmas retributivo e restaurativo**

As concepções dogmáticas que moldam processualisticamente as instituições ditam os mecanismos jurídicos a serem utilizados reciprocamente por sujeitos que esperam encontrar no Estado a autorrealização que não alcançam em suas relações éticas, bem como respostas para seus sofrimentos e conflitos. Todavia, o processo judicial, pautado em relações verticalizadas, assentado em um viés retributivo e voltado ao passado, tem sofrido questionamentos quanto ao seu potencial de pacificação das relações sociais e resolução efetiva de conflitos. Uma solução adjudicada, em regra, não arrefece o potencial gerativo de um conflito mais complexo, que possua raízes em ofensas reiteradas ou em sofrimentos não ressignificados, difíceis de serem reparados pelo estreito campo da dialeticidade processual, que leva a uma precificação do sofrimento como forma de colocar-se fim à lide.

A ideia de restauração emerge justamente nesse campo de questionamento, num primeiro momento, como movimento de rejeição ao retributivismo. Sob a visão restaurativa, o foco não é na perseguição de uma verdade processual para possibilitar a punição dos infratores. Em vez disso, como descreve John Braithwaite, um dos principais defensores da justiça restaurativa, ela é um processo no qual todas as partes envolvidas em uma ofensa se reúnem para deliberar coletivamente sobre como lidar com suas consequências e implicações para o futuro (BRAITHWAITE, 2002).

Sob esse viés, a justiça não implica a imposição de punições pelo ato transgressivo, embora nem sempre as afasta. A justiça restaurativa parte de uma visão mais ampla de justiça, que leva em conta valores como autonomia dos envolvidos, responsabilização, transformação, restauração, reconhecimento mútuo, concórdia, empatia, cuidado. Não obstante pavimentada, também, em princípios filosóficos e antropológicos, é importante salientar que ela significa algo diferente de recusar-se a impor uma eventual punição merecida por preocupação compassiva com o ofensor (SARAT; HUSSAIN, 2007). Ela não nega a necessidade da pena em muitos casos, como quando em questão de crimes graves, mas oferece caminhos para que os envolvidos sejam considerados em sua dignidade, sejam ouvidos e reconhecidos como

sujeito de direitos, e não como meio de provas ou então somente rotulados como “réu”, “vítima”, entre outros.

Na abordagem restaurativa, por exemplo, embora sejam trazidas questões relativas ao cuidado, compaixão, misericórdia, restauração e até cura, esses vieses não devem sugerir que ela seja uma justiça branda, no sentido de ser condescendente com eventual agressor, mas que devem implicar uma ampliação de olhar e uma mudança de atitude dos atores jurídicos em relação àqueles envolvidos nas dinâmicas conflituosas ou em crimes: de uma atitude rotulatória, condenatória, desumanizadora, para uma atitude compreensiva, inclusiva, respeitadora da dignidade. Misericórdia aqui, portanto, não tem a ver com eventual perdão ou não aplicação de pena, mas sim com a conduta, ou seja, com a postura compassiva, uma postura interna de humildade diante das histórias dos participantes das práticas restaurativas. Isso porque, um dos objetivos do movimento de justiça restaurativa é ir além dos ciclos de violência que comunidades e nações inteiras enfrentam, é olhar para as engrenagens que movimentam esses ciclos e que permitem a sua perpetuação.

Nesse ponto, ressalta-se que é impressionante, e não acidental, que a linguagem do movimento da justiça restaurativa tem ecoado em diversos sistemas, inclusive em sistemas ancorados na ideia mais tradicional de justiça criminal. Nos dizeres de Austin Sarat e Nasser Hussain, a virtude da restauração suscita aqueles tipos de ações que quebram o ciclo de vingança e retribuição, em que atores e até comunidades inteiras podem cair tão facilmente, “promovendo harmonia na comunidade, reconciliação e prosperidade, incentivando a resolução de problemas através de um exame minucioso da causa da discórdia”. (SARAT; HUSSAIN, 2007, Locais do Kindle 444-447).

Assim, por estar inserida em um paradigma distinto dos tradicionais ideais liberais, a teoria da justiça restaurativa enfrenta alguns desafios, na medida em que rejeita, por atacado, uma concepção arraigada de pagar o mal com outro mal, de segregar o ofensor em prol de uma alegada segurança social e de pretensa correção, de considerar a punição como uma resposta moral. A justiça restaurativa, de algum modo, deve enfrentar crenças comuns de que o primeiro trabalho de um sistema de justiça criminal é proteger a sociedade por dissuadir ou incapacitar os criminosos, conforme refletem Austin Sarat e Nasser Hussain. E, nesse enfrentamento, ela deve explicar como pode levar em conta essas preocupações e como rejeitar a imposição de punição tal como a conhecemos (SARAT; HUSSAIN, 2007, locais do Kindle 448-451).

O movimento restaurativo vem justamente para contestar as premissas de que a punição adequada (pessoal e proporcional é aplicada a partir de um devido processo legal) é racional, é corolário do Estado de Direito, é legítima e necessária e que ela protege a sociedade e ressocializa os apenados (SARAT; HUSSAIN, 2007). A criminologia crítica já questionou essas premissas, contribuindo para o enfraquecimento do senso comum de que a pena é a única saída para a “correção dos infratores” e “proteção” da sociedade.

Nessa esteira, já na década de 1970, Albert Eglash (1977, p. 99) afirmava

que: “Para mim, a justiça restaurativa e a restituição, como suas duas alternativas à punição e tratamento, preocupam-se principalmente com os infratores. [...]”. Eglash foi uma das primeiras pessoas a atacar o problema da justiça correcional, ao trabalhar com delinquentes juvenis e com adultos no sistema correcional americano, tendo considerado que as condições do sistema correcional eram inaceitáveis. Esse posicionamento o levou a desenvolver o conceito de restituição criativa, sendo reconhecido como um dos precursores da ideia de justiça restaurativa no ocidente.

Com os movimentos da criminologia crítica na década de 1970 e da agenda da vitimologia, é preciso reconhecer o trabalho de todos os escritores que, embora não tenham se referido diretamente à justiça restaurativa, abriram caminho para outros ao identificar as deficiências do sistema de justiça criminal do século XX, particularmente no que dizia respeito aos direitos das vítimas, conforme pondera Theo Gavrielides (2007, p. 21).

Gavrielides (2007) ressalta que Randy Barnett foi o primeiro a usar o termo “mudança de paradigma” nessa área, afirmando que estávamos vivendo uma “crise de um velho paradigma”, e que “essa crise pode ser restaurada pela adoção de um novo paradigma de justiça criminal-restituição”. No citado artigo, Barnett analisou o colapso do sistema de justiça criminal norte americano, “em termos do que Thomas Kuhn descreveria como uma crise de um antigo paradigma - a punição”, propondo que “essa crise possa ser resolvida com a adoção de um novo paradigma de justiça criminal - a restituição.” (BARNETT, 1977, p. 279, tradução nossa).

Pouco tempo depois, Nils Christie publicou o artigo “*Conflict as Property*” (CHRISTIE, 1977), provocando uma série de discussões por argumentar que o Estado roubou o conflito dos cidadãos, privando a sociedade das “oportunidades de classificação normativa”. Problemas sociais, conflitos e dificuldades são partes inevitáveis da vida cotidiana, disse ele, e, portanto, não devem ser delegados a profissionais e especialistas que pretendem fornecer soluções. Assim, ao restringir o processo penal e a lei à estreita definição legal do que é relevante e do que não é, a vítima e o agressor não podem explorar o grau de sua culpabilidade e os reais efeitos do caso. Ele ainda explicou que a diferença mais importante entre o sistema de justiça criminal convencional e o sistema restaurativo são os valores contrastantes que os sustentam (CHRISTIE, 1977, p. 8).

Esses movimentos, que se inserem no que se pode chamar de movimento restaurativo, visam a incutir na mente dos operadores do direito não uma noção abstrata de razão, mas valores práticos de restauração do equilíbrio de relacionamentos na comunidade, reconciliação, não retribuição. Mas como é possível acolher esse paradigma tão diverso do paradigma retributivo, incutido e há muito na memória coletiva da humanidade? Uma reformulação desse jaez acredita-se ser possível por intermédio do resgate de valores éticos nas relações, nos processos de transformação dos conflitos no âmbito institucional e pela construção de condições de diálogo honesto, de condições

igualitárias de comunicabilidade e de convivência. Em um nível mais restrito, o resgate ético é capaz de proporcionar acesso crítico aos meios de resolução consensuais e a suas circunstâncias patológicas, acesso esse até então prejudicado pelas convicções e práticas. É capaz também de proporcionar o soerguimento do amor e da alteridade como componentes supraéticos que auxiliarão na importância atribuível ao cuidado, ao reconhecimento mútuo, à transformação social, à construção de uma cultura mais pacífica (FERNANDES, 2021).

## 2 Justiça restaurativa: uma interdisciplinaridade necessária

No delineamento genealógico da justiça restaurativa, diversas ordens de fundamentação são utilizadas: antropológica, sociológica, histórica, filosófica e jurídica, a justificar sua adoção como método potencialmente pacificador das controvérsias e estimulador do reconhecimento mútuo entre os envolvidos. Nesse trabalho, parte-se do pressuposto que a justiça restaurativa se liga a uma sabedoria que perpassa a própria humanidade, e que sai da filosofia teórica e do campo da antropologia para a práxis. Ainda, considera-se a dignidade como fundamento ético e também jurídico para a adoção desse método, diga-se, mais humanizado, de trato dos conflitos e dos traumas a eles subjacentes. Outros fundamentos são igualmente importantes, como a cooperação, a alteridade, a participação democrática etc.

Mesmo à vista da abertura e fluidez conceitual e metodológica, considera-se a justiça restaurativa, aqui, não somente como um conjunto de práticas, abordagens e intervenções como reações à ineficácia da justiça criminal, mas também como um movimento social emergente para as reformas da justiça, com o fim primeiro de humanizar as formas de tratamento dos envolvidos em dinâmicas conflitivas e de endereçar as consequências de crimes e violações de direitos, ao mesmo tempo que também atua de forma a prevenir novos conflitos e a contribuir para uma educação para os direitos humanos.

Seja como *ethos*, como filosofia prática, como movimento social, ou mesmo a partir de um sentido estrito de justiça restaurativa, é importante considerar que ela deve ser respaldada em alicerces principiológicos firmes, que sustentem a sua prática de modo a torná-la menos permeável a ideologias do entorno. Todavia, ao mesmo tempo em que ela se confronta com essa necessidade de se construir um arcabouço principiológico bem delineado, a justiça restaurativa convive com o imperativo de adaptar-se a realidades sociais, culturais, econômicas e jurídicas diferenciadas, e, para que haja essa adaptação, o diálogo com outros saberes torna-se indispensável. Assim, é importante investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética, na interdisciplinariedade e na razão possível. É a partir desses vieses que a justiça restaurativa é inserida nessa moldura do pensamento jurídico contemporâneo (FERNANDES, 2021).

Ante essa contextualização, afirma-se que a justiça restaurativa deman-

da uma compreensão acerca das teorias sobre resolução de conflitos. Esse é um domínio constituído pela convergência de teorias e práticas que transcendem o campo da academia, esbarrando em costumes ancestrais de solução de divergências e de formas de lidar com infratores e vítimas. Isso porque, na atualidade, a gama de conflitos e sua complexidade tocam a imprevisibilidade, fugindo da moldura que a modernidade previa para o século XXI. Hoje não existe um único possível diagrama que possa dar conta de todas as classificações de conflitos e nem de categorização de suas causas e das origens dos sofrimentos e traumas (FERNANDES, 2021).

A justiça restaurativa, pois, se encontra num campo de tensionamento entre a complexa organização de saberes globais e saberes locais, implicados no horizonte da construção social de uma resposta às transgressões que permita o equacionamento entre a lógica do ordenamento jurídico pátrio e os anseios por uma justiça adequada aos casos concretos, que leve em conta os contextos sociais dos envolvidos, as histórias e subjetividades, as dinâmicas por trás de condutas transgressoras e de processos de vitimização, que, em regra, não se restringem à parte visível do conflito ou dos produtos dessas infrações.

Trata-se de um desafio epistemológico para o qual não há respostas prontas, o que torna necessário um esforço acadêmico de construção de teorias que fundamentem a justiça restaurativa que sejam atentas a essas complexidades e que dialoguem com o campo empírico das práticas propriamente ditas. Ou seja, embora muitos defendam que a justiça restaurativa deva ser mais prática do que teórica, essa afirmação não afasta a indispensabilidade de investigações teóricas, perpassadas pelas experiências empíricas, que servirão para sustentar e conferir segurança aos praticantes e envolvidos. Ademais, é no campo teórico que as potencialidades, as benesses, assim como os limites e percalços à implementação de programas de justiça restaurativa são avaliados e reexaminados, com viés crítico-reflexivo, para que, com os entrelaçamentos com a prática, possam ser propostas mudanças e adaptações aos contextos particulares. E o ponto de partida teórico deve ser, justamente, a compreensão acerca da moldura paradigmática na qual inserida a emergência da abordagem restaurativa, porquanto serve ela de vetor interpretativo, compreensivo e propositivo.

Conforme lecionam Fritjof Capra e Luigi Luisi (2004, p. 25), durante a primeira metade do século XX, acreditava-se que “o progresso da ciência fosse um processo suave e uniforme no qual os modelos e teorias científicas eram continuamente refinados e substituídos por versões novas e mais precisas, à medida que suas aproximações eram aperfeiçoadas em passos sucessivos”. Por esse entendimento haveria um suceder de concepções de mundo, como num movimento rítmico até a superação do modelo anterior pelo posterior. Todavia, essa visão de progresso compassado e contínuo foi radicalmente contestada por Thomas S. Kuhn (1997), físico e filósofo da ciência. Kuhn argumenta que, embora o processo contínuo caracterize, de fato,

longos períodos que ele chama de “ciência normal”, esses períodos são interrompidos por períodos de “ciência revolucionária”, nos quais não apenas uma teoria científica, mas todo o arcabouço conceitual onde ele está inserido sofre uma mudança radical (CAPRA; LUISI, 2004; KUHN, 1997). Assim, essas mudanças e sucederes na forma de pensar não são lineares.

No intuito de descrever esse arcabouço subjacente, Kuhn (1997, p. 13) introduz o conceito de paradigma, que ele define como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Ainda, a transição de paradigma, no entender de Boaventura de Sousa Santos, é um momento de incertezas, de complexidade e caos que repercute nas instituições, práticas e representações sociais, nas inteligibilidades, na vida vivida, nas personalidades e nos dispositivos de regulação e emancipação social (SANTOS, 2007, p. 257).

É assente, portanto, que se trata de um período de sobreposições paradigmáticas, que tem a incerteza como característica marcante, que é marcada pela complexidade dos conflitos emergentes nas sociedades plurais, fluidez dos limites territoriais, globalização dos costumes, avanços tecnológicos e demais marcas impressas pelo advento do pós-modernismo (SANTOS, 2007), evidenciando uma modificação do paradigma mecanicista-liberal-individualista-solipsista para outro mais inclusivo, colaborativo, participativo, democrático, holístico ou organísmico, nos dizeres de Capra e Luisi (2004, p. 27).

A compreensão do que vem a ser paradigma, momento de transição e mudança de metáforas de mundo é sobremaneira importante aos teóricos e práticos da justiça restaurativa. Isso porque, conforme alerta Edgar Morin, sendo o paradigma inconsciente, mas, por irrigar a consciência, ele desempenha “um papel ao mesmo tempo subterrâneo e soberano em qualquer teoria, doutrina ou ideologia”, podendo “ao mesmo tempo elucidar e cegar, revelar e ocultar”, sendo que é “no seu seio que se esconde o problema-chave do jogo da verdade e do erro” (MORIN, 2010, p. 26-27). E ter consciência sobre a influência dos paradigmas no pensamento e nas construções ideológicas permite aos teóricos e práticos da justiça restaurativa ficarem mais atentos aos vieses socioculturais, filosóficos e políticos que os atravessam e que infiltram em suas construções psíquicas, cognitivas, repercutindo em suas práticas. Com esses influxos, é importante, nesse momento de transição, refletir acerca das consequências dessas colocações no âmbito do direito, principalmente no tocante às possibilidades de transformação do paradigma adjudicatório, impregnado na gramática dos sistemas de justiça.

Essas transformações se transpõem para a forma de se pensar a resolução de conflitos, seara na qual pode ser percebido o estabelecimento de uma cultura jurídica democrática, cidadã e emancipatória. Desse modo, as temáticas referentes às abordagens sociológicas e jurídicas sobre os conflitos, à crise do Poder Judiciário e à adoção dos meios consensuais de solução dos conflitos, à institucionalização da justiça restaurativa devem ser analisadas sob viés

crítico e multifatorial, não de superação de um paradigma adversarial e punitivista, mas de coexistência de diversos modelos de composição de divergências. A justiça restaurativa se encontra nessa confluência.

Com essas constatações, pode-se dizer que o mundo do direito pendula entre a filosofia da consciência (solipsismo e subjetivismo) e o objetivismo (literalidade). O solipsismo, como inerente à filosofia da consciência (produto da modernidade), significando que o “sujeito se basta a si próprio” (STRECK, 2020, p. 411), ainda, que o sujeito “solipsista ou o sujeito da subjetividade assujeitadora apenas se recusa a aceitar o constrangimento advindo da intersubjetividade” (STRECK, 2020, p. 413). O objetivismo, plasmado na fixação na literalidade dos dispositivos, muitas vezes utilizadas pelos operadores do direito.

A justiça restaurativa, ao contrário, busca um diálogo transformador e emancipador, devendo, para tanto, despir-se dos preconceitos e da postura inflexível, direcionando para o outro um olhar sensível, com o fim de compreendê-lo. Daí a importância em se considerar lições de outros campos dos saberes: seja como uma prática em busca de uma teoria, seja como uma teoria em busca de uma prática (SICA, 2007; ZEHR, 2018), o estudo, análise crítica e propostas de implementação institucional da justiça restaurativa requerem dos teóricos e práticos uma compreensão mais ampliada acerca das dinâmicas subjacentes às relações de poder, principalmente em sociedades com acentuada desigualdade social, como o Brasil, e com repetições de padrões de comportamentos sociais calcadas em estruturas hierarquizadas, patriarcais, excludentes, arraigadas na memória coletiva da sociedade.

Não basta, portanto, ao teórico e/ou ao prático se capacitar em metodologias restaurativas (Círculos de Construção de Paz, Mediação Vítima-Ofensor, Conferência Grupo-Familiar, etc), é necessário ter ciência e compreender que os processos de violência experimentados por determinada sociedade são produtos de fatores sociais que, sozinhos, não podem ser compreendidos.

Assim, para se proteger a justiça restaurativa da colonização pelas ideologias do entorno, infiltradas no inconsciente coletivo pelo paradigma mecanicista, pela lógica punitivista, hierarquizada e excludente do sistema judicial, é necessária a construção de uma teoria de base condizente com a realidade da sociedade, que leve em conta o contexto histórico, socioeconômico, político jurídico que conferem peculiaridades a cada sistema, fazendo de cada sociedade única.

Se a justiça restaurativa adentra o sistema pátrio pelas portas do direito, haja vista as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça em conjunto com os demais órgãos do Poder Judiciário, é necessário ter em conta que o direito é um sistema que funciona à luz de um saber local. Por isso, qualquer transposição de institutos, práticas, abordagens de resolução de conflitos, de outros sistemas jurídicos e sociais para o sistema pátrio deve ser feita com as devidas adaptações ao contexto para o qual transplantados. A mera importação acrítica pode levar a situações perversas, não bastando a boa intenção. E



a diversidade imbricada na estrutura das sociedades deve ser considerada e respeitada, principalmente no tocante à adoção de políticas que tenham sido geradas no seio de sociedades que seguem a cartilha hegemônica eurocêntrica e que foram implantadas em outras sociedades sedimentadas em estruturas liberais ou colonialistas que sobrevivem até os dias de hoje. Esse é o caso da justiça restaurativa.

Partindo dessas observações, é possível compreender a importância da consideração de elementos e dinâmicas sociais que fomentam espirais de violência e a sedimentação de padrões de desigualdade e de exclusão para que a abordagem restaurativa esteja a serviço de transformações sociais, de superação desses padrões, de verdadeira pacificação.

Se a justiça restaurativa tem sido considerada, a exemplo da defesa de Fania Davis (2019), Johonna Turner (2020) e muitos outros, como um movimento social, como uma forma de justiça social, que prepara as partes para arcar com o peso da resolução de conflitos e também como um esforço coletivo que deve ser organizado, sustentado e composto por uma gama de indivíduos e grupos que buscam transformar estruturas sociais, instituições e os sujeitos (DAVIS, 2019, p. 35), então é mister que seja implementada de modo a possibilitar alguma transformação nas relações.

Nesse sentido, supõe-se que essa abordagem ampla da justiça restaurativa possa levar, com o tempo e os esforços sinérgicos das instituições, comunidades e indivíduos, a uma renovação da própria sociedade, à real mudança de paradigma – do punitivismo para a restauração ou reintegração. São tendências para a reapropriação da justiça pelos cidadãos e pelos movimentos que os representam e que têm sido acompanhados, sustentados e encorajados por instituições internacionais, como a ONU, e pelo próprio Poder Judiciário brasileiro, por meio de diversas iniciativas de implementação de programas de mediação e de justiça restaurativa em suas ambiências institucionais.

Frisa-se, pois, a importância em se compreender como as tendências contemporâneas das políticas judiciárias de tratamento dos conflitos impactam os desenhos institucionais de solução de demandas, para além da atuação tradicional do Poder Judiciário. Nos cenários dessas tendências, temas afetos à colaboração e à competição entre os envolvidos nas dinâmicas conflitivas, alteridade, cuidado, dinâmicas de poder, e, no nível social, variáveis como raça, gênero, idade, orientação sexual e status socioeconômico desempenham um papel importante, e muitas vezes não reconhecido, nos processos restaurativos. Essas temáticas, portanto, atravessam a abordagem restaurativa, devendo ser consideradas para que ela não se torne mais um meio de resolução de conflitos que serve ao Poder Judiciário, mais do que aos próprios cidadãos e ao fortalecimento de uma democracia participativa.

### **3 Justiça restaurativa e atravessamentos necessários**

Uma profunda compreensão do papel da justiça restaurativa, principal-

mente em países com desigualdades sociais gritantes, com cenários de violência e exclusões, passa por um entendimento, mesmo que sem a profundidade acadêmica de uma especialização, de questões filosóficas, antropológicas, sociológicas, políticas que permeiam a constituição social brasileira.

Com efeito, é necessário, para interpretar o direito e conceber formas de lidar com os conflitos, considerar o arcabouço jurídico, bem como as práticas consensuais, sob a perspectiva de visão de mundo. O direito, inclusive, na ótica de Geertz (2014), pode ser considerado como uma forma de ver o mundo (semelhante à ciência, à religião, artes), mas que, “[...] no caso específico do direito, vem acompanhada de um conjunto de práticas sobre o gerenciamento das disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam”. (GEERTZ, 2014). E a justiça restaurativa, inserida ou não no campo do Poder Judiciário, deve ser vista a partir da visão de mundo da sociedade na qual estabelecida, uma vez que, inevitavelmente, lidará com realidades sociais que deverão ser compreendidas para além do sistema binário e simplificador da adjudicação.

Registra-se que, no Brasil, a justiça restaurativa tem sido adotada em diversos contextos: de violência doméstica; nas questões com adolescentes e jovens infratores; em crimes mais simples (albergados pelas leis dos Juizados Especiais Criminais, Lei 9.099/95 e Lei 10.250/2001); em escolas e comunidades. E cada contexto demanda um feixe particular de conhecimento por parte dos profissionais que nele atuam. Por exemplo, o facilitador que atua em crimes de violência doméstica deve compreender questões que permeiam a situação da mulher na sociedade brasileira, histórico da violência contra a mulher, questões antropológicas e sociológicas que, inclusive, estão imbricadas no patriarcado.

Também, é necessário ter alguma compreensão de questões afetas à psicologia e à sociologia dos traumas, que possibilitem compreender as dinâmicas de repetições, de apego, reações, etc. Na área da infância e juventude, outras perspectivas devem ser levadas em conta ao se lidar com jovens e crianças, principalmente no tocante à linguagem e aos limites do que pode ser trazido nas práticas restaurativas. O mesmo acontece com temáticas raciais, de gênero, de crimes sexuais, de crimes nos quais há abstração da vítima, entre outros.

Cada seara, portanto, possui suas especificidades, conferidas pela natureza da infração e suas consequências, pelo tipo de bem jurídico ofendido, por aspectos socioeconômicos e culturais dos envolvidos, pelas narrativas dominantes e micro-histórias que permeiam a dinâmica. Essas peculiaridades requerem preparação devida dos facilitadores e uma compreensão acerca dos fatores inter-relacionais envolvidos. Por isso a interdisciplinaridade é inerente à justiça restaurativa. Porque, para a compreensão dos fatores expostos aqui, são necessários aportes da antropologia (tanto para a elaboração de pesquisas empíricas quanto para a análise dos saberes locais e elementos estruturantes da sociedade que permeiam a temática), da sociologia, da filosofia (porquanto

reside nela a compreensão de categorias como alteridade, ética, empatia, cuidado, reconhecimento mútuo, etc.), do direito, da criminologia, da psicologia e da psicanálise e até da neurociência.

Não se quer aqui defender que os práticos sejam *experts* em matérias de todas essas áreas, até porque isso seria impossível, mas sim que tenham ciência de que a justiça restaurativa é um campo onde se entrelaçam diversos saberes, e que essa consciência é necessária para que não haja ingerência dos facilitadores em questões complexas as quais não dominam. A exemplo de endereçamentos de dinâmicas traumáticas, nas quais um aporte da psicologia e psicanálise sejam indicados, mas fora do ambiente da prática. É necessário, portanto, ter a consciência de até onde o facilitador pode e deve ir, sem desvirtuar a prática e sem causar maiores danos. Por isso, em muitos casos, é aconselhável o atendimento por equipe multidisciplinar, para o endereçamento devido e com qualidade das necessidades dos envolvidos. Entretanto, é necessário frisar que a justiça restaurativa não é terapia, nem tratamento. E que atendimentos de outras especialidades (psicoterápico, médico, assistencial) podem até ser demandados, mas não são da competência do facilitador. O que se pode fazer, nesses casos, é encaminhar para o programa correspondente, ou solicitar o apoio da rede. Muitos programas de justiça restaurativa, inclusive, contam com o auxílio de entidades assistenciais, de atendimento psicoterápico, médico, profissional, o que não quer dizer que seja o facilitador quem deverá prestar o apoio. Ele é apenas facilitador, que deve, pois, atuar com olhar amplo, sabendo que muitas dinâmicas são retroalimentadas por fatores que ele não tem que abordar, mas que demandam dele uma compreensão para além do recorte limitado do conflito e das leis cogentes.

São exemplos de atravessamentos que o campo ora em estudo sofre. E o sistema simbólico, a linguagem e as dinâmicas de cada campo devem ser consideradas pelas políticas de implementação e pelos próprios facilitadores, para fins de trazer à tona, no procedimento restaurativo, aquilo que precisa ser visto, as necessidades que devem ser satisfeitas e os danos que devem ser endereçados, bem como as possibilidades de atender aos princípios restaurativos para que expectativas ilusórias não sejam fomentadas.

Desse modo, ela não pode ser pensada como uma disciplina separada de outras disciplinas, nem como subdisciplina semiautônoma e especializada, ou uma “disciplina centauro” (GEERTZ, 2014, p. 171) e nem como prática separada da cultura ou, ainda, como um “*Frankstein*”, em alusão à figura mítica criada por Mary Shellen. Mas sim como movimento coerente, aberto a diálogos com saberes práticos e também teóricos, a sensibilidades e a uma consciência mais ampliada, atenta aos influxos dos paradigmas e às problemáticas desses tempos de transição de horizontes filosóficos e científicos.

## 5 Conclusões

É importante notar que, embora a humanidade esteja vivenciando o fe-

nômeno de transição de paradigmas, isso não implica a superação do paradigma anterior. E no campo do direito sentimos fortemente esse cenário de fraturas, até porque o retributivismo e a lógica do processo ainda têm o seu papel em termos de estabilização social. Assim, conclui-se que os modelos de resolução de demandas, sejam adjudicatórios e coercitivos, sejam consensuais, devem atentar para as peculiaridades de cada conflito em concreto e daqueles envolvidos em suas dinâmicas.

Pensando assim, considera-se que os meios de resolução devem ser adaptados à complexidade social na qual operam, talvez a partir da reflexão de que, com a justiça restaurativa, é possível atuar localmente, mas com visão mais ampla, objetivando a autonomização dos indivíduos, a reparação dos danos, a responsabilização ativa dos envolvidos, o engajamento, a prevenção de novas controvérsias, a transformação de dinâmicas responsáveis por retroalimentar a realidade conflitiva, contribuindo, dessa forma, para uma educação para os direitos humanos.

São tantas dinâmicas sociais envolvidas por trás da parte visível dos conflitos, que fica difícil, senão quase impossível, desvendar os fatores que retroalimentam espirais conflitivas e casos de violências (físicas, psíquicas, interpessoais, sistêmicas, estruturais). Por isso concluímos, a partir das colocações desse trabalho, que o profissional atuante no campo restaurativo deve estar atento para os diversos atravessamentos que um simples conflito ou infração sofre: históricos de exclusão, repetição inconsciente de padrões perniciosos, desigualdades, desconsideração da dignidade e da alteridade, traumas, violências estruturais, ideologias hierarquizantes e aniquiladoras da equidade e da dignidade intrínseca de cada membro da comunidade humana. Esses fatores influenciam, e, em muitos casos, até determinam condutas danosas e espirais de violência.

Por conseguinte, essa interseção de saberes e o diálogo necessário entre eles ocorrem de diversas formas: (i) na considerações as aspectos filosóficos na construção dos princípios, valores e vetores das abordagens restaurativas; (ii) na necessária consciência, por parte dos operadores, acerca de fatores antropológicos, sociológicos, políticos e sociais que permeiam as realidades conflitivas e as relações; (iii) no desenvolvimento de competências específicas pelos facilitadores das práticas para atuarem em contextos conflitivos diversos e particulares; (iv) na consideração das ideologias, por vezes conflitantes, que cercam a institucionalização da justiça restaurativa no ambiente jurisdicional; (v) na necessidade de considerar-se essa tessitura composta de aportes diversos nas construções teóricas e nas pesquisas empíricas sobre as práticas restaurativas; (vi) na compreensão da própria justiça restaurativa como movimento social mais amplo, destinado à promoção de transformações sociais e, também, ao fortalecimento de espaços participativos e deliberativos, a partir de uma ideia de democracia radical; (vii) na compreensão da justiça restaurativa como tecnologia social, que contribui para a educação em direitos humanos e para a consecução de valores e princípios da Cultura de Paz, de não-vio-

lência e de promoção da dignidade.

Portanto, ter consciência da interdisciplinaridade própria do campo ora pesquisado contribui para um delineamento normativo, metodológico e prático mais próximo e condizente com a realidade, além de contribuir para melhor formação dos facilitadores que atuarão nos programas de justiça restaurativa. Desse modo, a consideração desses entrelaçamentos demanda conhecimentos que desbordam do campo jurídico, uma vez que, para se compreender e trabalhar dinâmicas que permeiam as práticas restaurativas, aportes de outros saberes são fundamentais para a atuação dos facilitadores, que não devem ser míopes aos contextos socioculturais subjacentes.

## Referências

- BARNETT, Randy. **Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice**. Cambridge: Georgetown University Law, 1977. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2570&context=facpub>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- BRAITHWAITE, John. Does restorative justice work? In: **Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 45-72. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2839086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2839086). Acesso em: 10 fev. 2021.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**. São Paulo: Cultrix, 2004.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology**, London, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.
- DAVIS, Fania. **The Little Book of Race and Restorative Justice**. New York: Good Books, 2019.
- EGLASH, Albert. Creative Restitution: A broader meaning for an old term. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 48, art 6, p. 619-622, 1958. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/231010306.pdf> >. Acesso em: 23 set. 2020.
- FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **Justiça restaurativa, narrativas traumáticas e reconhecimento mútuo**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- GAVRIELIDES, Theo. **Restorative Justice Theory & Practice**. Helsinki: Heuni, 2007.
- GEERTZ, Clifford. **O saber local**. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.
- MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**. 6ª Edição. São Paulo: Cortez, 2007.

SARAT, Austin; NASSER, Hussein. **Forgiveness, Mercy and Clemency**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

SCHUCH, Patrícia. Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa. **Civitas Revista De Ciências Sociais**, 8(3), 2009, 498-520. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2008.3.4872>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

TURNER, Johonna. **Colorizing Restorative Justice**. Produção de Eastern Mennonite University. Realização de Johonna Turner. Harrisonburg: Centre For Justice And Peacebuilding, 2020. (61 min.), Série Peacebuilder: a Conflict Transformation podcast by CJP. Disponível em: <https://www.buzzsprout.com/726384/3173743-colorizing-restorative-justice>. Acesso em: 17 maio 2021.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 3ªed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

# HETERONORMATIVIDADE E AS VIOLAÇÕES DE DIREITO: CASO KAREN ATALA E AS CRIANÇAS VS CHILE

**Denise Marques Alexandre**

Bacharelada em Direito pela Universidade Santa Cecília.

## **Resumo:**

O presente estudo versa sobre o caso chileno de Karen Atala, a fim de demonstrar quanto à estigmatização da orientação sexual nas relações de parentalidade e seus reflexos nas violações de direitos. É emblemático para a temática LGBTI+, pois versa sobre o processo judicial que retirou a custódia de suas filhas baseado em critérios discriminatórios, violando o interesse superior das crianças. Todavia, retrata a responsabilidade internacional do Estado por discriminação baseada na orientação sexual, bem como, a intromissão arbitrária na vida privada e familiar, partindo da hipótese em que os direitos humanos LGBTI+ são garantidos no atual sistema interamericano. Como objetivo geral, analisaremos o caso de Karen e como objetivo específico verificaremos os direitos violados pelo governo chileno e os direitos homoafetivos garantidos pela sentença da CIDH. Sobre a metodologia, pautou-se em pesquisa bibliográfica e documental, tais como a decisão que ensejou a problemática.

**Palavras-chave:** Direitos LGBTI+; Alienação parental; Heteronormatividade.

## **Introdução**

O presente estudo versa sobre o caso chileno da jurista Karen Atala, a fim de demonstrar quanto à estigmatização da orientação sexual nas relações de parentalidade podem refletir diretamente nas violações de direito.

A concepção de família, assim como o direito de família contemporâneo vem se renovando constantemente de acordo com as transformações das relações sociais, de suas identidades e de suas individualizações de estilos de vida.

A des(construção) dos conceitos que ora versam sobre família, maternidade, filiação e parentesco deprecam para a ciência, principalmente para a ciência jurídica a percepção que são construções sociais, advindas de construções culturais e/ou de criações humanas, posto que não se configuram estáti-

cos e prontos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as transformações sociais, culturais, políticas e econômicas, ampliaram consideravelmente as relações e interações de forma a constituírem uma evolução global positiva, especialmente o que tange a ciência jurídica e seus postulados garantidores do direito, como a Declaração de Direitos Humanos (1948) e, no Brasil, o Código Civil (2002).

Partindo desses pressupostos, observa-se que é neste complexo ambiente de múltiplas relações que a ciência jurídica terá que acolher demandas específicas como a vivenciada no caso *Karen Atala e Crianças vs Chile*, o qual se tornou emblemático para a temática LGBTI+, pois versa sobre o processo judicial que lhe retirou a custódia de suas filhas, com base em preceitos discriminatórios relacionados a sua orientação sexual, estabelecendo um contexto de alienação parental, bem como, a violação de interesse superior das crianças e a intromissão arbitrária da vida privada e familiar.

Para tanto, o presente texto será apresentado em três momentos que estarão subsequentes a introdução. Sendo assim, no primeiro item terá a explanação do Caso *Karen Atala e Crianças vs Chile*, proposta que abordará sobre as minúcias que configuraram as violações de direito. No segundo momento serão apresentadas as concepções de direitos humanos e a perspectiva da heteronormatividade, visando compreender se o sistema interamericano é regido por tais valores. No terceiro momento, terá a construção dos paralelos estabelecidos entre as configurações de violação de direitos, bem como, a reflexão sobre as mudanças legislativas para garantia dos direitos LGBTI+ que o Caso *Karen Atala* referendou em sua resolução.

## **Caso Karen Atala e Crianças vs Chile**

O caso da jurista Karen Atala, foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 24 de novembro de 2004, frente as questões que envolviam as decisões, advindas do seu antigo relacionamento com Ricardo Jaime López Allendes, com quem foi casada desde 29 de março de 1993 a março de 2002. Fruto desse relacionamento nasceram as três filhas: M. nascida em 1994, V. em 1998 e R. em 1999.

Em março de 2002, a senhora Atala e o senhor López se divorciaram e decidiram, mutuamente, que a guarda das filhas, bem como seus cuidados, seria de responsabilidade da mãe. Porém, em meados de novembro de 2002, a senhora Emma de Ramón companheira da senhora Atala começou a morar na mesma residência que suas três filhas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Posteriormente, em janeiro de 2003 o pai das meninas interpôs uma demanda de guarda e tutela perante o Juizado de Menores de Villarrica, argumentando que a guarda da mãe colocava em risco o desenvolvimento físico e emocional das crianças, uma vez que seu relacionamento com a senhora Emma Ramón estava interferindo negativamente no desenvolvimento das



menores.

O senhor Lopez apontou que a orientação sexual da senhora Atala e o convívio lésbico com Emma, estaria desconfigurando no plano jurídico a atribuição de normalidade aos casais heterossexuais, sendo assim acarretando uma desnaturalização do sentido de casal homem-mulher, alterando o sentido de família e afetando valores fundamentais da sociedade. Ainda na interposição, apontou que viver com o casal lésbico traria riscos biológicos para as crianças, no sentido de estarem mais expostas a doenças sexualmente transmissíveis como AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou, em português, Síndrome de Imunodeficiência Adquirida) e herpes. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Na contestação, a senhora Atala manifestou que as alegações apresentadas além de serem preconceituosas, continham desconhecimento do direito à identidade homossexual, pela distorção dos fatos e, principalmente, pela desconsideração do interesse das filhas. Contudo também argumentou que as alegações feitas acerca da sua identidade sexual nada têm a ver com sua maternidade e deveriam ficar fora da litis.

No mesmo ano, senhor Lopez, através de sua advogada, solicitou a guarda provisória das menores, antes que o processo chegasse ao fim. O Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda ao pai e regulou as visitas da mãe, apesar de admitir que não havia razões para acreditar na incapacidade de maternagem. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 29 de outubro de 2003, a Juíza Substituta do supramencionado Juizado proferiu sentença negando a guarda ao pai, sob a afirmação de que a orientação sexual da Sra. Karen não possuía nenhuma relação com a sua capacidade de ser mãe, além de não existir, comprovadamente, nenhum risco à saúde das crianças. Sendo assim, afirma, de forma contundente, que a nova relação afetiva da Sra. Karen Atala não oferecia nenhum tipo de risco às suas três filhas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em meados de 2004, o Sr. Ricardo recorreu da decisão perante à Corte Suprema do Chile, afirmando que os Juízes do Tribunal de Recursos de Temuco cometeram um grave erro. Afinal, em sua decisão, a Quarta Câmara concedeu a guarda definitiva das menores ao pai, afirmando, dentre outros motivos, que as meninas estavam em situação de risco, uma vez que o ambiente familiar vivido por elas era distinto daquele vivenciado por seus colegas de escola, ocasionando isolamento, e até mesmo discriminação e intercorrências no desenvolvimento das filhas.

A decisão do magistrado foi baseada pela redação do artigo 225 do Código Civil chileno, afirmando existir uma “causa qualificadora” que justificaria a entrega da guarda definitiva ao senhor Lopez. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 2010, o caso Karen Atala e Crianças vs Chile, foi encaminhado à

Corte Interamericana pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que a queixa foi apresentada contra o Estado chileno sob os argumentos de que o referido processo relaciona-se com a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência na vida privada e familiar da senhora Atala, por devido a sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na perda da guarda de suas filhas.

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), declarou que o Estado chileno foi internacionalmente responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, mencionados nos artigos 24 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação a Karen Atala; do direito à igualdade e à não discriminação, observados nos artigos 24, 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo das crianças; do direito à privacidade, com fulcro nos artigos 11.2 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação à Karen Atala; dos artigos 11.2 e 17.1 combinado com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala e de suas filhas; do direito de ser ouvido, com base nos artigos 8.1, 19 e 1.1 da Convenção Americana, em prejuízo de menores de idade; da garantia de equidade, presente nos artigos 8.1 e 1.1, da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em prejuízo de Karen Atala.

Percebe-se que o Estado chileno ao submeter-se a jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, possibilitou que suas decisões fossem avaliadas e julgadas com base em documentos legais internacionais, permitindo, assim, a presença da Interconstitucionalidade.

Assim sendo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza-se dos conceitos mencionados no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, chegando à conclusão de que discriminação seria:

“Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Cabe ressaltar, que na descrição do o termo “discriminação” a Corte busca ampliar as e trazer um caráter geral para a fim de tutelar com mais segurança o maior número de indivíduos na sociedade, independentemente de suas distinções. O direito à igualdade e à não discriminação são fundamentais à proteção de direitos humanos em âmbito nacional e internacional. Relacionados, ambos os princípios possuem fortes ligações (CTIDH, 2012). Nos últimos anos, uma das agendas temáticas que tem tomado forma no Sistema

Interamericano de Direitos Humanos (SIDH, ou Sistema) é a dos direitos LGBTI+.

## **Direitos Humanos e heteronormatividade**

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada com o intuito de evitar situações como as vividas na segunda guerra mundial, com seus fatídicos momentos de sofrimento e horror. A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferências, sobre Organização Internacional. Teve como objetivos essenciais a promoção e manutenção da paz mundial, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, a promoção de ações que reduzam as diferenças sociais e consequentemente promoção de direitos humanos.

Considerada como marco na história, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, anunciada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, é considerada uma norma a ser respeitada por todos os povos e nações. Sendo assim, os direitos humanos assumem, no plano internacional, um contexto mais amplo alcançando declarações e convenções internacionais. No âmbito interno dos Estados, esses direitos foram regulados juridicamente, alçando-os à ordem de direitos fundamentais, tendo como essência a dignidade da pessoa humana.

É sabido que para preservar a dignidade humana torna-se necessário garantir a efetivação de direitos, especialmente o que tange os direitos LGBTI+, afinal é necessário compreender os avanços e retrocessos que versam o que alguns compreendem como novos direitos: o direito à diversidade sexual e a identidade de gênero, passando também pela descriminalização e despatologização da prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, e da vivência de gênero.

Historicamente, a sexualidade tem sido pautada pelo pensamento cristão, sendo assim, instrumentalizada a serviço da Igreja e das classes dominantes de cada época, configurando aversão tudo aquilo que não se enquadra no padrão heteronormativo (SARLET, 2012). Infere-se, portanto, que a ética cristã está muitas vezes diretamente ligada à origem do preconceito e da exclusão de direitos de vários seguimentos da sociedade, incluindo as pessoas LGBTI+.

No âmbito jurídico, o que é propugnado no texto legal é que se deve tratar todos os indivíduos de maneira igualitária, porém, a situação é outra, uma vez que inúmeros direitos são negados aos homossexuais, desde direitos civis, até na tutela penal e nas relações de trabalho. Salienta-se, que o pensamento e o saber social se encontram essencialmente prejudicados “na medida em que não incorpora uma análise crítica da definição moderna do homo/heterossexualidade” (SEDGWICK, 1998, p. 11).

A sociedade atual elege, como padrão de expressão sexual, a heterossexualidade que consiste no heterossexismo, “que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade

ocupa a posição superior” (BORRILLO, 2010, p. 31). Paralelamente ao heterossexismo, configura-se a heteronormatividade que é a manifestação das “expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade” (MISKOLCI, 2009, p. 332). Posto isto, origina-se a homofobia, caracterizada pelo desdém e pela segregação das sexualidades, que fogem a normatização heterossexual.

Em decorrência à matriz heteronormativa que baliza a construção do Direito é que se estabelece a discriminação, sendo assim, torna-se essencial discutir a heteronormatividade nas instituições jurídicas. Para tanto, realizar-se-á uma breve observação dos institutos do Direito que mais diretamente versem sobre à dignidade de alguém que fuja do padrão heterossexual.

Desta forma, importa salientar que a jurisprudência é sempre maleável, sendo assim possui avanços e retrocessos, afinal são dotadas de dinâmica própria dentro de um universo heterogêneo de julgadores que podem levar decisões louváveis, e outras deploráveis (PANDJIARJIAN, 2002, p. 8), haja vista o caso Karen Atala e Crianças *vs* Chile.

Entretanto, faz-se importante refletir sobre a concessão a partir deste binômio pai-mãe consubstancia uma visão heteronormativizada de um casal homossexual, que não corresponde à existente. Na realidade, trata-se de uma interpretação heteronormativa dos institutos que, necessariamente, tratam casais homossexuais na dinâmica de casais heterossexuais.

Pelo que fora até então exposto, a maioria dos institutos do Direito, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), devem preservar as configurações familiares homoparentais, no sentido de evitar a violação do direito à igualdade e à não discriminação.

## **A intersecção entre Alienação Parental e o direito das crianças.**

O Direito deve tratar todos de modo igual, no entanto, como visto no Caso Karen Atala, os homossexuais e as famílias homoparentais ainda não são assim tratados, tendo em vista que o Ordenamento Jurídico, por diversas vezes, não garante os mesmos direitos dos heterossexuais às minorias sexuais. Sem sombra de dúvidas, após o divórcio de um casal é comum observar um certo grau de animosidade entre cônjuges, afinal nem sempre as decisões sobre os cuidados do infante são congruentes.

Atinente ao caso Karen Atala e Crianças *vs* Chile, a decisão inicial da guarda das filhas após o divórcio da senhora Atala e o senhor Lópes, foi mutuamente decidida que a guarda, bem como os cuidados das filhas, seria de responsabilidade da mãe. Porém, posteriormente, o pai das meninas interpôs uma demanda de guarda e tutela perante o Juizado de Menores, argumentando que a guarda da mãe colocava em risco o desenvolvimento físico e emocional das crianças, uma vez que a senhora Atala havia assumido seu relacionamento lésbico com a atual companheira.

Reconhecido o divórcio, muitas vezes os cônjuges que romperam a relação ainda não tiveram a chance de elaborar de forma sadia o afastamento do antigo parceiro afetivo, assim como, não sabem lidar com os episódios de raiva, descontentamento e luto da relação. Como recorda Ribeiro (2000), em muitos casos, embora tenha havido a separação de fato do casal, não foi efetuada a separação emocional e o casal segue vivenciando sentimentos de desilusão com o casamento. Frente a esse fato, os desentendimentos do antigo casal se ampliam intensamente e atingem de forma perversa os filhos, gerando danos muitas vezes irreparáveis na saúde mental da criança.

Entretanto, faz-se importante refletir que quando a parentalidade e a conjugalidade se misturam, deve-se buscar distinguir entre os aspectos que dizem respeito ao casal e a relação entre pais e filhos, especialmente para evitar a síndrome de alienação parental.

No contexto de rompimento e separação, o direito tutela, principalmente, a dignidade psicológica dos infantes que, muitas vezes, se encontram em meio a disputas mesquinhas e comportamentos nocivos. A alienação parental é caracterizada pela doutrinação do menor, quando o genitor guardião desqualifica a imagem do ex-cônjuge, impede a visita ou invalida o papel que essa figura representa para a criança.

O fenômeno da alienação parental, no Brasil, há algum tempo já é tratado no cotidiano forense, ganhou por meio da Lei 12.318/2010, critérios para sua identificação, e também medidas a serem utilizadas para enfrentá-lo, aperfeiçoando-se assim o sistema jurídico brasileiro no que tange a proteção à infância e à juventude.

Para tanto, foi editada a recente Lei 12.318/2010, que assim veio disciplinar a matéria:

“Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a

criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3o A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.”

Vai de encontro com o nosso sistema constitucional de proteção a criança e o adolescente, que assim prescreve:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.  
(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Na mesma linha de proteção, encontra-se a tutela normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 3o A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4o É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

(...)

Art. 5o Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

(...)

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (...)

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituída,

assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

Assim, o problema deve sempre ser enfrentado no intuito de parar e neutralizar a atividade do ascendente alienador em relação ao filho afetado, devendo o Judiciário intervir sempre que legitimamente provocado para zelar pela sadia convivência entre pais e filhos, valendo-se, inclusive, de perícia social e psicológica do caso.

O termo alienação parental foi registrado na Classificação Estatística de Doenças e Problemas relacionados à Saúde (CID 11), que entrará em vigor em primeiro de janeiro de 2022. Cabe ressaltar, que o CID não é apenas um Manual de doenças, é considerado também um manual de doenças e condições, inclusive sociais, que são influenciadoras do estado de saúde do ser humano, e especificamente um problema relacional da criança com o cuidador.

Em suma, é possível constatar que o fenômeno alienação parental pode acarretar incalculáveis danos à saúde mental dos infantes, com sérias repercussões em sua qualidade de vida, o que demandará intensa atividade terapêutica para tratamento das vítimas, a fim de se romper com tal comportamento nocivo capaz, inclusive, de se estender para futuras gerações.

Diante das considerações ora propostas acerca da alienação parental, evidencia-se que o sistema jurídico deve-se aperfeiçoar cada vez mais a fim de prevenir e/ou combater os nocivos efeitos deste processo destrutivo na vida dos personagens envolvidos nesta complicada trama da vida real. Como destacou a Corte IDH quando elencou as questões do caso Karen Atala, o “interesse superior da criança” não pode servir para reproduzir um “estigma social”. Em segundo lugar, a violação da vida privada pelos processos de investigação, inclusive nos locais de trabalho da mãe. Em terceiro lugar, determinou a indenização por danos materiais, danos morais, assistência médica e psicológica às vítimas de discriminação

Pelo que fora até então exposto, no caso Karen Atala o Estado do Chile não cumpriu as recomendações e o caso foi conduzido a Corte IDH para apreciação em 2010, proferindo sentença em 24 de fevereiro de 2012. Ao se pronunciar a Corte IDH apontou que o Estado Chileno em sua decisão de proteção do interesse superior das crianças, restou por violar o direito à igualdade e não discriminação, direitos consagrados e protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Por fim, a Corte IDH fixou as seguintes indenizações referentes: a soma das despesas já realizadas com tratamento médico e psicológico; título de indenização por dano imaterial para a senhora Atala e para cada uma das crianças (M., V. e R). Além disso, também fixou a quantia de referente as custas e gastos durante o processo.

## Considerações Finais

A proposta inicial da pesquisa se deu sobre o emblemático caso da Sra. Karen Atala em que teve seus direitos à igualdade e a não discriminação cerceado pelo Estado chileno num processo de guarda. O senhor Lópes, pai das crianças ao saber que após o fim do casamento a Sra. Atala entrou num relacionamento homoafetivo, ingressou ao Juizado de Menores local para que ele obtivesse a guarda das três filhas. Passando por todo processo judicial e chegando a Suprema Corte Chilena foi concedida a guarda das crianças ao pai. Contudo, os fundamentos das decisões tinham caráter discriminatório.

Durante a pesquisa se constatou que foi reconhecido pela Corte IDH a violações do direito à igualdade e a não discriminação consignados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em que o Estado chileno usou o sistema jurídico interno para perpetuar o tratamento desigual entre a população LGBTI+ comparado aos heterossexuais, assim como a evidente discriminação baseada apenas na sexualidade dos litigantes. Negar a proteção de um direito com base na orientação sexual do indivíduo equivale a deslegitimar uma alternativa válida de vida e sancionar tais pessoas por isso. Inexistem razões objetivas para tratar de maneira diferente pessoas que, por sua orientação sexual, decidem compor um casal com alguém de mesmo gênero.

Todavia, ao deslegitimar o Sistema Interamericano, demonstra um posicionamento retrógrado e estereotipado em relação ao conceito de família (CTIDH, 2012, §§141-146; 2016, §§159-161), bem como, o desconhecimento das obrigações assumidas pelo Estado. Lembrando ainda, que adotar tal postura negacionista de direitos implicaria a continuidade da discriminação histórica e estrutural sofrido por essas minorias.

Por tudo que fora trazido até aqui, o caso Karen Atala, como outros apreciados pela Corte IDH, servem de paradigma para todos os Estados membros da OEA e a comunidade LGBTI+, o tratamento igualitário e não discriminatório deve permear todo sistema jurídico interno para que não haja violações dos direitos consignados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

## Referências

ALVES, Paulo; MOTA, Catarina. **Identidade de Gênero e Orientação Sexual na Adolescência** Natureza, Determinantes e Perturbações. Revista Eletrônica de Educação e Psicologia, no 2, p. 45-61, 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08 mar. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 21 abril. 2021.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um conceito**. Belo Ho-



rizonte: Autêntica, 2010.

BROCKHAUSEN, Tamara. **Revista psique ciência & vida**. Ano V, no 57. São Paulo: Escala, 2010.

**COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 12 jan. 2021.

CORDEIRO, Laís. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a partir do Constitucionalismo Multinível, do Transconstitucionalismo e da Interconstitucionalidade: Desafios e Limites**. Goiânia/Goiás, 2015. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5442/5/Dissertacao%20-%20Laís%20Vaz%20Cordeiro%20-%202015.pdf>. Acesso em: 29 maio. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas)**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf). Acesso em 02 fev. 2020.

CRUZ DE OLIVEIRA, Luciana Estevan. **Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 11 - n. 37, p. 141 - 168, Edição Especial, 2012 Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/os-principios-da-igualdade-e-da-nao-discriminacao-diante-da-autonomia-privada-o-problema-das-acoes-afirmativas>. Acesso em 08 mar. 2021

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4a ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

**ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. La Paz, Bolívia, 1979. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

FICO, Bernardo. **Atala e Duque: igualdade e não discriminação sob a óptica interamericana**. Revista Humanidades em Diálogo, volume 8, 2017

HERRERA FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os Direitos Humanos como Produtos Culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação**. 2002. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0C-FMQFjAA&url=ttp%3A%2F%2Fwww.tjmt.jus.br%2FINTRANET.ARQ%2F-CMS%2FGruPOpaginas%2F59%2F459%2Ffile%2Festereo%2Festereo\\_tipos\\_Genero\\_V\\_ale-ria\\_Pandjiarjian.doc&ei=4CUQUMGDMKHm0QGA\\_w4GYBA&usq=A\\_QjCNF-JTX9gxStUjZ64PS-5RDQQZhSyqg](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0C-FMQFjAA&url=ttp%3A%2F%2Fwww.tjmt.jus.br%2FINTRANET.ARQ%2F-CMS%2FGruPOpaginas%2F59%2F459%2Ffile%2Festereo%2Festereo_tipos_Genero_V_ale-ria_Pandjiarjian.doc&ei=4CUQUMGDMKHm0QGA_w4GYBA&usq=A_QjCNF-JTX9gxStUjZ64PS-5RDQQZhSyqg)>. Acesso em: 23 jul. 2021.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Proteção internacional à diversi-**

**dade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação e identidade de gênero.** Anuário de Derecho Público, n. 1, p. 173-190, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6389061>. Acesso em 01 mar. 2021.

**REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** 2013. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/regulamentocidh2013.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

RIBEIRO, Victor Oliveira; VICENTE, Laila Maria Domith. **Apontamentos a respeito da criminalização da homofobia a partir da Criminologia Crítica.** In: Anais do VI Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero: Salvador, 2012.

RICH, A. **Heterossexualidade compulsória e existência lésbica.** Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 4, n. 05, 27 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 99.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. **Epistemología del Armario.** Barcelona: Edciones de La Tempestad, 1998.

# A OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR ASSEGURAR AS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE E A VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR EM PORTUGAL

**Maíra Costa Teixeira Brás**

Mestranda em Direito e Ciências Jurídicos-Laborais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada. ORCID 0000-0002-1594-4288

## **Resumo:**

A entidade patronal tem o poder regulamentar para emissão de regras a fim de proporcionar a prestação do trabalho em condições de segurança, saúde e higiene aos trabalhadores, através de normativas, denominadas Regimento Interno. As diretrizes determinadas para verificar o uso de álcool e drogas, estão previstas no artigo 19º do Código do Trabalho português. O objetivo deste trabalho é estudar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, concernente à natureza jurídica, os limites do Regulamento Interno estipulado pelo empregador em uma empresa e a proteção ao direito de personalidade do trabalhador no Direito português. Destarte, os resultados da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, documental evidenciam que os deveres da entidade empregadora podem conflitar com o direito de personalidade, inclusive à reserva da vida privada dos empregados. E, deve-se obedecer aos parâmetros da proporcionalidade, necessidade e adequação, previstos na Constituição da República Portuguesa.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Direito do Trabalho; Direitos de personalidade dos trabalhadores; Regimento interno de empresa.

## **Introdução**

A Constituição da República Portuguesa em seu preâmbulo prevê uma sociedade socialista, tendo sido criada em 1976, após a Ditadura de Salazar, conhecido como Estado Novo. Com a queda do regime fascista, graças ao Movimento das Forças Armadas, conhecido como Revolução dos Cravos, realizado em 25 de abril de 1974, Portugal e os portugueses, viram a democracia e o Estado Democrático de Direito ressurgir aos poucos. E, assim, retomar a credibilidade por um Estado que garanta os direitos e deveres dos

cidadãos lusitanos<sup>1</sup>.

A data de 25 de abril é um dos principais marcos históricos dos portugueses, sendo uma das celebrações mais democráticas e emocionantes que se vê atualmente. O sentimento de gratidão, de agradecimento ao Movimento das Forças Armadas para extinguir o Estado Novo e proporcionar ao povo uma nova democracia é ensinado e transmitido de geração em geração. Pois, é com orgulho que Portugal revê o passado repleto de grandes dificuldades financeiras, económicas, de restrições de direitos e enfrenta o presente, com credibilidade para novos tempos.

Concernente ao Direito Laboral Português, no ano de 1940, período conhecido como Estado Novo, através do Decreto-Lei n.º 30910, de 23 de novembro de 1940, foi consolidado o Código de Processo dos Tribunais de Trabalho, que entrou em vigor em 1941<sup>2</sup>. Em 2009, entrou em vigor o novo Código de Trabalho português (CT), que alterou consideravelmente o sistema e a numeração do Código anterior datado de 2003. Porém, em 2019, sofreu mais uma grande atualização da legislação trabalhista, sem, contudo, alterar as relações de trabalho<sup>3 4</sup>.

Desta maneira, Direito Laboral e o Direito Processual do Trabalho tratam de um Direito fortemente constitucionalizado, com regras, princípios, direitos, deveres, liberdades e garantias previstas aos trabalhadores. Tendo em vista, o regime constitucional de segurança do emprego, previsto no artigo 53.º da Constituição da República (CRP).<sup>5</sup> Isto é, o ordenamento jurídico

1 FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 20.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, pág. 58, “Com a abolição do regime corporativo, ou seja, após 25 Abril de 1974, dir-se-ia estar aberto um longo caminho de renovação do ordenamento jurídico-laboral português. E logo o DL 203/74, de 15 de Maio (Programa do Governo Provisório), na esteira do Programa do Movimento das Forças Armadas (publicado em anexo à Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de Maio), previu em termos genéricos um vasto conjunto de medidas legislativas relacionadas com o domínio do Direito do Trabalho (por exemplo: extinção do sistema corporativo e sua substituição por um aparelho administrativo; revogação do Estatuto do Trabalho Nacional; garantias de liberdade sindical; estabelecimento de novos mecanismos de resolução de conflitos colectivos de trabalho; criação de um salário mínimo nacional; etc).”.

2 CORREIA, António Damasceno. **Os Meios de Alternativos/Complementares de Resolução de Conflitos Laborais**, in Sociedade e Trabalho n.º 36, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social. Lisboa: GEP – Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, 2009; págs. 53 e ss.

3 MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luis Miguel / VASCONCELOS, Joana / BRITO, Pedro Madeira de / DRAY, Guilherme / SILVA, Luis Gonçalves da. **Código do Trabalho Anotado**. 13.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020; Nota Prévia à 13.ª Edição, págs. 13 e 14.

4 Em posição contrária, FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 20.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, pág. 30, nota de rodapé: “Como se assinalará relativamente a várias matérias, este ‘traço de carácter’ tem vindo, sobretudo a partir do CT2003, a atenuar-se, na linha de evolução que conduz, pouco a pouco, este ramo de Direito para longe de sua originária fisionomia e razão de ser. A lei do trabalho tende, hoje, significativamente, a ser meramente ‘supletiva’ no que toca às garantias dos trabalhadores, e a ser fortemente ‘imperativa’ no respeitante às limitações dos direitos dos mesmos trabalhadores, no interesse do empregador. A L. 23/2012 constituiu um momento culminante dessa tendência.”.

5 CRP – “Artigo 53.º - Segurança no emprego: É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.” Disponível

português não admite a dispensa do trabalhador sem justa causa, e assim, prima pela manutenção do emprego.

Neste mesmo sentido, o Código de Processo do Trabalho de Portugal (CPT) prevê em seu artigo 74º, o princípio da condenação *extra vel ultra petendum*<sup>6</sup>, que estipula a obrigatoriedade de que o “*O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 412º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos coletivos de trabalho.*”<sup>7</sup>

Assim, conforme preceituam os artigos 14º ao 22º do Código de Trabalho que tratam de direitos irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis, portanto, protegidos pelo art. 74º do CPT. Pois, estipulam os direitos de personalidade, tais como, liberdade de expressão e de opinião; integridade física e moral; reserva da intimidade da vida privada; proteção de dados pessoais; dados biométricos; testes e exames médicos; meios de vigilância a distância e sua utilização e confidencialidade de mensagens e de acesso a informação.

Destarte, com a previsão constitucional de preservação dos direitos de personalidade do trabalhador, inclusive à vida privada, os Tribunais têm decidido pela garantia da tutela do trabalhador, acerca de direitos indisponíveis, tais como, férias; salário; acidente de trabalho; direitos de personalidade e a reserva à vida privada do trabalhador.

Assim, não obstante as regras laborais previstas no Código de Trabalho e Processual do Trabalho, a Constituição da República e os instrumentos de regulamentação coletiva, algumas empresas estipulam regras em seus Regimentos Internos. O que se pretende no estudo deste trabalho é verificar se as normas dos Regulamentos internos de empresa estão amparadas pelas regras laborais e constitucionais, sem violação aos direitos fundamentais, ao direito de personalidade, inclusive à reserva da vida privada dos empregados.

## **Regimento Interno da Empresa – Poder Regulamentar do Empregador – Fontes do Direito do Trabalho**

O artigo 1º do Código de Trabalho prevê quais são as fontes do direito do trabalho “*O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, assim como aos usos laborais que não contrariem o princípio*

vel em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=4A0053&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0053&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo), acesso em 18/11/2021, às 15h31.

6 BRITO, Pedro Madeira de. **A Tramitação do Processo Declarativo Comum no Código de Processo do Trabalho**. Em Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Volume III. Coimbra: Ed. Almedina, 2002, pág. 470, define como razão para o instituto da condenação além do pedido como, “*o que constitui uma das especificidades do processo de trabalho e reflecte o interesse público na satisfação efectiva de direitos irrenunciáveis. Porém, isto só pode acontecer quando esteja em causa a aplicação à matéria de facto de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva (artigo 74º)*”

7 CPT, Lei n.º. 107/2019, de 09 de setembro, disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=487A0074&nid=487&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=487A0074&nid=487&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo), acesso em 18/11/2021, às 15h35.

da boa-fé.”<sup>8</sup> Logo, as fontes específicas do direito do trabalho, “*Resulta deste artigo que o contrato de trabalho está sujeito – fontes imediatas – aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, ou seja, a fontes negociais (autónomas) e não negociais (heterónomas). De facto, a expressão instrumentos de regulamentação coletiva abrange a convenção coletiva, o acordo de adesão e a decisão de arbitragem voluntária (instrumentos negociais), bem como a portaria de extensão, a portaria de condições de trabalho e a decisão de arbitragem obrigatória, que inclui a necessária (instrumentos não negociais, cfr. Artigo 2º).*”<sup>9</sup>

Não obstante, o Regulamento Interno estipulado por uma empresa, previsto no artigo 99º do Código do Trabalho, não estar previsto no rol de fontes do Direito do Trabalho, conforme preceitua o artigo 1º do CT, o Empregador tem Poder Regulamentar, que é a forma de conduzir as relações laborais, organizar as regras do trabalho, na melhor dinâmica àquela empresa<sup>10</sup>.

Todavia, existe divergência doutrinária acerca do tema e para alguns doutrinadores, “*o Regulamento de empresa é uma fonte laboral, devendo-se invocar-se o carácter geral e abstrato das suas disposições para esta qualificação.*”<sup>11</sup>

No entendimento deste trabalho, o Regulamento interno de uma empresa não é fonte de Direito de Trabalho<sup>12</sup>, por ter natureza jurídica de contrato de adesão<sup>13</sup>. Uma vez que as suas regras foram estipuladas unilateralmente pelo empregador, não obstante a regra estipulada no artigo 99º, n.º 2 do CT, audiência prévia da comissão de trabalhadores ou outra estrutura interna de representação coletiva de pessoal. Porém, nem sempre este requisito é

8 CT - Artigo 1.º - Fontes específicas, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1047A0001&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1047A0001&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo), acesso em 18/11/2021, às 16h15.

9 SILVA, Luís Gonçalves. **Código do Trabalho Anotado**. 13.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, Págs. 49 e 50.

10 Assim entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão referente ao Processo n.º 585/13.1TTVFR.P1.S1, 4ª Seção, Relator Ministro Chambel Mourisco, Data do Acórdão 01/16/2017, “*1. As circulares e ordens de serviço, quando constituam um instrumento regulador, de aplicabilidade genérica no âmbito da empresa e com reflexos diretos na relação contratual, devem qualificar-se como regulamentos internos. 2. Estes instrumentos emitidos pelo empregador configuram uma proposta contratual que, uma vez aceites por adesão expressa ou tácita dos trabalhadores, passam a obrigar ambas as partes em termos contratuais e a integrar o conteúdo dos contratos individuais de trabalho celebrados.*”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b-980256b5f003fa814/64435c3cc8fd242e802581330032418b?OpenDocument> acesso em 18/11/2021, às 17h49.

11 SILVA, Luís Gonçalves. **Código do Trabalho Anotado**. 13.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, Pág. 51.

12 Neste mesmo sentido, assim entende, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 8.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2017; pág. 188.

13 Em sentido contrário assim posiciona-se a doutrinadora LAMBELHO, Ana. **O Poder Regulamentar do Empregador**. in *Prontuário de Direito do Trabalho*, ano 2020, n.º I. Centro de Estudos Judiciários – CEJ. Lisboa: Ed. Almedina, 2020, pág. 228, “*Concluimos que se justifica o reconhecimento e o tratamento doutrinário autónomo de um verdadeiro poder regulamentar de que o empregador é titular, distinto quer do poder de direção quer do poder disciplinar, embora todos comunguem do mesmo fundamento e objetivo último. Com efeito, este poder de dar instruções e de organizar de modo estável a vida da empresa, de uma forma geral e abstrata, obedecendo a um procedimento próprio, coloca problemas diferentes dos suscitados pelos poderes de direção e disciplinar sendo, por isso, importante a sua consideração autónoma.*”

observado<sup>14</sup> e não há qualquer participação da outra parte da relação laboral, qual seja, o trabalhador.

## Regulamento interno e o direito de personalidade do trabalhador

A denominação para o documento estipulado pela empresa para determinar as normas de organização, disciplina, conduta, podem ser desde Regulamento/Regimento Interno, Código de Conduta ou de Ética e normas internas.<sup>15</sup> Mas todos possuem natureza de regulamentos internos de empresa, independentemente da nomenclatura e devem respeitar os preceitos do Código de Trabalho, Constituição da República e demais leis laborais.<sup>16</sup>

Algumas instituições estabelecem regras com o objetivo de organização do trabalho que obrigam os empregados à realização de exames que comprovem a não ingestão de bebidas alcoólicas ou consumo de drogas; o uso obrigatório de fardas<sup>17</sup>; proibição de consumo de tabaco dentro das instalações

14 FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 20ª. Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, págs. 444 e 445, “Mas trata-se de um requisito unicamente respeitante à hipótese de regulamento interno propriamente dito, ou seja, de um documento em que, de modo mais ou menos exaustivo, se compendiam as regras respeitantes aos vários aspectos do funcionamento dos serviços. A aplicação do art. 99º só é indiscutível no caso dos chamados ‘regulamentos gerais de empresa’ ou ‘regulamentos internos’, verdadeiros códigos de conduta pormenorizados, com não raras implicações contratuais, e que incorporam o propósito de consagrar uma espécie de ‘ordenamento privativo’ da empresa.”

15 ALVES, Lurdes Dias. **Protecção de Dados Pessoais no Contexto Laboral. O Direito à privacidade do trabalhador**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, págs. 29 e 70, “A protecção constitucional do direito à reserva da vida privada, verifica-se em todas as dimensões em que o cidadão se manifesta, incluindo a sua envolvente laboral. O cidadão, enquanto trabalhador, não perde pela natureza subjacente ao seu vínculo contratual – o contrato de trabalho - que tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, refletida no poder do empregador determinar ou conformar, através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, a protecção que a Constituição confere à reserva da sua vida privada. Contudo, tendo presente que o contrato de trabalho é um negócio jurídico bilateral (sinalgmático), i. e, assenta na declaração de duas vontades geradoras de obrigações recíprocas para ambas as partes (trabalhador e empregador), não podemos, por isso, esquecer os direitos do empregador, os quais também se encontram sob a tutela constitucional. Com efeito, o direito à privacidade, ainda que seja uma manifestação da protecção da dignidade da pessoa humana, não é um direito absoluto (como não é qualquer direito por mais ampla que seja a sua tutela jurídica, nem um direito superior aos outros (pois não há hierarquia entre direitos), em virtude de, em determinadas circunstâncias, o exercício efetivo de outros direitos o poderem restringir. Ainda que essa restrição esteja subordinada ao princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão: - a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.”

16 DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da igualdade no direito do trabalho, sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999, pág. 185 e 186, “nas relações privadas desequilibradas ou de domínio, que denotem e patenteiem uma situação de desigualdade matéria e nas quais a liberdade negocial de uma das partes se mostra, à partida, comprimida e cerceada pelo seu estado de necessidade ou pelo poderio económico, técnico ou social da contraparte negocial. Nestes casos, inversamente, quando determinadas pessoas singulares ou colectivas detêm um poder especial sobre outras, advogamos a aplicabilidade imediata do princípio da igualdade como forma de garantia da própria liberdade negocial de ambas as partes envolvidas e, nessa conformidade, como forma de compatibilização e harmonização dos ideais de igualdade e de liberdade, entendia esta última de autonomia privada.”

17 LAMBELHO, Ana. **O Poder Regulamentar do Empregador**. in *Prontuário de Direito do Trabalho*, ano 2020, nº. I. Centro de Estudos Judiciários – CEJ. Lisboa: Ed. Almedina, 2020, pág. 240, nota de rodapé, “Questão interessante, por poder contender com os direitos de

da empresa; entre outras regras. As diretrizes determinadas para verificar o uso de álcool e drogas, podem ser feitas observados os requisitos no artigo 19º do Código do Trabalho português<sup>18</sup>. Isto é, com a finalidade de combater acidentes de trabalho, visando a proteção, segurança e saúde do trabalhador.

No entanto, ressalta-se que, há também divergência na doutrina no que diz respeito ao direito à privacidade. Sendo uma proteção da dignidade da pessoa humana, discute-se se é um direito relativo ou absoluto, bem como, se outro direito pode se sobrepôr a este. A recolha dos exames de sangue dos funcionários para análise de uso de álcool e/ou drogas, deve ser realizada por médico credenciado, enfermeiro ou profissional do serviço de segurança e saúde no trabalho, e preservar-se o sigilo profissional.

Todavia, há divergência jurisprudencial sobre a realização deste exame. Se acarreta a violação ao direito de personalidade, inclusive à reserva da vida privada dos empregados. Pois, caso o resultado destes testes seja positivo, o trabalhador não poderá sofrer sanções, sob pena de ter o seu direito à vida privada violado<sup>19</sup>.

Isso porque, os preceitos constitucionais de liberdades, direitos e garantias devem ser respeitados por todas as entidades públicas e privadas. Como prevê a Constituição da República em seu artigo 18º, que prevê que os preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias, são vinculantes e devem ser respeitados tanto pelas instituições públicas como as privadas. Assim, o número 2 deste artigo determina que a restrição de direitos, liberda-

---

*personalidade dos trabalhadores e a proteção dos seus dados pessoais, é o da possibilidade de prever que as fardas dos trabalhadores tenham incorporado um código de barras ou um microchip que permita a sua localização, nomeadamente, com o intuito de que não se percam e que seja facilmente identificável o trabalhador a quem pertence. Já para não falar dos casos em que se prevê o controlo da assiduidade (e outros) através da implantação destes microchips nos próprios trabalhadores.”*

- 18 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto referente ao Processo nº. 520/08.9TTMTS.P2, Relator Ferreira da Costa, data do Acórdão 20/12/2011, “I - Durante a execução do contrato o trabalhador é obrigado a deixar-se submeter a teste de alcoolemia, caso o empregador ou outra pessoa, médico, enfermeiro ou técnico qualificado, por sua delegação, lho ordene. II - Proibindo a convenção coletiva aplicável a execução do contrato, durante a parte restante do respectivo dia, aos trabalhadores que, submetidos ao teste de alcoolemia, apresentem uma taxa igual ou superior a 0,5 g/l, a deteção de tal quantidade de álcool pode constituir justa causa de despedimento se, efectuado um juízo global nos termos do Art.º 396.º do CT2003, for possível extrair tal conclusão.”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9e7af332ce8b614e80257981005420cc?OpenDocument>, acesso em 26/11/2021, às 09h58.
- 19 Acórdão Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão referente ao Processo 08S931, Relator Ministro Pinto Hespagnol, Data do Acórdão 18/06/2008, “1. (...) sendo que, nos termos do ponto 5.3. do regulamento de prevenção e controlo do trabalho sob o efeito do álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas em vigor na empresa, considera-se sob a influência do álcool e inapto para o trabalho, o trabalhador que apresente taxa de alcoolemia igual ou superior a 0,5 g/l. 2. O comportamento enunciado configura uma falta grave e culposa de observância de normas de condução e segurança no trabalho, susceptível de gerar acrescidos riscos de acidentes de trabalho e perigo para a segurança da circulação dos transportes ferroviários de passageiros e mercadorias, e implica a impossibilidade prática de manter a relação laboral, já que se verifica uma situação de absoluta quebra de confiança entre a entidade empregadora e o trabalhador.”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e0476c36873de8968025746d0030cc88?OpenDocument>, acesso em 26/11/2021, às 10h34.



des e garantias, só podem ocorrer quando expressamente previstos na Constituição, desde que tenham como objetivo de salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos constitucionalmente. E, por fim, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ter caráter geral e abstrato e não podem possuir efeitos retroativos, nem diminuir os preceitos constitucionais.<sup>20</sup>

Ademais, além da previsão constitucional dos direitos e deveres fundamentais (artigos 12º a 23º da CRP), estão previstos os direitos, liberdades e garantias artigos 24º a 47º da CRP. Como bem preceitua o artigo 26º da CRP, acerca de outros direitos pessoais, tais como, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.<sup>21</sup>

Há um limiar muito ténue entre as regras acima estipuladas pelos Empregadores e os direitos fundamentais, como o direito de personalidade e vida privada do empregado, como por exemplo, a imposição periódica para realizar exames que comprovem se o empregado ingeriu bebida alcoólica, ferindo os direitos, liberdades e garantias, conforme preceitua artigo 18º da CRP.

Pois, as interpretações da norma privada devem ser feitas de forma a preservar a integridade do trabalhador, a sua vida privada, a estabilizar as relações sociais, a oferecer, desta maneira, a devida tutela ao titular do direito fundamental, respeitando, assim, o princípio da dignidade humana, preceitos contemplados na Lei Fundamental<sup>22</sup>.

20 CRP – Artigo 18º. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=4A0018&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nverso=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0018&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo) acesso em 18/11/2021, às 11h12.

21 Como bem ensinam os CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital. **CRP, Constituição da República Portuguesa, Anotada, Artigos 1º a 107º, CRP Anotada.** 4ª Ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, em anotação ao artigo 26º, nº. I da CRP, pág. 461, “*Ao reunir num único artigo nada menos do que nove direitos distintos a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere carácter comum, e que consiste em todos eles estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abrangendo fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade (cfr. AcTC nº 110/05). Não é por acaso que este preceito surge imediatamente a seguir ao direito à vida e ao direito à integridade pessoal (arts. 24º e 25º) e que a sua epígrafe refere «outros direitos pessoais», o que quer dizer: outros, além da vida e da integridade pessoal, mas integrantes da mesma categoria específica. Daí que, tal como esses, alguns destes direitos de personalidade gozem de protecção penal e que eles constituam igualmente limite de outros direitos fundamentais, que com eles possam conflitar (v.g. limite à liberdade de informação e de imprensa)”.*

22 Neste sentido, o Tribunal Constitucional decidiu acerca da “*A violação donjugada dos artigos 26º e 18º, nºs 2 e 3 da Constituição*” em Acórdão nº. 368/2002, data de julgamento 25 de setembro de 2002, Relator Conselheiro Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html> acesso em 22/11/2021, às 16h25, “*Há, no entanto, que reconhecer que, muito embora a efectivação de tais testes ou exames pressuponha a aceitação do trabalhador, a verdade é que a respectiva realização constitui, em certos casos, um ónus relativamente à obtenção do emprego e, noutros casos, um verdadeiro dever jurídico de que pode depender a própria manutenção da relação laboral.*” (...) “*Nesta mesma linha se tem orientado a jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cfr. Hanspeter Mocké, “Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art 8 CEDH) à l’aube du XXIe siècle” in Revue des droits de l’Homme, vol. 10, nº 7-10, 15/12/98, pág. 240; Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Henri Imbert, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme – Commentaire article para article”, Economica, pág. 343; Ireneu*

Portanto, o empregado cumpre as regras estipuladas de forma unilateral pela empresa, de caráter geral e abstratas. Porém, se essas normas tiverem caráter contratual, devem respeitar os ditames legais.<sup>23</sup>

Contudo, caso o poder regulamentar do empregador estipulado no regime interno interfira nos direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>24</sup>, em caso de violação, o trabalhador pode interpor Ação de Processo Especial de Tutela da Personalidade do Trabalhador, conforme preceitua o artigo 186ºE do Código de Processo do Trabalho português, como forma de afastamento das sanções oriundas de um mandamento considerado por muitos doutrinadores como análogo a um contrato de adesão. Com o objetivo de cessar a ofensa aos direitos de personalidade do trabalhador (previstos nos artigos 14º a 22º do CT). Ou seja, trata-se de uma ação especial exauriente, que não há necessidade de propositura de uma ação principal.

Não obstante, a regulamentação pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>25</sup>, há possibilidade de realização de exame médico para despistagem de tuberculose e de consumo de drogas, deve-se respeitar os ditames constitucionais e as leis<sup>26</sup>, para não infringir os direitos de personali-

---

*Cabral Barreto, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem", 2ª ed., Coimbra, 1999, pág. 184). Assim, a CEDH, por exemplo, considerou admissíveis os exames obrigatórios de despistagem da tuberculose, como a prova da tuberculina e as radiografias ao tórax, por razões de saúde pública (Requête n.º 10435/83, Roger Acmanc et autres c/ Belgique), bem como a sujeição obrigatória de um notário a exame psiquiátrico, tendo em conta o interesse geral, face ao relevo dos actos notariais (Requête n.º 8909/80, P.G. c/ République Fédérale d'Allemagne); e ainda a entrega obrigatória de urina para análise de despistagem de consumo de drogas, por parte de reclusos, considerando o interesse na prevenção criminal (Requête n.º 21132/93, Theodorius Albert Ivo Peters c/ Pays Bas)."*

- 23 BRITO, Pedro Madeira de. **Código do Trabalho Anotado**. 13.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020, Pág. 258, "O exercício do poder de emitir regulamentos previsto neste artigo diz respeito à matéria de organização e disciplinar no trabalho e consubstancia em diretrizes gerais e abstratas quanto a esses aspectos. Porém, pode acontecer que o conteúdo do regulamento interno tenha incidência contratual. Neste caso, o exercício do poder deve respeitar as regras contratuais, bem como outras disposições imperativas que enformam o conteúdo do contrato de trabalho. Sempre que constem do regulamento interno da empresa normas que extravasem os limites do contratualmente admitido ao empregador podemos ter uma proposta negociada, formulada pelo empregador, para efeitos do disposto no art. 104.º".
- 24 NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema Português de Fiscalização de Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. 2ª Ed. Lisboa: Ed. AAFDL, 2019, Pág. 120, acerca da incoerência do sistema de relações entre tribunais comuns, Tribunal Constitucional e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, afirma o autor que, não obstante a CEDH consagrar direitos que estão estipulados na Constituição portuguesa como fundamentais, e, assim, permite ao indivíduo "recorrer ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), das decisões dos Estados que, tendo ratificado a Convenção, ofendem esses direitos." (...) Porém, "o Tribunal Constitucional não pode intervir porque, como vimos, a inconstitucionalidade pode ser mais gravosa, a mais importante, mas, desde o acto inconstitucional não seja uma norma, o nosso Tribunal Constitucional estará impedido de defender a Constituição.". Assim, no entendimento deste trabalho, o trabalhador diante de ofensa aos seus direitos de personalidade, deve propor ação própria prevista no Código de Processo do Trabalho.
- 25 Vide nota de rodapé n.º 19, Acórdão n.º 368/2002, data de julgamento 25 de setembro de 2002, Relator Conselho Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html> acesso em 22/11/2021, às 16h25.
- 26 Neste sentido, assim decidiu a jurisprudência Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4712/20.4T8FNC.L1-4, Relator Leopoldo Soares, data do Acórdão 26/05/2021, disponível em [234](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc-</a></p></div><div data-bbox=)

de do trabalhador<sup>27</sup>. E, consequentemente

No entendimento deste trabalho, o regulamento interno que estipula a realização de testes de alcoolímetro com tolerância zero em Portugal deve ser declarado nulo. Isto é, regra cujos resultados sejam considerados positivos quando resultarem acima de 0,0g/l álcool no sangue. Pois, consoante o artigo 81º do Código de Estrada português, prevê que só será considerada penalidade, caso o condutor apresente taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,5g/l.<sup>28</sup>

Consequentemente, se há legislação mais favorável ao limite de tolerância ao consumo de álcool, como o Código de Estrada, não pode ser o empregado compelido a sofrer sanções previstas no Regimento Interno estipuladas pelo empregador, em caso de exames de alcoolímetro positivos quando resul-

---

732316039802565fa00497eec/e3bee5bc5292bf2c802586ef002e5658?OpenDocument acesso em 25/06/2021, às 19h15, “I- A aprovação por uma entidade patronal de um Regulamento Interno de Uso de Alcoolímetro que reputa de positivos todos os testes cujo resultado seja superior a 0,0g/l álcool no sangue, mesmo quando cotejado com o direito por parte dos trabalhadores à prestação do trabalho em condições de segurança, saúde e higiene, põe em causa por desproporcionalidade o direito à reserva da vida privada dos trabalhadores. II- O Regulamento em causa ao implementar uma política de tolerância zero para com o álcool em sede laboral comprime, restringe de forma desproporcionada o direito fundamental à reserva da vida privada dos trabalhadores, sendo que se aporta a tal conclusão tendo por padrão comparativo o disposto no artigo 81º do Código Estrada. III- Todavia, sendo certo que o Regulamento visa a protecção dos direitos dos trabalhadores, nada obstava a que o mesmo até para evitar erros e o hipotético cometimento de arbitrariedades ou abusos, fosse coonestado com a cl.ª do Instrumento de regulamentação colectiva aplicável que contempla a realização de testes de contra prova.”

27 SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Anotada, Comentada**. 1ª Ed. Lisboa, Ed. Lex, 2000, Pág. 97, “d) – a autonomia privada não pode prevalecer sobre direitos absolutos nem lesar intoleravelmente outros direitos, liberdades e garantias, cujo conteúdo essencial se mostra assim opoável a todos.”

28 Código de Estrada, Artigo 81.º - “Condução sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas - 1 - É proibido conduzir sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas. 2 - Considera-se sob influência de álcool o condutor que apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,5 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico. 3 - Considera-se sob influência de álcool o condutor em regime probatório e o condutor de veículo de socorro ou de serviço urgente, de transporte coletivo de crianças e jovens até aos 16 anos, de táxi, de TVDE, de automóvel pesado de passageiros ou de mercadorias ou de transporte de mercadorias perigosas que apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,2 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico. 4 - A conversão dos valores do teor de álcool no ar expirado (TAE) em teor de álcool no sangue (TAS) é baseada no princípio de que 1 mg de álcool por litro de ar expirado é equivalente a 2,3 g de álcool por litro de sangue. 5 - Considera-se sob influência de substâncias psicotrópicas o condutor que, após exame realizado nos termos do presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico ou pericial. 6 - Quem infringir o disposto no n.º 1 é sancionado com coima de: a) (euro) 250 a (euro) 1250, se a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l; b) (euro) 500 a (euro) 2500, se a taxa for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou, sendo impossível a quantificação daquela taxa, o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico ou ainda se conduzir sob influência de substâncias psicotrópicas. 7 - Os limites de 0,5 g/l e 0,8 g/l referidos no número anterior são reduzidos para 0,2 g/l e 0,5 g/l, respetivamente, para os condutores em regime probatório, condutores de veículos de socorro ou de serviço urgente, de transportes coletivo de crianças e jovens até aos 16 anos, de táxis, de TVDE, de automóveis pesados de passageiros ou de mercadorias ou de transporte de mercadorias perigosas.” Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=349A0081&nid=349&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=349A0081&nid=349&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo) acesso em 22/11/2021, às 11h33.

tarem acima de 0,0g/l álcool no sangue.

Assim, deve ser analisado o caso concreto. Pois, para desempenhar certas atividades, os empregados não poderão estar sob efeito de quaisquer substâncias químicas, drogas e/ou álcool. Porém estas regras devem estar estipuladas no Instrumento de Regulamentação Coletiva da categoria e não no Regimento interno da empresa. Isto é, o que se entende é que o Regulamento interno não pode prever tolerância zero para o consumo de bebidas alcoólicas, pois, viola o direito à reserva da vida privada do empregado, sob pena de ofensa à Constituição e ao princípio da dignidade humana.

Diante disso, o empregador permanece com a obrigação de assegurar as condições de segurança, higiene, saúde e a vida privada do trabalhador em Portugal. Assim, mesmo que a intenção do regulamento interno da empresa seja a prevenção de acidentes, quando a cláusula de regimento interno prevê a realização de teste de alcoolímetro, como resultado positivo superior a zero, deve ser considerada nula, por configurar violação desproporcional ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada dos trabalhadores.

## **Considerações Finais**

O empregador tem os Poderes Regulamentar e de Direção e com isso, tem a obrigatoriedade em assegurar as condições de segurança, higiene, saúde e a vida privada do trabalhador em Portugal.

Logo, o poder de subordinação jurídica dos trabalhadores, reflete-se no poder de autoridade do empregador sobre os empregados, em razão destes surge o ônus patronal de manter a urbanidade, zelar pelo bom ambiente de trabalho, a fim de garantir a harmonia e a paz laboral.

Os resultados deste estudo evidenciam que, não obstante a possibilidade de o empregador criar normas próprias, com o intuito de assegurar melhores condições de trabalho, evitar acidentes de trabalho, estipular normas, condutas de ética, padrões e uso e formas de utilização de maquinários, sempre deve constatar os preceitos fundamentais de proteção à vida privada e intimidade do trabalhador.

Desta maneira, há possibilidade de o Regimento Interno da empresa ser declarado nulo pelos Tribunais, mesmo quando estiver explícito o objetivo de assegurar as condições de segurança, higiene, saúde do empregado, por violar a vida privada do trabalhador.

Entretanto, quando há direitos e deveres em conflitos, sobre as obrigações estipuladas pela entidade empregadora e os direitos de personalidade do trabalhador, inclusive à reserva da vida privada dos empregados, devem sempre prevalecer os parâmetros da proporcionalidade, necessidade e adequação, sob pena de infração constitucional.

Portanto, demonstrou-se neste trabalho, através de análises de resultados de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, que concernente à natureza jurídica do Regulamento interno, não pode ser considerada como uma fonte de

Direito do Trabalho.

Por fim, observa-se que, não obstante a intenção do empregador e a sua obrigação em zelar e garantir condições plenas de segurança, higiene e saúde aos seus empregados, há limites do Regimento Interno e a proteção ao direito de personalidade do trabalhador no Direito português. Logo, não podem violar o direito à reserva da vida privada, intimidade dos empregados, e deve-se respeitar os princípios constitucionais de direitos humanos.

## Referências

- ALVES, Lurdes Dias. **Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral. O Direito à privacidade do trabalhador.** 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020.
- BRITO, Pedro Madeira de. **A Tramitação do Processo Declarativo Comum no Código de Processo do Trabalho.** Em Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Volume III. Coimbra: Ed. Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital. **CRP, Constituição da República Portuguesa, Anotada, Artigos 1º a 107º, CRP Anotada.** 4ª Ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CORREIA, António Damasceno. **Os Meios de Alternativos/Complementares de Resolução de Conflitos Laborais,** in Sociedade e Trabalho nº 36, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social. Lisboa: GEP – Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, 2009.
- DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da igualdade no direito do trabalho, sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho.** 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.
- FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho.** 20ª. Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020.
- LAMBELHO, Ana. **O Poder Regulamentar do Empregador.** in Prontuário de Direito do Trabalho, ano 2020, nº. I. Centro de Estudos Judiciários – CEJ. Lisboa: Ed. Almedina, 2020.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho.** 8.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2017.
- MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luis Miguel / VASCONCELOS, Joana / BRITO, Pedro Madeira de / DRAY, Guilherme / SILVA, Luís Gonçalves da. **Código do Trabalho Anotado.** 13.ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema Português de Fiscalização de Constitucionalidade – Avaliação Crítica.** 2ª Ed. Lisboa: Ed. AAFDL, 2019.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Anotada, Comentada.** 1ª Ed. Lisboa, Ed. Lex, 2000.

## Jurisprudências consultadas

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça referente ao Processo 08S931, Relator

Ministro Pinto Hespanhol, Data do Acórdão 18/06/2008, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e0476c36873de-8968025746d0030cc88?OpenDocument>, acesso em 26/11/2021, às 10h34.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão referente ao Processo n.º 585/13.1TTVFR.P1.S1, 4ª Seção, Relator Ministro Chambel Mourisco, Data do Acórdão 01/16/2017, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/64435c3cc8fd242e802581330032418b?OpenDocument> acesso em 18/11/2021, às 17h49.

Acórdão do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 368/2002, data de julgamento 25 de setembro de 2002, Relator Conselheiro Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html> acesso em 22/11/2021, às 16h25

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 4712/20.4T8FNC.L1-4, Relator Leopoldo Soares, data do Acórdão 26/05/2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e3bee5bc5292bf-2c802586ef002e5658?OpenDocument> acesso em 25/06/2021, às 19h15

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto referente ao Processo n.º 520/08.9TT-MTS.P2, Relator Ferreira da Costa, data do Acórdão 20/12/2011, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9e7af332ee-8b614e80257981005420cc?OpenDocument> , acesso em 26/11/2021, às 09h58.

## **Plataforma Online consultada**

Código de Estrada, Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=349&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=349&tabela=leis&so_miolo=), acesso em 22/11/2021, às 11h33.

Código de Processo do Trabalho (CPT), Lei n.º 107/2019, de 09 de setembro, disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=487&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis&so_miolo=), acesso em 18/11/2021, às 15h35.

Constituição da República Portuguesa (CRP) – Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&so_miolo=), acesso em 18/11/2021, às 15h31.

Código do Trabalho (CT) - Artigo 1.º - Fontes específicas, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1047&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis&so_miolo=) acesso em 18/11/2021, às 16h15.

# A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EM CRISE: O *RECALL* COMO VIA DE REVOGAÇÃO DO MANDATO POLÍTICO NO DIREITO BRASILEIRO

**Sérgio Augusto Veloso Brasil.**

Advogado. Doutorando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br//0281180381209568>.  
E-mail: [sergioavbrasil@gmail.com](mailto:sergioavbrasil@gmail.com)

## **Resumo:**

O desvio no exercício do mandato político, por representantes eleitos pelo povo, atendendo a interesses diversos do interesse público, demonstra falhas na democracia representativa. O afastamento do interesse público em prol de interesses particulares dos representantes eleitos tem causas diversas, como o populismo e a captura econômica. O objetivo geral é estudar a democracia representativa e apresentar o *recall* como via constitucional de revogação do mandato político no Direito brasileiro. Classifica-se a pesquisa como bibliográfica e descritiva, utilizando como fontes as normas constitucionais e infraconstitucionais e a produção doutrinária. O *recall* aparece como uma via alternativa de revogação do mandato dos representantes que não agirem de acordo com o interesse da coletividade, ou seja, com o interesse público e o instituto serve como forma de controle do poder político desviante. Haverá necessidade de alterações no texto constitucional e de elaboração de lei regulamentadora.

**Palavras-chave:** Democracia representativa. *Recall* político. Representação política. Constitucionalismo democrático.

## **1 Introdução**

O descumprimento do exercício do mandato político por representantes eleitos pelo povo, atendendo a interesses diversos dos quais se comprometeram em sua campanha eleitoral, por motivos pessoais – egoísticos - ou financeiros, demonstra falhas na democracia representativa, em especial, na representação dos eleitores e controle dos representantes eleitos.

O parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) apresenta a legitimidade do poder estatal no Estado Democrático de Direito. O princípio democrático assenta-se na sobera-

nia e na vontade popular, pois “[...] todo o poder emana do povo” (BRASIL, 1988). Ocorre que a soberania popular tem sido mais valorada pela representação política, do que pela participação popular.

Justifica-se a proposta de estudo, pois o Estado Democrático de Direito configurado pelo Estado de Direito e Estado Democrático, conforme *caput* do art. 1º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), não é capaz de controlar o exercício do mandato político deferido pelo povo a seus representantes quando, rotineiramente, ocorrem desvios que não sejam atinentes aos crimes de responsabilidade, o que poderia implicar na utilização do instituto do *impeachment*.

Desta maneira, indaga-se: os mecanismos de participação popular direta, previstos no art. 14 da CRFB/88, são efetivos e suficientes para a representação política e o controle dos representantes eleitos na democracia representativa brasileira? Há alternativa para aperfeiçoar os dispositivos constitucionais vigentes, qualificando-se a decisão política e sua legitimação?

Como hipótese, constata-se que os mecanismos de participação popular direta, previstos no art. 14 da CRFB/88<sup>1</sup>, não são efetivos e suficientes para a representação política e o controle dos representantes eleitos na democracia brasileira, e o instituto do *recall* apresenta-se como mecanismo de ampliação de participação e controle popular, proteção do voto e revogação do mandato político no Direito brasileiro.

O objetivo geral do artigo é estudar a democracia representativa e o *recall* como via constitucional de revogação do mandato político. Os objetivos específicos são: a) apresentar considerações sobre a democracia; b) apontar desvios dos representantes eleitos, com ênfase na influência do populismo e do poder econômico; c) discorrer sobre as Teorias da Agência e da Captura econômica do regulador; d) descrever o instituto do *recall* no Direito estrangeiro e no Brasil.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e descritiva, utilizando como fontes as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema, bem como a produção doutrinária e jurisprudencial.

## 2 Democracia e representação política

A democracia é uma luta incessante pela garantia dos direitos do homem. Ao longo da história há uma narrativa que se adequa sempre à evolução social. Definir democracia não é tarefa fácil. Robert A. Dahl (2012, p. 2) descreve que os gregos, mais visivelmente os atenienses, causaram a primeira transformação democrática da “[...] ideia e prática do governo de poucos para a ideia e prática do governo de muitos”. A vontade de uma república ideal sempre existiu.

Em Roma, os modelos das instituições políticas continuaram a refletir o modelo da pequena cidade-Estado, mas, com o tempo, tornou-se obsoleto com o Estado nacional. E, “numa segunda transformação democrática,

---

1 Plebiscito, referendo e iniciativa popular (incisos I, II e III do Art. 14 da CRFB/88).



a ideia da democracia foi transferida da cidade-Estado para a escala muito maior do Estado-nacional” (DAHL, 2012, p. 5). Essa mudança levou a uma diversidade de instituições políticas, considerados como um todo, que se refere à ‘democracia’<sup>2</sup>.

Se por um lado há uma ficção da finalidade da democracia em que o povo comanda o próprio povo, há uma realidade: a participação direta do povo é inviável e, por isso, na maioria dos Estados nacionais, inclusive o Brasil, opta-se pela participação indireta da população. Há necessidade de incrementar a participação popular para aperfeiçoamento da representação política e controle dos representantes.

O Direito e o poder político, em viés constitucional, tornam-se destaque para que se possa avaliar o julgamento do povo na legitimação ou não de seus representantes no poder político, para o pleno exercício da soberania popular.

A democracia nos dizeres de Norberto Bobbio (1987, p. 135), desde a idade clássica, foi sempre um termo empregado para designar uma das formas de governo, ou seja, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político.

Bobbio (2020, p. 86) diz que “[...] se a representação por mandato não é propriamente a democracia direta, é uma estrada intermediária entre a democracia representativa e a democracia direta” e atesta a aproximação de uma para a outra à medida que é possível a substituição dos representantes do povo, assim:

Um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes revogáveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa, mas aproxima-se da democracia direta na medida em que admite que estes representantes possam ser substituídos (BOBBIO, 2020, p. 87).

A tarefa de realizar o ideal democrático é dos mais nobres, que tem no passado a história do homem na direção de uma progressivamente maior igualdade entre os homens, entre classe e classe, entre nação e nação, entre raça e raça, entre homem e homem. E, diante de si, deve-se continuar com o desenvolvimento de homens e ter fé na democracia, como ideal de igualdade e tarefa de justiça (BOBBIO, 2014).

## 2.1 Democracia no Brasil e *recall*

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representa um avanço em ter-

---

2 Robert Dahl (2012) destaca entre aspas o termo “democracia” por entender que houve um desvirtuamento do entendimento grego de Estado-cidade para o dos tempos de Estado-nação. Para Dahl (2012, p. 2): “Hoje a ideia de democracia é universalmente popular. A maioria dos regimes reclama algum tipo de direito ao título de ‘democracia’; e aqueles que não o fazem insistem que seu exemplo particular de governo não democrático é um estágio necessário no caminho para a ‘democracia’ definitiva. Em nosso tempo, até mesmo os ditadores parecem crer que um ingrediente indispensável de sua legitimidade é uma pitada ou duas na linguagem da democracia”.

mos de democracia. O Estado brasileiro é democrático e de direito, e tem fundamentos importantes: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

No Estado Democrático de Direito exige-se que o povo, sendo o destinatário do poder político, participe, regularmente, baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder. Assim, os cidadãos, enquanto titulares de direitos políticos, podem opor-se ao próprio Estado se este não exercer adequadamente o Poder que lhe foi atribuído, em especial, na proteção da vida, da liberdade, da saúde, da segurança, entre outros.

A democracia brasileira é também representativa e semidireta. O povo elege seus representantes e delega decisões para que se cumpra o mandato com base na Constituição, que rege os direitos e deveres do cidadão<sup>3</sup>. O poder emana do povo e os cidadãos devem estar vigilantes quanto à movimentação de grupos de poder que projetam seus interesses nas eleições, em detrimento da população.

Sampaio (2013, p. 74) alerta que há críticas à conjugação entre Estado de direito e Estado democrático. Entre a soberania do direito (ou da Constituição) e soberania popular, entre “[...] constitucionalismo” e “[...] democracia”. E, arremata o seu entendimento dizendo que:

Um pressupõe *todos* os poderes constituídos e, portanto, limitados pela Constituição ou pelo direito. Não há um povo fora deles. Outro defende a primazia da vontade popular, um querer prévio a toda institucionalidade e fonte dela mesma. Essa tensão entre a política e o direito se projeta internamente (para dentro do direito) nos debates jurídicos entre os limites e competências dos poderes, notadamente entre a ‘vontade da Constituição’, acessível ao Judiciário, e a ‘vontade dos representantes do povo’, manifestada nas leis (SAMPAIO, 2013, p. 75).

A vontade popular somente poderá ser respeitada se houver um equilíbrio entre direito e política. O povo é plural e, por isso mesmo, conflituoso, “de modo que não há um querer popular absoluto” (SAMPAIO, 2013, p. 75). O Estado democrático e de direito é a fórmula encontrada para convivência da pluralidade com a unidade e a unidade proteger a pluralidade (SAMPAIO, 2013).

A revogação de mandato político – o *recall*, no Brasil, como alternativa, deve ser tratado pela CRFB/88 e o instituto devidamente regulamentado em lei para que não haja o desvirtuamento da valoração da soberania popular e da proteção do voto, com alegação de inconstitucionalidade na ‘demissão’ do eleito desidioso, omissos ou que aja contra o princípio do interesse público,

<sup>3</sup> O parágrafo único do Art. 1º da CRFB/88 assim prevê: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

sufragando a vontade popular.

### 3 Desvios no mandato político: a violação do interesse público

O desvio do mandato eleitoral por egoísmo ou promessa de ganho econômico, causa prejuízo à democracia. Nem sempre os políticos eleitos representam todos os setores da sociedade e, diante da captura por outros interesses que não os da coletividade, aumentam ainda mais a desigualdade na prática, atendendo a pleitos de grupos dominantes.

A influência do poder econômico que ocasione desvios do representante eleito na condução de seu mandato, atuando de forma contrária ao interesse público, poderá ter um remédio constitucional concretizado pela revogação de mandato, via *recall*. Ou seja, naqueles casos que não se configure crime de responsabilidade, o político poderá ter seu mandato revogado sem necessitar que se aguarde novo período de eleições ou o trâmite de processos demorados que passam pela avaliação de congresso nacional, nos casos de crimes de decoro e, ou ainda, submetido à justiça, em casos de crimes comuns.

A perda da confiança será imediata, e o afastamento do eleito da representatividade de quem votou nele, uma consequência. A corrupção não é uma novidade e a lei específica do *recall* deverá abordar situações específicas. No caso do populismo, muitas vezes o representante eleito age no intuito de “salvar” o povo e seu País, Estado, Município, enfim, e promete soluções que agradam os setores mais vulneráveis e hipossuficientes, com promessas mirabolantes que não cumprirá.

#### 3.1 As Teorias da Agência e da captura do regulador

Entre as teorias que explicam a motivação dos representantes eleitos, em especial, os governantes eleitos desviarem dos propósitos públicos ligados ao interesse da comunidade que o elegeu, está a Teoria da Agência.

De origem empresarial, a Teoria da Agência explica a relação entre dois (ou mais) agentes econômicos, mediante um contrato em que a parte principal contrata outra pessoa (agente) para prestar algum serviço em nome daquelas, implicando, portanto, em delegação do poder de tomar decisões ao agente (JENSEN; MECKLING, 1976).

A Teoria da Agência, com origem no domínio econômico, ao ser adaptada ao Direito, procura explicar “os motivos que levam os governantes a desviarem-se do interesse público no exercício do mandato e, mais importante, buscar soluções para essa tão aguda crise democrática” (TEBAR; TEBAR, 2019, p. 26).

A captura do regulador refere-se ao resultado ou processo pelo qual a regulação das normas é afastada do interesse público e aproximada dos interesses privados do regulado. De forma resumida, a referida definição reporta-se a

A captura de regulamentação é o resultado ou processo pelo qual a regulamentação, na lei ou na aplicação, é constantemente ou repetidamente dirigido para longe do interesse público e direcionado aos interesses da indústria regulamentada, pela intenção e ação da própria indústria (CARPENTER; MOSS, 2014, p. 3, tradução nossa)<sup>4</sup>.

O agente regulador, por influência de interesses econômicos, principalmente, busca intervir com auxílio do poder público coercitivo do Estado, estabelecer ou impor regras para o fim de vantagens privadas.

Jürgen Habermas<sup>5</sup> defende a participação da sociedade civil no modelo de democracia procedimental e “vê no Direito uma dupla função quanto à participação da sociedade civil nos rumos a serem perseguidos na regulação, excluindo a quase exclusividade das empresas reguladas de ali defender os seus interesses” (SILVA, 2017, p. 42-3).

#### 4 **Recall: revogação de mandato político pelo eleitorado**

Cronin (1989) descreve que na democracia de Atenas existia o instituto do ostracismo, que permitia o banimento de um político por votos dos cidadãos, que culminava no exílio por um período de dez anos daquele indivíduo que fosse exageradamente ambicioso, como uma forma de proteção da *polis*<sup>6</sup>:

A ideia do *recall* não teve origem com populistas e progressistas. Uma das características da democracia ateniense era o ostracismo de um político pelo voto dos cidadãos. Destinado a proteger a *polis* contra o indivíduo excessivamente ambicioso, o ostracismo fez com que aquele político fosse banido da cidade-estado durante dez anos. Em alguns casos, teve o efeito de excluir líderes talentosos, mas intimidadores da participação na vida cívica ateniense (CRONIN, 1989, p. 128, tradu-

4 “Regulatory capture is the result or process by which regulation, in law or application, is consistently or repeatedly directed away from the public interest and toward the interests of the regulated industry, by the intent and action of the industry itself” (CARPENTER; MOSS, 2014, p. 13).

5 Como ensina Habermas (1996) sobre a dupla função do Direito quanto à participação da sociedade civil em assuntos regulatórios, de um lado, o Direito serve para definir e garantir institucionalmente, no plano do sistema, mecanismos de participação pública e deliberação. De outro lado, o Direito serve como ponte – por meio de procedimentos – entre a esfera pública e o sistema político para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas, discutidas e internalizadas no interior do sistema. Nesse ponto, as garantias constitucionais de liberdade de associação, liberdade de obter informações e a própria garantia de mecanismos de participação pública institucionalizados são fundamentais (SILVA, 2017, p. 43).

6 “O sentido participativo da polis ateniense contrapõe-se à degradação dos conceitos de cidadania e de política nos nossos tempos [...]. Para os atenienses, o engrandecimento da sua cidade correspondia ao seu próprio engrandecimento, valor este do qual se orgulhavam e pelo qual se sacrificariam, se necessário. É a única possibilidade de civilização fora da *polis*, só a barbárie. A entrada na vida civil era a consolidação de sua linhagem. O conceito de cidade estava acima de todas as facções, da família, dos amigos e da propriedade” (LEISTER, 2006, p. 16, 23).

Cronin (1989) rememora que, como parte dos costumes do povo, integrou-se à legislação suíça, a partir de 1850, a possibilidade de um determinado número de cidadãos requerer uma votação especial para destituir um parlamentar ou membro de conselho. Na prática, o dispositivo suíço raramente foi empregado.

Avila (2008, p. 65) detalha que o instituto suíço denominado *Abberufungsrecht* prevê a revogação coletiva de todos os mandatos políticos na Assembleia e observa que, embora o significado literal em alemão seja “direito de chamada”, há um reclame político-jurídico de “direito de dissolução popular”.

O *recall* norte-americano prevê a destituição de funções públicas ou decisões judiciais julgadas inconstitucionais pelo voto popular. Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 154) define o *recall* como “uma instituição norte-americana, que tem aplicação em duas hipóteses diferentes: ou para revogar a eleição de um legislador ou funcionário-eletivo, ou para reformar decisão judicial sobre constitucionalidade da lei”.

Bonavides (1994, p. 292) define o *recall* como “uma forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”. Monteschio (2018, p. 324) passa pela definição do vocábulo plurívoco do *recall* no entendimento do direito do consumidor e recorda a definição de Frederick L. Bird, na década de 1960: “a técnica de permitir ao eleitorado, mediante uma eleição especial, a substituição de um funcionário público antes da extinção normal do tempo de exercício das funções”.

Em política, *recall* significa o poder de cassar e revogar o mandato de qualquer representante político, pelo eleitorado; é chamar de volta para “reavaliação” popular um mandatário improbo, incompetente ou inoperante.

Ao permitir uma aproximação da relação entre representante e representado haverá um afinamento das propostas realizadas pelos representantes com o programa de governo feito para o povo, construído por uma via democrática com origem no voto. Ao mesmo tempo imprime ao cidadão uma vigília e maior informação de seus direitos e dos destinos de sua comunidade.

O *recall* no sistema jurídico do Brasil teve previsão legislativa nas constituições de alguns Estados da Federação, anteriormente, como em Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina (MONTESCHIO, 2018, p. 327-329). A ideia primeva do *recall* remonta à substituição dos deputados que se desviavam das recomendações do povo nos ditos “mandatos imperativos”, como se registra na França, até a Revolução de 1789. Depois, com o sistema

7 “The idea of the recall did not originate with the populists and progressives. One of the features of Athenian democracy was the ostracism of a politician by the vote of the citizenry. Intended to protect the polis against the overly ambitious individual, ostracism caused an official to be banished from the city-state for ten years. It sometimes had the effect of excluding talented but intimidating would-be leaders from participating in Athenian civic life” (CRONIN, 1989, p. 128).

representativo moderno a revogação do mandato pelo povo era uma forma de aumentar a participação e o controle popular sobre os governantes (BRASIL, 2015).

Passou-se pelo *Abberufungsrecht* utilizado para dissolver o Parlamento, pelo povo, o que ocorreu em alguns cantões suíços, como Liechtenstein, bem como em Estados-Membros da Alemanha Federal, na vigência da República de Weimar. Depois, nos EUA, utilizou-se para destituir titulares individuais de cargos, principalmente para revogar os mandatos de legisladores estaduais, governadores, prefeitos e conselheiros municipais. Na então União Soviética e democracias populares utilizou-se para substituir membros dos corpos legislativos (BRASIL, 2015), (BONAVIDES, 1994, p. 292), MONTESCHIO (2018, p. 341), AVILA (2008, p. 65).

A proposta de *recall*, para o Brasil, neste estudo, tem peculiaridades: somente poderá ser realizado em oportunidade única; passado um ano do início do mandato e vedado no último ano de gestão; não haverá depósito de caução e os legitimados para o dispositivo serão individualizados em lei federal específica, incluindo qualquer cidadão, partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Ministério Público (MP).

A proposta das etapas do *recall* no Brasil, nesta pesquisa são: a) apresentação de um abaixo-assinado pedindo novas eleições para presidente da República, governador, prefeito ou senador, com percentuais por Estado e no País. b) apresenta-se o abaixo-assinado para que o TSE averigue a autenticidade das assinaturas; c) assinaturas são encaminhadas ao TSE para análise e validação eleitoral; d) o candidato que atualmente ocupa o cargo pode concorrer novamente ou renunciar; e) o TSE analisará a regularidade e autenticidade eleitoral do abaixo-assinado, conferindo sua regularidade, tempestividade, autenticidade eleitoral, nos termos da Lei Federal que regulamentará o *recall* no país; f) o TSE acompanhará também o referendo de revogação do mandato do político eleito submetido ao *recall*, dada a oportunidade de defesa a ser inserida no voto de submissão ao *recall*, bem como o devido processo legal, em rito sumaríssimo, antes da abertura do referendo.

## Conclusão

A democracia é o regime político em que a soberania é exercida pelo povo, e as decisões adotadas devem ser consentâneas com o interesse público. O povo deve exercer com plenitude a sua soberania.

O descumprimento do exercício do mandato político, por parte dos representantes eleitos, demonstra falhas na democracia representativa, em especial, na representação dos eleitores e controle dos representantes eleitos.

Um dos resultados apresentados no estudo para melhorar a participação popular, de maneira direta, é a revogação do mandato político do representante eleito por voto majoritário, via *recall*, isto é, pretende-se destituir o man-

dato de presidente, governador, prefeito e senador, com alteração da norma constitucional. Busca-se evitar que se frustrate a vontade do eleitor e que a soberania popular fique vulnerável.

Embora haja aspectos favoráveis e desfavoráveis, o *recall* aparece como uma via alternativa para tempos atuais com a possibilidade de revogação do mandato dos representantes que não agirem de acordo com o interesse da coletividade, ou seja, com o interesse público, servindo o instituto como forma de controle do poder político desviante.

Haverá necessidade de alterações no texto constitucional incluindo-se acréscimos de dispositivos como, por exemplo, os art. 14, 25, 30, 55 da CRFB/88, via PEC e formulando-se lei que regulamentará o recall e o direito de educação constitucional política.

O estudo tem outros desdobramentos, com possíveis perspectivas a serem desenvolvidas na instituição do dispositivo constitucional democrático em comento neste artigo, abordando-se, necessariamente, uma educação constitucional política do povo e do representante eleito.

## Referências

AVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores**: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** Tradução: Marcelo Perine. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 21/2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4362973&ts=1630436486342&disposition=inline>. Acesso em: 21 ago. 2021.

CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing regulatory capture**: special interest influence and how to limit it. Cambridge University Press, 2014. Disponível em: <<https://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/Introduction%20from%20Preventing%20Regulatory%20Capture.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2021.

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy**: the politics of the initiative, referendum and recall. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, p. 305-60, Oct. 1976.

LEISTER, Margareth. A polis ateniense. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, a. 6, n. 1, p. 15-27, 2006.

MONTESCHIO, Horácio. **Política brasileira: a crise da representação e os instrumentos para o controle dos mandatos eletivos**. Curitiba: Juruá, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Luiz Alberto. **A teoria da captura: o dilema entre o interesse público e o interesse privado**. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2017.

TEBAR, Natália Boigues Corhalan; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. A crise da democracia representativa: breves considerações acerca das teorias da agência e da captura do regulador. In: RIGOLDI, Vivianne et al. (Orgs.). **Direito Constitucional Contemporâneo I**. Jacarezinho: UENP, 2019. p. 20-36.



# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS REDES SOCIAIS E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS DOS CIDADÃOS

**Daniely Rosa Lana Araújo**

Mestranda em Criminologia. (Universidade Fernando Pessoa – Porto / Portugal).  
Professora de Metodologia Científica e Língua Portuguesa

**Emerson Lima**

Doutorando em Ciências da Informação - Especialidade em Sistemas e Tecnologia da Informação (Universidade Fernando Pessoa do Porto – Portugal). Mestre em Criminologia (Universidade Fernando Pessoa do Porto - Portugal)

## **Resumo:**

Este artigo visa analisar como garantir o Direito Constitucional à privacidade nas redes sociais, tendo em vista que o novo contexto disruptivo, tem proporcionado discussões nas redes do que é público e privado no que se refere à vida pessoal. Deste estudo, a depender do país e bloco político de que faz parte o cidadão, as exigências para que este concorde com os termos de serviços destas redes sociais, podem ser mais rigorosas e menos rigorosas. Assim, a depender da política de privacidade adotada pela rede social e do regramento jurídico instalado em determinada nação, os cidadãos podem ter seus perfis de procuras no mercado de bens e serviços rastreados. Neste ponto de rastreamento é que incide a questão da privacidade daqueles que fazem parte de uma rede social, pois os parceiros mercadológicos do facebook, whatsapp e instagram repassaram as trilhas de comportamento de seus usuários para parceiros comerciais e, a partir daí, o usuário e consumidor passará a ser assediado, inclusive com a fixação de logomarcas comerciais quando o mesmo acessa as citadas plataformas. Ante o exposto, tal temática se justifica tendo em vista que as redes sociais como Instagram, Whatsapp e Facebook têm exigido cada vez mais o posicionamento dos cidadãos quanto ao grau de aceite de exposição de parte de suas vidas privadas. Para tanto que surge o seguinte questionamento: Como garantir o Direito à privacidade, garantido pela Constituição brasileira e pelo Marco Civil da Internet, sendo a maioria das redes sociais de domínio do exterior? Para responder a este questionamento, este estudo tem como metodologia de pesquisa, o qualitativo, com um viés exploratório e tem como objetivo geral: analisar a existência de garantias constitucionais à proteção de privacidade dos dados pessoais num contexto de comunicação glo-

balizada nas redes sociais. E, como objetivos específicos: 1. Identificar como ocorre a preservação e garantia de neutralidade nas redes sociais. 2. Verificar como a Constituição Brasileira garante a proteção da privacidade e dos dados dos usuários das redes sociais. 3. Quais regras poderiam ser adotadas no Brasil tendo como parâmetros experiências internacionais. O modelo de compartilhamento do perfil pode afetar a forma como os usuários das redes sociais são assediados pelo mercado e a depender também do respeito ao ambiente normativo que conduz os comportamentos no mundo virtual, ambiente esse que no Brasil tem como embasamento a Lei 12.965/ 2014, intitulada como o Marco Civil da Internet. Neste ínterim, o nível de desenvolvimento destas legislações e a efetiva aplicação de reprimendas é que farão com que os responsáveis pelas redes sociais adotem comportamentos lícitos, perante o usuário-consumidor. Reconhece-se, por fim, que há a necessidade de processos nas esferas cíveis e criminais para empreender o aparato de repressão do Estado, visando a manutenção da paz social e a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais, na forma da lei.

**Palavras-chave:** Privacidade; Redes sociais; Diálogos constitucionais; Marco civil da internet.

## Introdução

No presente artigo, pretende-se discutir sobre a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos que têm sido foco de discussões acerca da inteligência artificial e da garantia constitucional da privacidade nas redes. Essa temática surgiu da necessidade em discutir a privacidade nas redes sociais e a garantia dos direitos constitucionais no que tange aos dados pessoais que são expostos na rede.

Diante desse fato, não se pode negar a influência que o avanço tecnológico tem tido na sociedade, e os perigos que o acesso livre pode provocar. E são esses acessos ilimitados que ocasionaram problemas sociais no âmbito penal, dificilmente podendo ser combatidos. Para tanto que surge o seguinte questionamento: Como garantir o Direito à privacidade, garantido pela Constituição brasileira e pelo Marco Civil da Internet, sendo a maioria das redes sociais de domínio do exterior? Para responder a este questionamento, este estudo tem como metodologia de pesquisa, o qualitativo, com um viés exploratório e tem como objetivo geral: analisar a existência de garantias constitucionais à proteção de privacidade dos dados pessoais num contexto de comunicação globalizada nas redes sociais. E, como objetivos específicos: 1. Identificar como ocorre a preservação e garantia de neutralidade nas redes sociais. 2. Verificar como a Constituição Brasileira garante a proteção da privacidade e dos dados dos usuários das redes sociais. 3. Quais regras poderiam ser adotadas no Brasil tendo como parâmetros experiências internacionais.

A corroborar com o exposto acima, este artigo é dividido em 4 capítulos, que irão discorrer sobre: 1. A Inteligência Artificial e a proteção da privacidade; 2. A preservação e garantia de neutralidade nas redes sociais com base nas leis; 3. Os diálogos Constitucionais e o Marco Civil da Internet e 4. A proteção da privacidade e dos dados dos usuários.

Pretendeu-se, com este estudo, analisar as garantias quanto a privacidade e os direitos dos usuários na rede, com base na Constituição Federal, no Marco Civil da Internet e na Lei de Proteção de Dados.

## **A Inteligência Artificial e a proteção da privacidade**

Foi com a instalação da primeira rede de computadores, ao final da década de 40, e com o surgimento da internet, em 1958, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, que se deu a evolução da rede que desencadeou na Cultura Digital do século XXI. (LOVELUC, 2018)

A sociedade e os avanços que ocorreram ao longo dos anos, contribuíram com a revolução na esfera digital. Diante dessa revolução, Sydow (2015) postula que ela é como um movimento digital no qual a sociedade se encontra inserida no cenário das novas tecnologias e comunicações, sendo estes, parte de uma conectividade imprescindível no contexto atual.

E com isso, os algoritmos estão cada vez mais ocupando espaço na sociedade. E assim, a inteligência artificial se faz presente e atuante. Filho (2018) acredita que a inteligência artificial surge de softwares que por meio de algoritmos emuladores, buscam a todo momento, solucionar os problemas que são apresentados a eles. O autor em seus estudos, traz como exemplo dois métodos de resoluções que utilizam a base do sistema. Um exemplo se dá por meio dos jogos de xadrez que buscam calcular as possibilidades de uma jogada de sucesso. O outro, busca a amplitude e a profundidade para chegar as alternativas dos testes propostos.

Assim, a inteligência artificial surge como uma ciência que dialoga com o campo informático e com a psicologia cognitiva, e esse diálogo traz perspectivas que reproduzem por meio das máquinas, a configuração humana, com o intuito de oferecer a resolução geral de problemas.

Diante da assertiva de que até os próprios profissionais da área de inteligência artificial não possuem ainda um conceito preciso do que seria essa tecnologia, surge a necessidade de, a princípio, realizar uma sugestão da sua conceituação para melhor abordagem sobre o tema. Tal inteligência surge com o objetivo de efetivar o processamento de uma grande quantidade de dados e tomar decisões, possibilitando, assim, facilitar e dar celeridade as atividades realizadas pelos profissionais da área jurídica. (Souza, 2019, p. 8)

Neste ínterim que surge a inteligência artificial que faz parte do ramo da ciência da computação e que desenvolve sistemas que reproduzem a ca-

pacidade humana, proporcionando soluções eficazes para a resolução de um conflito, e para a tomada das decisões (NASCIMENTO, et al.,2020).

A inteligência artificial trata-se de um ramo da ciência/ engenharia da computação, e portanto visa desenvolver sistemas computacionais que solucionam problemas. Para tal, utiliza um número diverso de técnicas e modelos, dependendo dos problemas abordados. Portanto, é inadequado utilizar-se expressões como “a IA da empresa X”; mais adequado (porém com menos apelo) seria dizer “um sistema da empresa X que utiliza técnicas de IA”. (Sichman, 2021. p. 38)

Em face a esse mundo tecnológico, cabe ressaltar a importância em fazer a distinção entre o que é real e o que é virtual. Nessa linha, Pierry Levy (1996, p. 15) demonstra que “o uso da palavra virtual é empregado para significar a pura e simples ausência de existência, a “realidade” supondo uma efetuação material, enquanto presença intangível.” E é nessa ausência da realidade que nos faz repensar o que é considerado real ou o que é uma mera ilusão, a qual compõe o cenário tecnológico. A realidade virtual e os ciberespaços fizeram com que as pessoas acreditassem que, nas redes sociais, o virtual pudesse ser interpretado como um espaço aberto a todas as possibilidades e sem limites. Embora esse ciberespaço venha a se apresentar como uma grande comunidade virtual, esse por sua vez, reserva limites que podem por em risco a vida do usuário. (LOVELUC, 2018)

O direito à privacidade sempre partiu de ideias sobre quais atividades deveriam ser exercidas na esfera pública e quais deveriam estar restritas ao espaço privado dos indivíduos, sendo limitado por uma compreensão de que a habitação dos indivíduos seria o local de refúgio do escrutínio público. Assim, há uma seleção entre as informações que podem ser compartilhadas publicamente e aquelas que devem ser mantidas no sigilo privado. Ainda que informações da vida íntima sejam compartilhadas com maior ou menor número de pessoas, restringem-se ao controle dos indivíduos e ao seu interesse de mantê-las distantes do público em geral. (NEGRI, OLIVEIRA e COSTA, 2020, p. 89)

Com o avanço das tecnologias e sua inserção no cotidiano da população, tornando-a popularizada, fez com que ela se tornasse uma aliada, proporcionando aos usuários uma liberdade e praticidade em suas ações cotidianas, por outro lado, o acesso desenfreado e os rastros digitais deixados em cada acesso, faz com que o usuário seja refém dos parceiros mercadológicos que mapeiam suas preferências e aquisições para traçar um perfil de suposto comprador das redes.

Para Sydow (2015), com a praticidade, vieram também os sacrifícios que a tecnologia impõe aos seus usuários. E isso diz respeito a individualidade, o tempo sozinho e a dificuldade de relacionamento. A presença física fica cada vez mais distante e a presença virtual tem sido posta em questão, “em que computadores se comunicam, sob administração de seus usuários. Protegidos

pelas telas, pessoas físicas passam a representar usuários anônimos num universo virtual sem fronteiras”. (SYDOW, 2015, p. 22)

## **A preservação e garantia de neutralidade nas redes sociais com base nas leis**

No Brasil, a preservação e a garantia de neutralidade nas redes sociais estão embasados no Marco Civil da Internet que se encontra alicerçada com base em três pilares: 1. Neutralidade; 2. Liberdade e 3. Privacidade. A neutralidade do acesso, surge para garantir o tráfego de dados, proposta no qual se tem o conteúdo a ser veiculado, o destino a ser alcançado e a sua inserção. Já no que diz respeito a liberdade de expressão, essa precisa ser garantida de modo a não ferir o direito de outrem, tudo com base na Constituição. Já proteção da honra e da intimidade, precisa ser de fato garantida por lei. (LEITE, 2016).

A neutralidade de rede é um conceito mais antigo e mais amplo do que a internet. Ele vem sendo aplicado a diversos tipos de infraestrutura em rede, como transportes e energia elétrica. Como a internet é uma rede aberta, a aplicação de definições técnicas relacionadas a seu acesso e uso possui impactos práticos na sociedade. Escolhas técnicas sobre como o tráfego de dados deve ocorrer nessa rede geram efeitos econômicos e também efeitos sobre o pleno exercício de direitos fundamentais dos cidadãos, a considerar que a Internet cada vez mais se firma como meio de comunicação, de informação e de prestação de serviços, inclusive dos serviços públicos e de utilidade pública. (DEL BIANCO E BARBOSA, 2015, p. 8)

Dialogando com Del Bianco e Barbosa (2015), Amaral (2017) acredita que a neutralidade da rede vem definindo a legislação, tornando-se um princípio importante tanto no Brasil quanto também no mundo. Considerado como um pilar fundamental para uso da internet, o princípio da neutralidade pode garantir uma gestão mais democrática da rede, cujo acesso surge de forma igualitária.

Para Silva (2018, p. 30) “é possível associar quanto ao princípio fim a fim, abstendo-se os provedores de tomar decisões que cabem apenas aos usuários finais, uma internet neutra, que garante um ambiente propício às inovações tecnológicas”, e é esse ambiente que irá contribuir para a composição do acesso e da liberdade de expressão, que buscará facilitar ainda mais a difusão e o compartilhamento dos conteúdos.

Diante da preocupação com esse livre acesso, inclusive por parte das crianças e adolescentes é que esses três elementos se fazem justificar. O primeiro elemento, a confidencialidade, busca discorrer sobre a garantia do sigilo em todos os acessos no ciberespaço; já a integridade no contexto informático vem assegurar a garantia dos dados e das informações postadas pelos usuários tecnológicos, preservando assim, a sua inviolabilidade. E o último elemento, a

disponibilidade, permite aos usuários o seu acesso aos dados com os devidos cuidados quanto à segurança na rede. (SYDOW,2015)

Esses elementos surgem para garantir a preservação da intimidade dos usuários como bem maior que é garantido, inclusive, pelo art. 5º da CF de 88. Assim, recorda Filho (2018), a respeito da mudança das relações analógicas para relação digital no âmbito público no que tange à comunicação. Com isso, ao dispormos de tecnologias móveis, seja por meio de dispositivos como o telefone ou notebook ou até mesmo o nosso antigo PC, se estivermos conectados a uma rede de internet, estaremos em uma condição de alcance e acesso de pessoas que possuem o nosso contato ou até mesmo descobriram, de alguma forma, uma maneira de nos acessar.

Diante o exposto, faz-se necessário mencionarmos sobre a marca que deixamos no ciberespaço quando estamos on-line. Isso ocorre quando, pelo simples fato de pesquisarmos sites de produtos que desejamos consumir; somos rastreados e nos tornamos receptores de propagandas dos mesmos produtos que acessamos e consumimos; com isso, percebe-se o quanto somos vulneráveis no acesso aos diversos endereços eletrônicos.

## **Os diálogos Constitucionais e o Marco Civil da Inter net**

As garantias individuais previstas na Constituição Federal, vêm sendo reforçadas por meio do Marco civil da internet que busca tratar dos princípios e garantias dos direitos e deveres para uso regular da internet, garantindo ainda a privacidade do uso, “colocando a inviolabilidade da privacidade como um princípio do uso da internet (art. 3º, inciso II e III da lei), bem como o art. 7º da lei, prevê a responsabilização através da reparação de danos materiais e morais em caso de violação da privacidade (inciso I)”, tendo como base também o art. 8º que trata da garantia ao direito à privacidade como condição ao acesso à internet. (Lima, 2017, p. 101-102)

Em consoante a isso, a Carta Magna de 1988, traz em seu arcabouço teórico os direitos fundamentais do cidadão à inviolabilidade de sua privacidade e conseqüentemente, de seus dados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação

criminal ou instrução processual penal; [...] LXXII – conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]” (BRASIL, 1988, p. 52-54).

Embora o artigo rememore a privacidade no âmbito domiciliar e as comunicações por meio de correspondência, o direito à intimidade e a proteção dos dados podem ser lidos com base na conectividade em que vivemos hoje. A constituição reconhece esses direitos, mesmo que não seja apenas no campo presencial, isso porque “inviolabilidade do sigilo de dados” (art.5, XII) rememora a todo o momento, os direitos fundamentais que podem ser exercidos de forma presencial ou virtual.

É dessa presença virtual e de um cenário anônimo em que o autor discorre, que se faz pensar em relação à segurança nos cyber-espço. Sydow (2015) elenca três elementos de segurança informática que são eles: a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade. Esses elementos surgem com o intuito de demonstrar aos sujeitos o preço de sua conduta, a sua vulnerabilidade diante da rede e a incerteza frente à sua segurança.

No caso do Marco Civil da internet, esse surge para regulamentar e garantir a remoção de “conteúdo virtual diante de ofensa à honra e violação da privacidade. Para a vítima, esta ação é tão importante quanto propriamente a responsabilização criminal do agente da agressão” (ROSA, 2018, p. 39).

## **A proteção da privacidade e dos dados dos usuários**

A busca pela privacidade, no uso das TIC's, compõe um dos elementos mais importantes para constituição da liberdade de expressão. E essa, por sua vez, tem que garantir a plenitude dessa liberdade para que o respeito à democracia seja efetivado. Nessa linha, a construção do Marco Civil da Internet levou em consideração os princípios da liberdade de expressão, atrelados aos direitos e deveres dos sujeitos. E em consonância com o Marco Civil da Internet e a Constituição Federal, temos a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que:

tutela a proteção de dados de pessoas naturais, incluindo os dados em meio digital, com o objetivo de proteger direitos relacionados à privacidade, a autodeterminação informativa, liberdade de expressão e comunicação, a honra, imagem e intimidade, a dignidade e os direitos humanos (art. 2º). A lei alcança situações em que há operações com dados pessoais, sendo o tratamento referente “a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art 5º, inciso X). (Souza, 2019, p. 23)

O rigor dos termos de serviços das redes sociais depende exclusivamente das leis que operam nos países, no caso do Brasil, temos o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a Constituição da República e o Código Penal e Processual Penal que corroboram com a efetivação e combate aos assédios e possíveis crimes cometidos nas redes sociais.

Desde a última década, tem sido possível observar um exponencial desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial e de big data. Esse movimento foi desencadeado pelos seguintes fatores: a criação de métodos estatísticos e probabilísticos cada vez mais sofisticados; a disponibilidade de ampla e crescente quantidade de dados; a acessibilidade a um enorme, e relativamente barato, poder computacional; e a transformação cada vez maior dos ambientes com as novas tecnologias de informação, como a automação residencial e a criação de cidades inteligentes. Esses fatores, que se retroalimentam, possibilitaram avanços patentes na ciência de dados e nas técnicas de IA. (NEGRI, OLIVEIRA e COSTA, 2020, p. 85)

Corroborando com o que foi exposto pelos autores, que envolve o crescimento dos dados e a ampla disponibilidade e acessibilidade dos acessos, têm exigido cada vez mais, o controle do acesso e a preservação dos dados do usuário. Para Nascimento et al (2020), a eficácia das leis de proteção de dados, requer infraestrutura tecnológica e especialistas que tratem os dados de forma lícita, prevendo o princípio da responsabilização, levando inclusive, à responsabilização aqueles que praticarem algum ato ilícito, aplicando assim, as sanções com base no descumprimento da lei.

## **Considerações finais**

A sociedade contemporânea vem sofrendo transformações ao longo das últimas décadas em função dos avanços das TICs – Tecnologia da Informação e Comunicação. Os ciberespaços têm contribuído para a construção da inteligência coletiva e do futuro tecnológico e é nesse ambiente de cultura digital que se encontra o maior problema, a garantia da privacidade nas redes sociais.

Com uma capacidade de download e upload superiores, somos vulneráveis a essa esfera digital, principalmente quando esse acesso se torna livre. Sob tal aspecto se encontra a preocupação em garantir aos usuários a sua integridade, disponibilidade e confidencialidade, elementos cruciais para uma navegação de segurança. E foi na Convenção de Budapeste, em 2001, que esses três elementos surgiram para nortear as demais legislações acerca do acesso às redes sociais.

Ao longo do artigo foi possível discorrer sobre a inteligência artificial e a proteção da privacidade; a preservação e a garantia da neutralidade nas redes sociais embora as marcas digitais sejam ainda latentes e essas influenciam e muito no mapeamento do mercado on-line, e ainda houve os diálogos consti-



tucionais e a eficácia do Marco Civil da Internet e a Lei de Proteção de dados nos casos em que há a quebra da privacidade, garantindo assim, os direitos do usuário.

Diante o exposto, conclui-se que mesmo após analisar o ciberespaço, os perigos e os resultados das exposições dos usuários, é possível identificar a garantia à privacidade que tem o respaldo tanto pela Carta Magna quanto pelas demais leis que abarcam e regulam os acessos on line.

## Referências

ARNAUDO, D. O Brasil e o Marco Civil da Internet – O Estado da Governança Digital Brasileira. Instituto Igarapé. Artigo Estratégico 25. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa. Promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEL BIANCO, N. R. E BARBOSA, M. M. O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei. Revista Eptic, 17(1). 2015.

FILHO, E. T. Inteligência artificial e direitos da personalidade: Uma contradição em termos? Revista. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 113, p. 133-149. 2018.

LEITE, F. P. A. O exercício da liberdade de expressão nas redes sociais: E o marco civil da internet. Revista de Direito Brasileira, 13(6), p. 150-166. 2016.

LEVY, Pierre. O que é virtual? São Paulo: Editora 34, 2017.

LEVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMA, L. de A. (2017). Lei 12.965/ 14 (Marco Civil da Internet) e a garantia do direito à privacidade nas redes sociais na internet. Revista Interdisciplinar – Contabilidade, Administração e Direito, 3. São Luiz Gonzaga. 2017.

LIMA, Antônio Henrique Maia. Pedofilia: concepções psicanalíticas sob uma perspectiva freudiana. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13554](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13554)>. Acesso em: 30 setembro de 2018.

LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Revista Âmbito Jurídico. 2018. [Em linha]. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15260&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15260&revista_caderno=3)>. Acesso em: 30 julho de 2018.

LOVELUCK, Benjamin. Redes, Liberdades e Controle. Petrópolis: Vozes, 2018.

NASCIMENTO, J. C. H. B. do, et alii. Inteligência artificial na saúde e a proteção de dados: reflexos na crise Covid-19. Direitos Fundamentais & Justiça, 14, n° esp., p. 207-230. 2020.

NEGRI, S. M. C. DE A., OLIVEIRA, S. R. DE E COSTA, R. S. O uso de tecnologias de reconhecimento facial baseadas em inteligência artificial e o direito à proteção de dados. RDP, 17(93), p. 82-103. 2020.

ROSA, G. S. DA (2018). Análise do direito à privacidade das publicações nas redes sociais digitais. Universidade do Sul de Santa Catarina. Santa Catarina.

SICHMAN, J. S. Inteligência Artificial e sociedade: Avanços e riscos. Estudos Avançados, 35(101). 2021.

SILVA, L. A. Da. Marco Civil da internet e o princípio da neutralidade da rede. Universidade Federal Rural do Semi-árido. Mossoró. 2018.

SYDOW, Spencer Toth. Crimes informáticos e suas vítimas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, A. C. de. Entre a privacidade e a vigilância: Desafios ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2019.

SOUZA, T. G. De. Inteligência artificial para os profissionais do direito: uma análise qualitativa e princiológica. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília. 2019.

# A DICOTOMIA ENTRE O ESPAÇO PÚBLICO E O PRIVADO E OS IMPACTOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

**Patrícia Bordinhão dos Santos Barbosa**

Mestranda em Criminologia. (Universidade Fernando Pessoa – Porto / Portugal).  
Advogada, Professora universitária e Coordenadora de ensino

**Bianca Baú Porto**

Mestranda em Criminologia. (Universidade Fernando Pessoa – Porto / Portugal).  
Advogada, Especialista em Perícia Criminal, Graduanda em Investigação Forense

## **Resumo:**

Este artigo visa analisar a dualidade entre espaço público e espaço privado e a garantia constitucional do direito à intimidade, tendo em vista que é no ambiente doméstico que ocorrem o maior número de casos de violência contra a mulher. Esse estudo parte da crítica de um dos pressupostos do Estado de Direito, qual seja, a divisão entre o âmbito “público”, onde o Estado pode atuar, e o âmbito “privado”, que deve ser resguardado a qualquer custo. A privacidade funciona como máscara para a desigualdade, fomentando a violência contra a mulher. É nesse ponto que nos deparamos com o que chamamos de invisibilidade do privado, a qual juntamente com a falência do Estado constitui um forte e poderoso obstáculo na busca e concretização de soluções para esse problema da violência doméstica. Ante o exposto, tal temática se justifica tendo em vista que a violência doméstica, segundo a ótica da invisibilidade do privado, tem ocasionado um aumento de casos de feminicídio, atestando a falência do Estado na busca por solução para o problema da violência doméstica contra a mulher, mesmo diante da Lei Maria da Penha.

**Palavras-chave:** Público; Privado; Violência contra a mulher; Violência doméstica.

## **Introdução**

A violência contra a mulher engloba atos praticados em ambiente público ou privado e, contudo, é no ambiente privado que, principalmente, ela ocorre. Os conceitos de esfera pública e privada da vida tem sido centrais no

pensamento político, especialmente na “teoria liberal” – “o privado” sendo usado para referir-se a uma ou esferas da vida social nas quais a intrusão ou interferência em relação à liberdade requer justificativa especial, ou seja, um local onde o Estado não interfere (o espaço das nossas convicções, da família, vida íntima) o “público” como geralmente ou justificadamente mais acessíveis (direitos universais e abstratos garantidos aos sujeitos modernos).

As definições de público e privado, consolidadas pela teoria liberal, definem que público é o espaço ou vários espaços de maior acessibilidade, e o privado, é o local onde a interferência externa necessita de comprovação e autorização para versar sobre liberdade, conforme afirma Okin (2008).

A terminologia é a primeira a afetar a vida de mulheres que sofrem violência doméstica, porque ao distinguir vida não doméstica e vida doméstica (público e privado) há o agravamento do debate em relação a importância do que deve ser discutido no Estado de direito e o que deve ser resguardado enquanto o valor da privacidade da vida humana.

As relações pessoais/íntimas entre homens e mulheres, o ambiente doméstico, não podem servir de justificativa para a omissão do Estado no debate público em relação a violência sofrida pelas mulheres.

Portanto, a construção de doutrinas sobre espaços delimitados, mesmo que de forma indireta, em que um não há legitimidade de atuação das mulheres; e no outro, toda a atuação deve ser permitida pelos homens, legitima os mecanismos de dominação física e simbólica. Além disso, essas demarcações de espaços contribuem para a naturalização da violência.

Segundo Saffioti (2001) a violência de gênero que é comumente identificada como violência doméstica física contra as mulheres adultas, e engloba outras modalidades dentro e fora do espaço doméstico nasce e se propaga nas relações de subordinação ao poder patriarcal. Nesse contexto, a autora defende que a violência contra as mulheres pode ser produzida por outros agentes que não o patriarca, o que permite que ela exista tanto dentro de casa quanto em manifestações da sociedade.

Almeida (1998) afirma que a aparente não-interferência estatal no problema da violência doméstica, bem como as falhas ocorridas em sua judicialização, em última instância, escondem uma estratégia velada e eficaz do Estado gerir este problema. Portanto, embora a sociedade não se sinta obrigada a interferir na convivência conjugal, a precariedade de infraestrutura que auxilie a mulher a romper a relação de violência e a educação sexista definem o perfil de ação do estado sobre a violência contra a mulher.

Nesse ponto, é importante a reflexão feminista no tocante a dicotomia entre a esfera pública e privada, observando o seu caráter histórico e as implicações que a construção de fronteiras entre público e privado gerou para as mulheres. Compreender o espaço doméstico como não político esvaziou o caráter político das pautas feministas, inclusive invisibilizando as relações de poder exercidas no âmbito da vida familiar.

É primordial que se compreenda a extensão política dos arranjos pri-

vados, analisando as relações de autoridade dentro do que se convencionou como não público. Essa dualidade está na base do sexismo, na hierarquização dos sexos, uma vez que preservar a esfera familiar como alheia ao interesse público constitui um dos mecanismos de reprodução da dominação masculina, dificultando a proteção às mulheres vulneráveis no espaço doméstico e mantendo-as a partir de um regime de custódia.

## **Espaço público e o privado – rompendo dicotomias**

Segundo Norberto Bobbio, “grandes dicotomias” são fonte de toda grande reflexão humana a respeito da vida em sociedade. E no que tange a famosa dicotomia entre Direito Público e Direito Privado não seria diferente. O autor afirma, entretanto, que a concepção de tal dicotomia seria um mito, uma ilusão criada e difundida com base em análises simplistas e superficiais do Direito.

A esfera pública e a privada nada mais seriam que dois pontos de vista distintos do mesmo objeto, ou seja, do Direito. Nesse sentido, leciona Bobbio:

O contraste entre estas duas imagens do direito explica por que a busca por um critério de distinção entre direito privado e direito público é sempre tão difícil a ponto de parecer uma tentativa desesperada. Não nos apercebemos de que, nessa distinção, estão em choque não duas espécies de um único gênero, mas sim, dois modos diversos de conceber o mesmo objeto, ou se quisermos, dois pontos de vista diferentes. (BOBBIO, 2007, p. 152)

A complexidade em delimitar e distinguir claramente o direito público e o direito privado, bem como a esfera pública e a esfera privada, reside justamente no fato de que tais conceitos nada mais são do que óticas diferentes de se analisar o Direito em si.

Frequentemente utiliza-se a dicotomia público/privada para designar estado/sociedade ou então vida doméstica/vida não-doméstica. Tais concepções esbarram na realidade, visto que cotidianamente questões de ordem privada adentram o domínio público e vice e versa. (OKIN, 2008).

O resultado da análise dialética da suposta dicotomia “público-privado” foi a evolução da abordagem desses conceitos pelos juristas contemporâneos. Atualmente, tanto o Direito Público quanto o Direito Privado são analisados sob a ótica do Direito Constitucional, o eixo fundamental do ordenamento jurídico (RODRIGUES, 2014).

É a concepção, já ultrapassada, de que o direito civil cuida e resolve as questões que envolvem interesses individuais e ao direito constitucional, restaria as questões relativas à organização do Estado. Seria o dualismo - direito público versus direito privado. O Estado cuidando do interesse coletivo, as pessoas de seus interesses. Cada um em searas diferentes, em círculos com

quase nenhuma intersecção. (RODRIGUES, 2014, p. 554)

Afasta-se, portanto, a ideia de que a esfera privada seria intocável e desconectada das normativas que regem minimamente o convívio em sociedade. A separação entre o âmbito privado e o público cai por terra a partir do momento em que se toma consciência de que há um elo superior ao qual tudo é submetido: a Constituição Federal. (SARMENTO, 2007).

Outro aspecto relevante trata da correlação entre espaço público como sendo pertencente aos homens e espaço privado às mulheres. Tal delimitação, baseada em gênero, pode encontrar ilusório respaldo histórico, mas sucumbe a medida que se analisa mais profundamente os feitos históricos e percebe-se que a presença feminina no âmbito público culminou em inúmeras mudanças sociais, ceifando a ideia de que o feminino estaria trelado ao privado, bem como o público estaria ao político e masculino. (PERROT, 1995).

O constitucionalismo contemporâneo estende sua supremacia principiológica e recobre, inclusive, a esfera privada, evidenciando a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana como diretrizes de bem-estar coletivo. (CARDOSO, 2013).

O ordenamento jurídico pátrio é uno, guiado e balizado pelos princípios constitucionais, aplicados adequadamente às diversas áreas por ele compreendidas. Concebê-lo numa visão fragmentada, como partes autônomas, independentes e incomunicáveis, é inviável. (PERLINGIERI, 2008).

O espaço privado, portanto, não deve ser observado como âmbito intocável, de domínio absoluto do indivíduo, sem possibilidade de regulação e intervenção estatal.

Em resumo, afasta-se a ideia de que o Estado seria o responsável por atentar aos interesses coletivos e que, ao cidadão, caberia regular sua vida privada. Pelo contrário, a concepção do direito privado deve se dar através da interpretação constitucional, com atenção às suas regras e princípios. (REIS, 2003).

Principalmente em situações que ferem os princípios basilares do ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana, é admissível a intervenção externa, eventualmente do Poder Judiciário, para que haja o reequilíbrio das relações interpessoais dos indivíduos envolvidos e proteção da integridade em todos os contextos.

## **Movimentos Sociais: um elo entre o Público e o Privado**

A presença feminina em demandas e movimentos públicos, como já mencionado, ocorreu ao longo de toda história, eventualmente com menor destaque narrativo se comparado aos homens da mesma época.

Em uma análise mais detalhada e profunda, nota-se a influência decisiva de mulheres emblemáticas para o desdobramento de inúmeros fatos históricos. A história como nos foi contada não passa de uma versão dos fatos, focados, majoritariamente, em feitos e conquistas de homens, atribuindo a eles o

poder e a capacidade de mudar a sociedade e representar suas lutas.

Ilusão pensar que as mudanças e evoluções sociais são méritos apenas de homens. As lutas protagonizadas por mulheres caracterizam-se, de maneira geral, por unir as demandas da vida privada e leva-las à vida pública. São as necessidades vivenciadas por um grupo difuso de pessoas, de diferentes classes sociais, que compõem núcleos distintos, mas são unidos pelos mesmos desafios.

É através de movimentos políticos incitados por mulheres que conhecem essa realidade que são buscadas melhorias, alternativas para elevar determinadas condições para essa população. Portanto, tratam-se de lutas por mudanças e evoluções direcionadas a um grupo de interesse, não a um indivíduo especificamente. O viés social é nítido, visto que qualquer melhoria que se conquiste é direcionada a coletividade e não se presta a beneficiar um líder ou um pequeno e restrito grupo. (GOHN, 1982)

O elo entre a esfera privada e a pública ocorre justamente por essa percepção apurada das necessidades provenientes de situações cotidianas, que nascem na esfera privada, mas acabam por impor obstáculos que influenciam diretamente na esfera pública.

O fator de tais obstáculos serem vivenciadas por indivíduos de diferentes núcleos de convivência, que nem sempre terão outros fatores aglutinadores entre si, amplia o raio de abrangência das conquistas provenientes dessas lutas, tornando-as ainda mais emblemáticas.

Nos ensina Novaes (2015) a forma de atuação política feminina se mostra, portanto, genuinamente coletivista, fortemente influenciada pela ótica diferenciada oportunizada pela intimidade com as questões da vida privada e a sensibilidade de compreender seu impacto na esfera pública. Se afasta, por consequência, do padrão masculino de representação política, pautado na política formal e privilégios estatais.

Destarte, observa-se a fusão indivisível do público e privado, a ligação entre duas realidades mutuamente conectadas, cada qual com suas particularidades e limitações. O surgimento de questões no âmbito familiar acaba culminando em projetos e movimentos sociais, que aperfeiçoam e amparam a própria convivência privada por trazerem avanços aos indivíduos envolvidos.

A própria Lei Maria da Penha seguiu exatamente esse *script*: a violência doméstica sofrida por uma mulher se tornou a luta de uma classe, de um país e, por fim, uma norma legal oponível a todos.

A violência doméstica, naquela época, era vivida e sentida por milhares de mulheres por todo Brasil, perpetuada por anos e anos de opressão e desrespeito. A luta de Maria da Penha não era uma luta nova, sua situação não era rara ou incomum. Pelo contrário. Um desafio que surge no âmbito privado, mas reflete no âmbito público, duas esferas unidas por uma mulher.

A lacuna legislativa do ordenamento pátrio, que não previa proteção às mulheres vítimas de violência no Brasil, não era novidade àquele tempo. A violência tampouco. Por que, então, a mudança ocorreu a partir da violência

sofrida por uma mulher? Justamente pela percepção do elo de conexão entre esferas distintas, mas interligadas. Buscando justiça para si, Maria da Penha encontrou justiça para milhares. (FERNANDES, 2012)

Logo, apesar do contexto privado, de vida doméstica, as implicações das melhorias e evoluções trazidas pelos movimentos sociais são públicas, atingem e beneficiam a coletividade. Os limites e fragmentações, já superados, da dicotomia público/privado se demonstram ser apenas conceitos abstratos, formais e, por vezes, arcaicos.

A busca pela divisão e afastamento das esferas público-privada, numa tentativa teórica de balizar essas esferas, torna-se infrutífera e abstrata em virtude do contexto fático e prático, em que a realidade é a fusão dessas esferas, inclusive para fins de aplicação dos preceitos jurídicos. Compreender que não há divisão rígida entre público e privado não significa que não hajam limites de interferência, por exemplo, do Poder Público na vida privada do cidadão. (NOVAES, 2015).

## Conclusão

A atuação dos movimentos feministas no debate da dicotomia entre público e privado lançou luz no tocante a subalternização feminina e na legitimação das violências de gênero, contribuindo para perpetuação dos papéis de gênero. Sendo a mulher designada como a responsável pelos cuidados com a família e filhos, permanecendo, todavia, vinculadas às assimetrias de gênero.

A dicotomia entre espaço público e privado trouxe não só o enclausuramento das mulheres em suas casas, mas também nas esferas tipicamente femininas de atividade. A opressão feminina trazida pelo binarismo público/privado corrobora para o confinamento cotidiano de mulheres, contribuindo para o fortalecimento da dominação patriarcal.

A pretensa diluição das fronteiras entre público e privado não pode se restringir a inserção da mulher no espaço, mas, principalmente, no reconhecimento do valor da própria esfera privada, eliminando a hierarquia imposta pelos papões de gênero. Se trata de elencar a esfera privada como um local que possui relevante valor social e que reproduz desigualdades diante da dicotomia existente. Compreender, também, que importantes fenômenos e acontecimentos cotidianos são, propriamente, provenientes da esfera privada, tão ou mais relevantes que aqueles que ocorrem na vida pública.

Não se trata de defender a invasão de intimidade ou do cerceamento do direito as convivências íntimas, mas sim de se vivenciar o que é peculiar e devido ao espaço privado, possibilitando mulheres a se sentirem seguras na sua intimidade, longe da condição de subalternidade que lhes sempre foi reservado. A intenção é de que o conceito de privacidade deixe de ser associado à ideia de invisibilidade, opressão e violência, torna-se um espaço de fortalecimento do poder da mulher. Afastar o argumento da liberdade na esfera privada para a perpetuação de abusos.



Ressignificar o conceito de vida privada, como condição do fortalecimento da condição da mulher, principalmente, em relação a violência doméstica, deve ser prioritário na criação de políticas públicas de combate à violência de gênero. Contudo, é importante definir o que é matéria de intervenção pública, definindo quais instâncias da vida privada necessitam ser preservadas do alcance do Estado, a fim de resguardar o exercício da liberdade pretendida pela intimidade; intimidade compreendida como democratização do domínio interpessoal, perfeitamente compatível com a democracia na esfera pública. As duas esferas não podem ser entendidas como opostas. Os problemas identificados na esfera privada têm como base fatores públicos, que devem ser resolvidos através de meios e ações políticas. Contudo, a pouca participação das mulheres na política dificulta a solução desses problemas. Por outro lado, os problemas contidos na esfera doméstica, como a dupla jornada de trabalho e a prevalência da mulher no cuidado com os filhos, geram uma dificuldade de inserção igualitária no âmbito público.

Assim sendo, é possível perceber que a homogeneidade social não será garantida pela simples igualdade civil, sendo insuficiente para acabar com a subordinação de gênero. Tal subordinação só persiste porque é reforçada através de uma dominação masculina na esfera pública, que resulta na subordinação feminina na esfera doméstica e sua consequente dificuldade de inserção na esfera pública.

Por fim, entende-se que um efetivo e sistemático combate à violência doméstica contra mulher, parte do pressuposto do combate a manutenção da dominação e do controle sobre as mulheres, assim como à defesa ou ao reforço dos privilégios masculinos, que se exerce, principalmente no ambiente doméstico e que tanto violenta mulheres todos os dias. É preciso continuar insistindo na criação de políticas públicas que relacionam a violência contra mulher e o ambiente domésticos, criando mecanismos que garantam os direitos humanos da mulher.

## Referências

ALMEIDA, Suely Souza. **Feminicídio: algemas (in) visíveis do público-privado**. Rio de Janeiro: REVINTER, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2013.

FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi Posso Contar**. 2ª reimp – 2. Ed. Fortaleza: Armazém Cultura, 2012.

GOHN, M.G. **Reivindicações populares urbanas**. São Paulo: Cortez, 1982.

NOVAES, Elizabete David. **Entre o público e o privado: o papel da mulher nos**

**movimentos sociais e a conquista de direitos no decorrer da história.** In: História e Cultura, Franca, v. 4, n. 3, p. 50-66, dez. 2015

OKIN, Susan Moller. **Gênero, o Público e o Privado.** Rev. Estud. Fem. Florianópolis. v.16, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/02.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

OKIN, Susan Moller. **Gênero, o Público e o Privado.** Ver. Estud. Fem. Florianópolis. V. 16. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/02.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional.**

REIS, Jorge Renato dos. **A Constitucionalização do Direito Privado e o Novo Código Civil.** In: Rogério Gesta Leal. (Org.). Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, v. Tomo 3.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **O Fenômeno da Constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o direito civil.** In: Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. RUZYK, C. E. P.; SOUZA, E. N.; MENEZES, J. B.; JUNIOR, M. E. (Organizadores). Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

SAFFIOTI, Heleith. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero.** Cad. Pagu. Campinas, n.16, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>. Acesso em: 22 de outubro de 2011.

TEPEDINO, Gustavo (organizador). In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional:** anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A superação da dicotomia público versus privado e a concepção solidarista de acesso à justiça no ensino do direito.** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

# A (IN)EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS PARA GARANTIA DE DIREITOS

**Amanda Karolina Silva Pereira**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda na Linha O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

**Vitor Salino de Moura Eça**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós doutorado em Direito Processual Comparado na Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Magistrado em Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

## **Resumo:**

O objeto da pesquisa é a inefetividade dos princípios jurídicos, em razão da indeterminação do conceito e da aplicação de forma indemarcada. A relevância do estudo decorre do fato dos princípios jurídicos integrarem diversos institutos de direito público e de direito privado, sendo relevantes na criação, atuação e aplicação de direitos em diferentes áreas. Assim, o objetivo dessa investigação é, a partir da metodologia de revisão bibliográfica, perscrutar algumas das teorias dos princípios contemporâneas mais admitidas, além de realizar uma crítica ao tratamento dos princípios como conceitos jurídicos abertos e imprecisos. A hipótese que se pretende testar, nesta pesquisa, corresponde à conjectura segundo a qual as definições, mais difundidas, de princípios jurídicos têm caráter, preponderantemente, descritivo do modo de aplicação dessas normas, ao invés de propositivo de uma conceituação com aderência constitucional democrática.

**Palavras-chave:** Princípios; Interpretação Judicial; Constituição; Efetividade de Direitos

## **Introdução**

O tema de interesse da presente pesquisa é o estudo da teoria geral dos princípios, bem como da sua respectiva aplicação em decisões judiciais, questionando-se se está de acordo com o paradigma Estado Democrático de Di-

reito.

O problema científico apresentado refere-se às conceituações descritivas, diversas e divergentes da teoria geral dos princípios jurídicos, as quais geram interpretações judiciais arbitrárias. Sendo assim, a hipótese aventada é que a falta de limitação do âmbito de interpretação, a partir da Constituição e da matriz do Estado Democrático de Direito, gera imprecisão e discricionariedade na aplicação dos princípios, em dissonância ao que preconiza a Teoria do Processo Constitucional Democrático.

A metodologia a ser adotada será a revisão bibliográfica sobre o tema da pesquisa, estruturada nas seguintes etapas: (I) estudo das teorias dos princípios; (II) análise dos pressupostos teóricos da teoria dos princípios a partir do marco teórico da Teoria Constitucionalista do Processo; e, por fim, (III) considerações conclusivas.

## **Desenvolvimento**

### **Os Princípios**

O presente trabalho estuda a teoria dos princípios como uma proposta de interpretação do direito em um determinado paradigma, considerando que os mais diversos ramos do direito sistematizam-se com base em princípios jurídicos próprios.

É importante destacar, que a conceituação de princípios por si só já é juridicamente complexa e extensa existindo diversas definições em diferentes perspectivas de diferentes autores, conforme bem salienta o Prof. Dr. Ronaldo Brêtas ao tratar do tema (BRÊTAS, 2015, p. 137-148) e também o Prof. Dr Humberto Ávila (ÁVILA, 2021, p. 55).

Nesta senda, importa fazer breves digressões sobre três perspectivas clássicas de análise da teoria do direito: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Essas três perspectivas teóricas representam diferentes formas de reconhecer e compreender fontes de direito e normas jurídicas.

Conforme leciona Norberto Bobbio (BOBBIO, 2015, p. 122) entende-se jusnaturalismo como a corrente teórica que admite uma distinção entre direito natural e positivo, bem como a supremacia do direito natural. Pode-se dizer, ainda, que a referida construção teórica sustenta que são fontes do direito fenômenos divinos, sobrenaturais, orgânicos, ou, ainda, a razão humana.

O referido modelo teórico sofreu críticas, especialmente a partir da matriz teórica do juspositivismo, a qual segundo Bobbio é uma corrente teórica que não distingue direito natural e positivo, afirmando que existe apenas o direito positivo. (BOBBIO, 2015, p. 122). De acordo com a perspectiva positivista, direito natural e abriga valores contraditórios, por não existir uma ética comum entre os jusnaturalistas. (VIDAL, MOURA, 2018, p. 225).

Nesse sentido, o positivismo, afirmando a existência apenas do direito positivo, procurou eliminar as contradições que criticava, e, de forma geral, a perspectiva positivista inadmitia princípios como normas jurídicas, dando

primazia às regras.<sup>1</sup>

Não obstante, a proposta teórica positivista, também, foi alvo de críticas por ser considerado legalista, havendo forte oposição à concepção hierarquizada do direito e ao predomínio da lei como fonte principal. (VIDAL, MOURA, 2018, p. 224).

A partir de então, surgem os teóricos que podemos classificar como pós-positivista, os quais críticos da construção teórica positivista (VIDAL, MOURA, 2018, p. 225), procuraram elaborar construções teóricas contrapostas, afastando-se de dogmas do positivismo em sentido estrito.

É sobre as construções teóricas principiológicas pós-positivista que o presente estudo pretende se debruçar, por considerar que são aquelas que exercem maior expressão na contemporaneidade.

Segundo o magistério de Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz “O debate atual sobre a teoria dos princípios e a distinção das espécies normativas entre princípios e as regras devem ser atribuídos a Ronald Dworkin.” (CRUZ, 2006, p. 37), por esse motivo, a concepção teórica de princípios do referido autor será explorada no presente trabalho, considerando, ainda, ser este um teórico que formulou fortes críticas a concepção positivista, podendo ser entendido como pós-positivista.

Outrossim, a Teoria de Robert Alexy também exerce grande influência sobre a interpretação contemporânea da teoria dos princípios, tendo intensificado as discussões iniciadas por Dworkin, apresentando um modo de aplicação dos princípios reproduzido amplamente por outros juristas.

Apesar de Dworkin não apresentar uma definição cabal de princípios jurídicos é possível extrair de sua obra uma conceituação negativa, a partir da diferença entre princípios e regras<sup>2</sup>, segundo a qual os princípios são padrões que funcionam de modo diferente das regras e da política, tendo aderência moral. Veja-se:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Destarte, enquanto crítico ao positivismo jurídico Dworkin preocupava-se com a abertura positivista à discricionariedade e ao poder criativo dos juízes na solução dos casos difíceis, por isso sua concepção de princípios, enquanto normas, bem como a compreensão da necessidade de observância da

---

1 O Professor Norberto Bobbio leciona que “Uma vez que teriam entendido o direito como vontade do soberano, seguem os dogmas da supremacia da lei sobre as outras fontes do direito e da norma como imperativo, a invocação da vontade tácita para justificar [...]” (BOBBIO, 2015, p. 131, tradução livre)

2 Com muita frequência, utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras. (DWORKIN, 2002, p. 27)

história institucional e da integridade do direito, são pontados como freios à atuação judicial.

Desse modo, pode-se dizer que a preocupação de Dworkin era que a integridade impusesse coerência principiológica (DWORKIN, 1984, p. 11), de forma que os “Princípios fecham o espaço de discricionariedade do intérprete nos *hard cases*, pois impõe outros padrões quando não há regras” (DWORKIN, 2002, p. 46).

Assim, a diferenciação central que Dworkin apresenta é quanto a aplicação dos princípios e das regras:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do **tudo-ou-nada**. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Nota-se, portanto, que a construção teórica sobre princípios e regras é impulsionada e dedicada à aplicação judicial dos princípios, a ser exercida em consonância com uma perspectiva de integridade do direito e aderência moral.

Rorbert Alexy, por sua vez, também pode ser considerado um autor pós-positivista e reconhece a normatividade dos princípios, sendo que para Alexy “a distinção entre regras e princípios deve ser compreendida como um elemento essencial para a passagem da hermeneutica positivista para uma hermeneutica pós-positivista.” (CRUZ, 2006, p. 52).

Segundo o referido autor:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2006, p. 90).

Desta feita, Alexy também demonstra preocupação com a aplicação dos princípios nas decisões judiciais, destacando que a integração da moral ao direito é o que permite que a decisão judicial com base em princípios morais seja jurídica.

Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram uma moral. Essa dupla

propriedade de pertencer ao mesmo tempo a moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas. **Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que nele se apoia decide com base em critérios jurídicos.** Querendo-se recorrer à dicotomia ambígua entre forma e conteúdo, pode-se dizer que, quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas quanto à forma, decide com base em razões jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 92).

Pelo exposto, constata-se que os princípios jurídicos são foco de grande debate jurídico, ensejando diversas construções teóricas, não sendo possível apresentar uma conceituação unívoca. Entretanto, uma semelhança que pode ser apontada é o fato das teorias pós-positivistas dedicarem-se a aplicação dos princípios nas decisões judiciais.

Assim a definição conceitual do que se entende por princípios parte da perspectiva da descrição de como eles são aplicados nas decisões judiciais, ou seja, a construção teórica principiológica destina-se, em maior medida, à figura dos operadores diretos do direito, especialmente do julgador, do que a uma proposta de aplicação coerente às prescrições constitucionais democráticas.

Nesta senda, a Teoria Constitucionalista do Processo apresenta-se como marco teórico para análise das teorias principiológicas contemporâneas, buscando, a partir das garantias processuais, adequar a aplicação das teorias ao paradigma de Estado Democrático de Direito com o fito de afastar uma visão solipsista de decisão judicial, conforme, será demonstrado a seguir.

## **A Teoria Constitucionalista do Processo e a aplicação democrática dos princípios**

A Teoria Constitucionalista do Processo apresenta-se como uma construção na qual as garantias constitucionais e processuais assumem centralidade no sistema jurídico, de modo que o processo é visto como garantia e conquista histórica do povo.

Assim, leciona o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho:

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivo e exequíveis. (BARACHO, 1997, p. 106)

Trata-se da chamada constitucionalização do processo, que passou a consolidar-se como garantia constitucional essencial a assegurar a fruição dos Direitos Fundamentais. (ARAGÃO, PENIDO, 2014). O devido processo legal constitucional, então, é compreendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pe-

las pessoas nas suas relações com o Estado. (BRÊTAS, 2015, p. 93)

Portanto, uma construção teórica que pretenda tratar da aplicação judicial de princípios não pode se olvidar de considerar que uma decisão judicial apenas apresenta legitimidade constitucional e democrática quando observa as garantias processuais que as tornam fiscalizáveis por qualquer um do povo.

Dessa forma, os ditames do Estado Democrático de Direito como paradigma que norteia o exercício da função jurisdicional que, em conformidade com o que dispõe as garantias inerentes ao Processo Constitucional, atribui às decisões a legitimidade democrática que se espera. (ARAGÃO, PENIDO, 2014)

Sobre este aspecto é imperioso salientar que a fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal) é uma das garantias fundamentais inafastáveis que compõe o devido processo legal. (BRÊTAS, 2015, p. 93).

Destarte, a fundamentação das decisões distingue da mera motivação dos atos decisórios pois, conforme acima destacado a fundamentação é uma garantia da pessoa perante o Estado, o que significa dizer, que fundamentar é demonstrar a pertinência do que foi decidido à Constituição e à lei, oportunizando à pessoa questionar o decidido.

O contraditório, assim como a fundamentação, é uma garantia processual constitucional e entendido em sentido democrático é conformado por um quadrinômio estrutural, que inclui: informação, reação, diálogo e influência. (BRÊTAS, 2015, p. 133).

Desta feita, a fundamentação de uma decisão judicial no Estado Democrático de Direito deve considerar a reação das partes, após previamente informadas, bem como o diálogo estabelecido no processo e por fim representar a influência das partes, com a análise dos argumentos dispostos.

Isso significa de dizer, que a aplicação dos princípios em uma decisão judicial deve ser devidamente fundamentada e vinculada aos argumentos trazidos em contraditório, pois este último:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade. (LEAL, 2002, p. 105).

Nessa senda, a garantia de fundamentação das decisões assegura às partes informações, oportunidade de reação e de diálogo sobre o princípio que será utilizado em uma decisão judicial, sendo que a interpretação desse prin-



cípio será legítima quando condizente com o texto constitucional e com a influência exercida em contraditório pelas pessoas afetadas.

Assim, as prescrições constitucionais legitimadas pelo povo, enquanto titular do poder na ordem democrática, instituem o sistema jurídico do qual os princípios são partes integrantes e destinam-se não apenas a aplicação judicial, mas a obtenção de salvaguarda dos próprios direitos do povo.

É por isso, que em perspectiva da Teoria Constitucional do Processo a aplicação dos princípios com segurança e previsibilidade dá-se apenas com a observância às garantias processuais e não apenas atadas à moralidade como indicam os teóricos pós-positivistas.

## **Conclusão**

Conforme apresentado neste estudo, a teoria geral dos princípios jurídicos apresenta múltiplas conceituações doutrinárias, as quais, nem sempre estão bem acomodadas ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Destarte, ainda que, os princípios também sejam elementos de outras ciências, que não a jurídica, e existam outros paradigmas de Estado, que não o democrático, é relevante destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o paradigma democrático, de sorte que todo o direito deve se conformar à essa determinação, o que engloba, também, a teoria dos princípios jurídicos.

Apresentou-se, então algumas teorias dos princípios jurídicos, notando-se que essas são em grande medida descritivas da aplicação judicial do que propositivas de uma aplicação democrática judicial dos princípios.

Vale reafirmar, o referencial teórico do processo constitucional democrático, considerou-se que aplicação judicial de diferentes definições principiológicas, muitas vezes apartada de outros elementos da teoria do processo, não é capaz de garantir direitos.

Pelo exposto, aventa-se que a divergência conceitual sobre os princípios e falta de limitação do âmbito de interpretação, a partir da Constituição e da matriz do Estado Democrático de Direito, geram imprecisão e discricionariedade na sua aplicação dos princípios.

A interpretação judicial, portanto, por vezes, desconsidera o sistema constitucional como um todo e se concentra na análise, isolada, de um princípio jurídico, sem considerar a influência das partes pelo contraditório.

Desta forma, os princípios, porque indefinidamente interpretados, não são incapazes de dar efetividade às finalidades atribuídas a eles, constitucionalmente, para preservação de direitos e carecem de interpretação condizente com as garantias do devido processo legal.

A falta de sistematização da teoria dos princípios, em consonância com a teoria do processo constitucional, impede uma decisão judicial democrática e mantém, ainda, direitos fundamentais reféns da consciência do julgador.

Temos, em conclusão, que a teoria dos princípios, sem aporte democrá-

tico, é inefetiva para garantia de direitos.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 85-141.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ARAGÃO, Érica Alves. PENIDO, Flávia Ávila. **O princípio do contraditório e a fundamentação das decisões**: uma análise do projeto do novo código de processo civil. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd7b-27cb8f482d540>. Acesso em 10. out. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. **Revista Forense**, v. 337, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997

BOBBIO, Norberto. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico**. Tradução Elias Diaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Trotto S.A. 1ª ed, Instituto Norberto Bobbio, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normo-teorética. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**: v. 45, n. 0. 2006. p. 37-73.

DWORKIN, Ronald. **As ambições do direito para si próprio**. Conferência McCorkle de 1984. Tradutor: Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia em 9 de outubro de 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-73.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang, MOURA, Soadre Caroline Rolim. A revisão pós-positivista das fontes do direito: da unidade do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio aos Princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**. V.6. n.1. 2018. p. 214-240.

# TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA E OS CASOS DE HOME CARE, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

**Raphael Castilho Polisel Souza**

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Graduando em Direito

## **Resumo:**

A necessidade de recorrer ao sistema judiciário para garantir o tratamento domiciliar, trouxe aos tribunais um tema de relevante apreço. O aumento das demandas de tutela antecipada nos casos de Home Care demonstra, de um lado, a necessidade do paciente em estender o tratamento hospitalar para o seu domicílio – buscando a diminuição de despesas financeiras e os benefícios do tratamento nos seus aposentos – atrelado também à celeridade e segurança jurídica. Enquanto no outro, encontra-se a negativa dos planos ou seguros de saúde em conceder o pedido, enviesado nos termos contratuais pactuados e na preocupação com seus capitais financeiros. O artigo busca demonstrar as decisões jurisprudenciais com relação ao conflito de interesse supracitado. Logo, se o direito for negado ao paciente, haverá ofensa a princípios previstos no texto constitucional, como o da dignidade humana e o direito à vida. A depender do caso em concreto e ao preencher os requisitos, os magistrados entendem ser direito do enfermo o tratamento domiciliar custeado pelos planos ou seguros de saúde.

**Palavras-chave:** *Home care*; Tutela de urgência; Jurisprudência.

## **Introdução**

Buscando contornar a lentidão do Judiciário e obter a urgente satisfação da tutela jurisdicional, a antecipação é um instituto processual que atua harmonicamente e consagra os princípios da celeridade e segurança jurídica. Diante da realidade e inefetividade do atual sistema, ocasionada pela quantidade de ações pleiteadas ao Judiciário, a tutela antecipada é definida como mecanismo hábil de realização do direito de extrema eficácia para processos, cujo objeto pretenda como resultado o tratamento via Home Care.

O Home Care é caracterizado por uma extensão do tratamento hospitalar para o domiciliar. Na maioria dos casos, após uma fase crítica controlada nos hospitais, os pacientes que apresentam um quadro de estabilização e não necessitam mais da internação hospitalar, optam pela saída, mas ainda pos-

suem um altíssimo grau de dependência para as funções básicas.

Destarte, o enfermo requisita ao plano de saúde que se responsabilize pela internação domiciliar, ficando incumbido a ele as despesas com relação aos remédios e cuidados necessários prescritos pelo médico. O Home Care passa a ser um meio de tratamento positivo ao paciente, que continuará com os cuidados necessários, mas agora no ambiente em que já está familiarizado, não correndo o risco de contrair infecções hospitalares. E não obstante, torna-se benéfico também aos planos de saúde, gerando uma diminuição dos gastos com relação ao hospital.

No entanto, o que se tem analisado é a crescente propositura de ações judiciais nesse tocante, pois mesmo com a necessidade do paciente e as vantagens trazidas da troca do hospital pela residência, os planos e seguros de saúde atuam com certa resistência em custear o tratamento, baseado naquilo que foi acordado entre as partes por meio do contrato, buscando uma proteção financeira.

Por conseguinte, os tribunais ficam a cargo de unificar suas decisões em relação a esses conflitos. Analisando subsidiariamente o Direito do Consumidor e alguns princípios e garantias constitucionais, os órgãos superiores emitem suas decisões a favor do paciente, desde que preencha os requisitos e condições necessárias.

## **Tutela antecipada de urgência**

O código civil brasileiro, elaborado em 1973, por Alfred Buzaid, na época ministro da justiça, intitulou o livro chamado medidas cautelares, que no código anterior de 1939 estavam hospedadas nos procedimentos especiais. Entretanto, muitas vezes fazia-se necessário assegurar o próprio direito, porém, na legislação pátria não havia um artigo que previsse a tutela antecipada. A posteriori, os advogados, passaram a utilizar as cautelares inominadas, como forma excepcional de obter a tutela.

Contudo, em 1994, o legislador, buscando evitar eventuais desgastes ao judiciário e advogados, encontrou a necessidade de adequar o procedimento, e com isso foi introduzida a tutela antecipada no ordenamento pátrio. Logo, o legislador ampliou a aplicação da tutela, podendo ser aplicada em todo e qualquer caso que demonstre os requisitos ensejadores.

A tutela antecipada é um pedido formulado pelo autor em um processo de conhecimento, que goza de certa autonomia, podendo ser inserida no processo a qualquer momento, não ocorrendo a preclusão para tal pedido, bastando apenas que estejam presentes os requisitos ensejadores para o seu deferimento.

Teori Albino Zavascki conceitua a antecipação da tutela como:

Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é pro-

priamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos (ZAVASCKI, 1997, p. 48).

Atualmente, o Diploma Processual em vigor, reformula completamente o instituto das Tutelas Provisórias no Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que as tutelas de urgência podem ser cautelares e antecipadas e não mais visualizadas como categorias distintas, mas sim como espécies do gênero tutelas de urgência, unificando, portanto, o regime das tutelas concedidas em cognição sumária quando fundadas na urgência (TALAMINI, 2020).

O artigo 300 do código de processo civil e seus incisos trazem os requisitos necessários para que o juiz conceda as tutelas antecipadas e cautelares que podem ser promovidas antecipada ou incidentalmente. Observa-se que o atual diploma processual unificou os “critérios de verossimilhança, plausibilidade e da fumaça do bom direito” substituindo pela expressão probabilidade do direito (SOUZA, 2015).

Logo, no que tange às tutelas de urgência, com a edição do Código de Processo Civil em vigor, uma vez preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC, o juiz possui a prerrogativa de conceder à parte, a inversão do ônus da demora, tendo em vista que o dispositivo “estabelece remédios processuais aos obstáculos não imputáveis à duração normal do processo, a fim de garantir que a parte não sofra prejuízo ao direito que lhe corresponde” (SOUZA, 2015).

Tais requisitos devem, entretanto, ser minuciosamente observados pelo juiz, caso contrário, estará concedendo direito à parte que o pleiteia, sem que esta seja merecedora, causando insegurança jurídica e até prejuízos à parte que submete aos efeitos da tutela de urgência concedida. Os requisitos que devem ser preenchidos, de acordo com o artigo 300 CPC, se detêm à probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Após versar de modo sucinto sobre os requisitos necessários para o provimento da tutela de urgência no que diz respeito à antecipada, é de suma importância para a compreensão da pesquisa, abordar o requisito fundamental, ou seja, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil.

Tais elementos inserem no conceito de urgência, o que deixa explícito o risco de perecimento da coisa e até mesmo ao resultado prático final da demanda, tornando inócua uma medida cujo objeto já se perdeu ao longo do processo.

Estando presente os requisitos necessários supracitados, e o direito material que a parte pleiteia, se sofrer um receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em virtude da demora processual, o magistrado deve conceder a tutela antecipada. Destaca Teori Albino Zavascki (1997) que:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela (ZAVASCKI, 1997, pg. 77).

Conclui-se que a tutela antecipada é um instrumento que tem como objetivo proteger o direito da parte que a requer. Portanto, com fulcro no artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada se tornou a melhor ferramenta para obter um processo mais célere, efetivo e justo. E no que diz respeito ao tema central do trabalho, é de fundamental importância a utilização das tutelas de urgência, sobretudo as antecipadas, com a finalidade de preservar a vida e a dignidade das pessoas que necessitam de tratamento na modalidade Home Care.

### ***Home care no Brasil***

O termo Home Care, deriva do inglês, e sua tradução mais próxima e da maneira com quem vem sendo utilizada no Brasil, seria Assistência Domiciliar. O primeiro atendimento domiciliar, teve início na terceira dinastia do Egito Antigo, com o médico chamado Imhotep, e no Brasil começou, ainda sem credibilidade, em 1949. Atualmente observa-se uma crescente significativa no Home Care em todo mundo, aparentemente sendo a grande descoberta gestacional e operacional da saúde mundial. (GARCIA, 2014).

Posteriormente, de modo mais organizado, no ano de 1796, o atendimento domiciliar à saúde tem como referência o Dispensário de Boston, atualmente conhecido por New England Medical Center. Essa forma de atendimento, tem como objetivo evitar a permanência hospitalar prolongada do paciente, ou seja, após uma estabilização do caso clínico, e se houver alguma dependência, o tratamento se mantém, no domicílio do paciente, diminuindo os custos com internações, e ficando livre dos riscos de infecções hospitalares.

No Brasil, no ano de 1968, os atendimentos domiciliares estavam, em sua maioria restritos a vigilância epidemiológica materno-infantil. As visitas em domicílio começaram a ser realizadas pelo Hospital do Servidor Público Estadual do Estado de São Paulo. Em 1986, foi fundada no Brasil, a primeira agência de Home Care, chamada “Geríatras Home Care”, localizada no Rio de Janeiro, e o seu atendimento exclusivo para o Plano de Saúde Amil (BARBOSA, 2017, p. 28)

E apenas quatro anos depois, com a aprovação da Lei 8.080, que trata das condições para promoção, proteção e recuperação da saúde da população, como também a organização e o funcionamento de serviços correspondentes, que se obteve melhor regulamento a assistência domiciliar no Brasil. Nos

anos seguintes, verifica-se a criação da Fundação de Home Care pela Volkswagen, a Associação da Empresa de Medicina Domiciliar e o Núcleo de Assistência Domiciliar Interdisciplinar.

A atenção em torno da assistência domiciliar, foi aumentando gradativamente, e com isso, ocorreu o primeiro Simpósio Brasileiro de Assistência Domiciliar, onde foram discutidos os aspectos mais importantes relacionados a assistência domiciliar no setor público e privado.

Com a expansão do serviço desse atendimento, passou a existir a necessidade da emissão de resoluções sobre a adequação dos profissionais para a realização da função. Portanto, o Conselho Federal de Enfermagem, o Conselho Federal de Farmácia e o Conselho Federal de Medicina, aprovam resoluções referentes a assistência domiciliar. Cabe destacar as mais importantes, sendo elas, a publicação da RDC (Resolução de Diretoria Colegiada), número 11, onde os serviços de saúde com atendimento domiciliar a passaram ser fiscalizados e, conseqüentemente, mais bem estruturados, já que passaram a seguir normas de funcionamento.

A criação do Núcleo Nacional das Empresas de Serviço de Atendimento Domiciliar, com a finalidade de contribuir com o fortalecimento da modalidade Home Care no Brasil, que a partir de 2006 foi regularizado pela ANVISA, por meio da Resolução número onze (BARBOSA, 2017).

Por conseqüência, a assistência domiciliar no Brasil em suas modalidades (visita, atendimento e internação), trata-se de um modelo de cuidado médico multiprofissional que busca levar ao paciente, em seu domicílio, estrutura e processos assistências semelhantes ao hospitalar, resultando em um menor custo e a comodidade do paciente.

## **Decisões dos tribunais acerca do *home care***

O envelhecimento da população brasileira, atrelado a uma falta de serviços de assistência continuada fora do hospital e a recusa ou impossibilidade das famílias em assumir as despesas e cuidados com os doentes, são os fatores responsáveis pelo aumento dessa judicialização.

Diante disso, a necessidade de se avaliar o contexto em que se insere a necessidade do atendimento domiciliar, já que na maioria das vezes o plano ou seguro saúde pretendem eximir-se da cobertura de tais despesas. Quando o tratamento domiciliar não se trata de uma mera conveniência do paciente ou da família em atribuir devidos cuidados de sua obrigação à terceiros, se trata de uma extensão do tratamento hospitalar, de acordo com tal situação, havendo ou não previsão contratual, fica ao cargo do plano de saúde tal incumbência.

Hodiernamente no Brasil, mais de um milhão de pessoas recebem a atenção domiciliar, sendo ele atendimento (cuidado ambulatorio residencial), ou a internação (hospitalização em casa), números revelados pelo NEAD (Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar). Fica ní-

tido com tal contexto, o processo denominado “desospitalização”, no qual o paciente busca o tratamento domiciliar em razão dos benefícios e segurança que o mesmo traz. (BARBOSA, 2017).

Atrrelado a tal fato, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, as ações aumentaram consideravelmente envolvendo os planos de saúde, e a solicitação do tratamento Home Care (COLUCCI, 2017).

A causa do desencadeamento do alto número de ações judiciais, buscando o reconhecimento do direito de atendimento domiciliar, se dá pela dupla negativa dos planos de saúde aos pacientes. Os planos e seguros saúde, negam o custeio do Home Care, se debruçando sobre princípios contratuais, como “pacta sunt servanta”, ou seja, o que foi pactuado no contrato faz lei entre as partes, logo se não tiver expresso o direito ao Home Care, o plano está isento de custear.

Com isso, alguns planos, após a solicitação do atendimento, negam o custeio do próprio atendimento hospitalar, abordando que se o paciente tem condições de retornar ao seu domicílio, não necessita mais dos cuidados hospitalares. Perante tais situações, surge o dever do Estado, detentor do poder jurisdicional, de intervir de maneira com que as partes resolvam os conflitos, com base nas leis e princípios que regem o nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, os magistrados, se apoiam no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu artigo 20, caput, no qual aborda que os serviços não podem ser prestados de maneira parcial ou incompleta, pois equivale ao não prestar. Assim então, em consonância ao preleciona o CDC, é certificado que, o plano ao negar a assistência, descumpra o papel inicial e social do contrato, que seria a manutenção da saúde do doente, que está intimamente ligado ao direito à vida, assegurado constitucionalmente. Destarte, em média 90% das decisões são favoráveis ao paciente (FERNANDES, 2018).

É notório que as decisões jurisprudências tem se unificado a favor do paciente. Dessa maneira os tribunais entendem pela obrigatoriedade do custeio, mesmo diante de ausência da previsão contratual, tendo como exemplo, a Súmula 90 do TJSP: “Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “Home Care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer”. Outras decisões dos tribunais, também vão de acordo com a súmula supracitada, de maneira com que solidifica o entendimento a favor do paciente.

E também como exemplo, a Súmula 302 do STJ: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. E por fim, o artigo 12 da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que afirma o direito paciente a cobertura de todos os gastos hospitalares e domésticos.

## **Considerações finais**

Diante da não concessão do Home Care pelos planos de saúde, surge



a necessidade do paciente ajuizar uma ação para que reconheça o seu direito que, em regra, pretende a concessão de uma tutela de urgência, muitas vezes de forma antecipada para evitar o perecimento da saúde e da vida do paciente.

Por se tratar, em sua maioria, de casos relacionado a vida e integridade física do paciente, necessitando portanto, de uma rápida resposta do Judiciário, a tutela de urgência antecipada surge como a melhor maneira de se obter a celeridade e segurança jurídica, nos casos em que requisita o atendimento domiciliar.

Dessa maneira, conclui-se que, não há somente vantagens somente financeiras, mas o próprio tratamento em domicílio em si é vantajoso para o paciente que está em seu lar recebendo os devidos cuidados. E diante a atual conjuntura que se instala no Brasil, em uma pandemia que se alastra e atinge uma vasta parcela da população, estão limitadas as vagas em hospitais e a probabilidade de contrair doenças hospitalares ainda mais graves, aumentaram.

Esses fatores ocasionam em uma demanda ainda maior para o atendimento domiciliar. Assim, os tribunais diante de reiteradas decisões e com objetivo de uniformizar o entendimento, realizando de forma célere e justa, respeitando os princípios e leis vigentes, visam qual melhor maneira de resolver o conflito supracitado.

E com isso, mediante a jurisprudência emitida, é concretizado o entendimento de que as negativas vindas dos planos de saúde são abusivas e não devem prosperar. Logo, o deferimento dos pedidos dos pacientes para o atendimento domiciliar, faz com que o contrato atinja a finalidade que se destina. Assim, a justiça se torna a principal aliada do consumidor contra as negativas dos planos de saúde.

## Referências

ANA PAULA CARVALHO. **Home care: significados, vantagens e previsão legal.** n.12, janeiro., 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/272374/home-care-significado-vantagens-e-previsao-legal>> Acesso em: 08 ago 2020.

BARBOSA, Elisângela Aparecida. **Profissionais da Saúde & Home Care.** v. 1. 1. ed. São Paulo: Revinter, 2017, p. 28 a 42.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

COLUCCI, Cláudia. **Crescem decisões que obrigam plano de saúde a pagar serviço Home Care. / Ações por Home Care disparam na justiça.** São Paulo, abril., 2017.

Disponível em: <<https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/acoes-por-home-care-disparam-na-justica>> Acesso em: 09 ago 2020).

CAIO HENRIQUE SAMPAIO FERNANDES. **Paciente tem direito a home care pelo plano de saúde.** n.5, novembro., 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/290339/paciente-tem-direito-a-home-care-pelo-plano>>

de-saude.> Acesso em: 09 ago 2020.

GARCIA, Renato Saldanha Freitas. **História do Home Care no Brasil**. Abril, 2014. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-historia-do-home-care-no-brasil/120711>>. Acesso em: 10 ago 2020.

NEAD – Núcleo Nacional de Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar. **Home Care no Brasil**. Disponível em: <<https://conexaohomecare.com/o-que-e-home-care/historico-do-home-care/>>. Acesso em: 12 ago 2020.

SOUZA, Arthur César de. **Código de processo civil**: anotado, comentado e re-interpretado: parte geral (arts. 1 a 317). v. 1. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 1324.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.2, p. 674, 668.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil - cognição jurisdicional**: (processo comum de conhecimento e tutela provisória) v. 2. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 923.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48, 77, 97.

# COMO A TECNOLOGIA PODE AUXILIAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO?

**Tâmera Padoin Marques Marin**

Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia

## **Resumo:**

Buscou-se investigar como a tecnologia pode ser aplicada em prol de *accountability* dos gastos públicos e para a redução de fraudes nas contratações da Administração Pública, sendo útil, portanto, no controle da corrupção. Identificou-se projeto concebido por uma organização não governamental brasileira (Operação Serenata de Amor), em que foi desenvolvido o robô Rose, que consiste no uso da inteligência artificial para a análise de gastos públicos realizados por parlamentares federais no dispêndio da Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP). Com relação ao combate às fraudes, constatou-se a existência, no Brasil e na Europa, de iniciativas com o uso da tecnologia *blockchain*, originalmente concebida para infraestrutura de criptomoedas, aplicada para o aperfeiçoamento de compras públicas. Trata-se de uma nova ferramenta de transmissão de dados, descentralizada, criptografada e com a principal característica de imutabilidade, impedindo adulterações no curso desses processos.

**Palavras-chave:** *Blockchain*; Inteligência artificial; Controle da corrupção.

## **Introdução**

As transformações sociais pelas quais o mundo passou nos últimos séculos fez com que a vida em sociedade também fosse reformulada. Mais recentemente, com a chamada Revolução Digital, com o formato de Sociedade 5.0, observou-se o surgimento de tecnologias disruptivas. A vida hoje gravita em torno da *big data* e de tecnologias, como a inteligência artificial e *blockchain*, o que nos leva ao impulso de “pensar fora da caixa”.

Tais mudanças ocorridas no seio social e, conseqüentemente, os riscos delas decorrentes tem levado a reformulações, tanto no aspecto das relações

humanas quanto do funcionamento das instituições<sup>1</sup>. Na era digital e da *gig economy*<sup>2</sup>, não se mostra adequada a visão arcaica da máquina estatal emperrada e excessivamente burocratizada.

A Administração Pública não deve ficar alheia ao contexto de readaptações pelo qual o mundo e o país passam, sob pena de utilizar técnicas obsoletas para o atendimento do interesse público, em especial, no que refere ao controle da corrupção.

Na presente pesquisa, a partir da concepção de que cabe ao Estado, de forma permanente e renovada, aperfeiçoar meios de controle da corrupção, buscou-se encontrar soluções exitosas em que o uso da tecnologia foi utilizado como ferramenta para esse mister, sendo escolhido um projeto em que há destaque do papel da sociedade civil e outro modelo de atuação em que o poder público é o protagonista da ação.

O uso da inteligência artificial, por meio do robô *Rose*, por parte da organização civil chamada Serenata do Amor, é apontado nesse trabalho como um meio ágil e eficiente de auxílio na *accountability* dos gastos públicos, abrindo para a população, de forma transparente e didática, informações até então desconhecidas.

Além dessa aplicação, viu-se o emprego da tecnologia *blockchain* nos processos de compras públicas e outras formas de relacionamento com o cidadão tem se mostrado um instrumento útil para o controle de fraudes, com uso de inovação primeiramente concebida para as criptomoedas e que, atualmente, tem modificado as relações negociais a nível mundial.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, que trata daquele que formula a possibilidade de uma lacuna em um determinado nível de conhecimento, lança hipóteses que a possam preencher e, dedutivamente, testa as hipóteses. Foi aplicada a pesquisa bibliográfica e de levantamento de dados.

## 1 A corrupção como um problema atual e global. Aspectos do controle.

O fenômeno corrupção é um problema atual e não está restrito aos países em desenvolvimento, muito embora é sabido que esses sintam, com maior impacto, os seus efeitos. Isso porque “a corrupção danifica de forma mais acentuada os países mais pobres, impedindo o bem-estar social e por vezes afetando a democracia”<sup>3</sup>. Além desses vieses, causa danos à economia, que

1 “La otra cara de este envejecimiento de la modernidad industrial es la aparición de la sociedad del riesgo. Este concepto describe una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, ecológicos e individuales creados por el impulso de innovación eluden cada vez más el control y las instituciones protectoras de la sociedad industrial.” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo Veintiuno, 2002, p. 113).

2 KESSLER, Sarah. *Gigged. The Gig Economy, the End of the Job and the Future of Work*. Edição digital. Business Books.

3 FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício, **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional**, in: A&C – R. de

podem impactar o equilíbrio econômico de forma relevante.

Cabe ao Estado e à sociedade, portanto, o desenvolvimento de mecanismos de controle e transparências aptos a minimizar as maléficas consequências, já que “as estratégias de combate à corrupção, devem procurar melhor a eficiência e a justiça do governo e aumentar a eficiência do setor privado”<sup>4</sup>.

Assim, negar o fenômeno ou tratá-lo como algo inerente à prática social não se apresenta como o melhor caminho. “A tolerância à corrupção imobiliza empresas – e países – que não estejam dispostas a participar de subornos e de outras práticas corruptas, ou empresas que não tenham condições de fazê-lo”<sup>5</sup>. Essa dificuldade igualmente ocorre em relação às políticas públicas de fomento da economia, impactando diretamente aqueles que estão fora dos esquemas de acesso a recursos de forma privilegiada. Por exemplo, “se subsídios escassos para a agricultura e para as empresas são distribuídos de forma corrupta, os produtores de menos recursos são os mais propensos a sofrer”, conforme explica ROSE-ACKERMAN <sup>6</sup>.

Sabe-se que a prática da corrupção prejudica o estabelecimento de um nível eficiente de regulação da economia, posto que acaba transferindo ao setor privado questões relevantes à função e ao interesse público. Isso sem falar nos danos que pode ocasionar danos à livre concorrência e ao mercado, na medida em que “sujeitos econômicos com capacidade para alocar recursos financeiros para a negociação com funcionários públicos terão benefícios em relação a outros sujeitos que não queiram ou não possam oferecer, prometer ou dar vantagens a um funcionário”<sup>7</sup>.

Diante da escassez de recursos e a infinitudes de necessidades sociais, os investimentos públicos disponíveis devem estar afinados com tais necessidades a fim de assegurar os mais diversos direitos inalienáveis e irrenunciáveis, já que “estudos mostram que há uma correlação negativa entre corrupção e crescimento, assim como há correlação negativa entre corrupção e a parcela do PIB revertida para investimentos públicos”<sup>8</sup>.

Conforme apontam os estudiosos Rogério Gesta Leal e Yuri Schneider, “quando a corrupção se encontra dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais

---

Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016, p 02.

- 4 ROSE-ACKERMAN, Susan. **A economia política da corrupção**. In: ELIOTT, Kimberly Ann (coord.). *A Corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UNB, 2002. p. 80.
- 5 GLYNN, Patrick; KOBWIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. **A globalização da corrupção**. In: ELIOTT, Kimberly Ann (coord.). *A Corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UNB, 2002, p 36.
- 6 ROSE-ACKERMAN, Susan. **A economia política da corrupção**. In: ELIOTT, Kimberly Ann (coord.). *A Corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UNB, 2002, p. 78.
- 7 LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 91.
- 8 PRAÇA, SÉRGIO. **Os efeitos econômicos da Corrupção**. Biblioteca Digital da FGV, 2007. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/download/61213/59426/0>.<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/viewFile/61213/59426>> Acesso em: 18/04/2017, p. 01.

direta com os efeitos disto”<sup>9</sup>. Os citados autores exemplificam os danos causados pela corrupção à saúde pública, à educação pública e aos projetos sociais destinados às famílias em situação de pobreza, prejuízos esses decorrentes de malversação ou desvios de verbas públicas.

Isso se comprova por meio dos dados colhidos pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo<sup>10</sup>, onde se apurou que, no país, o custo da corrupção, entendido como o que deixa de ser aplicado em diversas áreas, tais como saúde, educação, tecnologia, dentre outras, aplicado indevidamente no pagamento da corrupção, equivale anualmente a R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do Produto Interno Bruto – PIB (ano base 2008).

O estudo realizado apontou informações que demonstram a necessidade de um olhar atento quanto às perdas aos cofres públicos causados pela corrupção no Brasil e, conseqüentemente, aos direitos humanos:

Tem-se que 27% do valor que o setor público gasta com educação representa o montante total que se perde com a corrupção no Brasil. O custo da corrupção constitui uma parcela ainda maior do orçamento público da saúde: cerca de 40%. Em relação à segurança pública (primeiro item de preocupação dos brasileiros, segundo pesquisa do IBOPE em 2007), o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bilhões ultrapassa o gasto de R\$ 39,52 bilhões dos estados e União em segurança pública em 2008. É possível afirmar ainda que o custo médio da corrupção representa 2,3% do consumo das famílias<sup>11</sup>.

Nesse contexto de efeitos negativos, pode-se inferir que há conexão entre eficácia do governo e controle da corrupção, sendo evidenciados os danos causados à política, considerando que “a percepção de que autoridades e políticos são corruptos reduz a legitimidade do governo aos olhos das pessoas comuns e mina o senso de confiança que é crítico para a regularidade das operações do Estado”<sup>12</sup>.

## 2 A Inteligência Artificial e o controle de gastos públicos: o robô Rose

Sabe-se que a existência de mecanismos de *accountability* no que refere aos gastos públicos é medida indispensável para que haja racionalidade na aplicação do orçamento público. Para isso, a publicidade e o escrutínio social

9 LEAL, Rogério Gesta; Schneider, Yuri. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais**. Revista Ajuris. V. 41, n. 136, Dez/2014, p. 416.

10 FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Departamento de Competitividade e Tecnologia. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. São Paulo, 2010. p. 4.

11 FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Departamento de Competitividade e Tecnologia. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. São Paulo, 2010. p. 4.

12 FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 87.

podem ser boas formas de se evitar ilícitos e de se promover boas práticas. Isso porque, além da atuação da sociedade civil impulsionar a atuação dos mecanismos de controle, é possível que a divulgação do mau uso de dinheiro público gere um desestímulo por parte daquele que o faz.

A entidade da sociedade civil denomina Serenata do Amor é exemplo de iniciativa, custeada por meio de *crowdfunding*, e desenhada com perfil *open source*, que utiliza a inteligência artificial para a fiscalização dinâmica e eficiente de gastos públicos. O nome trata de uma homenagem a um conhecido chocolate brasileiro e em referência a um escândalo que levou, anos atrás, a renúncia da primeira-ministra da Suécia, Mona Sahlin, após ter sido levado a público ter adquirido dois toblerones com recursos públicos<sup>13</sup>.

Na Operação Serenata de Amor, o robô desenvolvido e batizado de *Rose*, que trata de “uma inteligência artificial capaz de analisar os gastos reembolsados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP), de deputados federais e senadores, feitos em exercício de sua função, identificando suspeitas e incentivando a população a questioná-los”<sup>14</sup>.

A *Rose* trabalha com ciência de dados, possibilitando a triagem e o compartilhamento das informações com qualquer pessoa, já que os relatórios ficam disponíveis no site do projeto, denominado de *Jarbas*, onde é possível navegar pelos dados de forma simples e objetiva.

Para se ter uma ideia de gastos, no mínimo estranhos, verificou-se que há deputado que costuma gastar valor equivalente a trinta tanques de combustível ao mês. Para espanto, houve deputado que teve restituição de valor referente a gasto com bebida alcoólica em Las Vegas. E, ainda, por assim dizer bizarro, houve dois deputados que solicitaram restituição de treze refeições feitas num único dia.

A possibilidade de consulta públicas a tais despesas, bem como à triagem realizada pelo sistema de I.A., com efeito, abre a possibilidade de denúncias, penalizações e de correção de desvios de finalidade em realização ao uso de verbas que deveria ter destinação condizente com o interesse público, além do que, na situação específica, devem custear o necessário para o desempenho do exercício parlamentar e não bancar o luxo particular dos destinatários.

Há, ainda um outro projeto em desenvolvimento, chamado Meu Querido Diário, que tem por objetivo atribuir publicidade, nos mesmos moldes semelhantes à *Rose*, no que respeita a gastos dos Municípios.

Verifica-se que a análise e a publicação dos resultados das buscas e comparativos realizados pelos idealizadores do projeto não seria viável sem a utilização da Inteligência Artificial, revelando a importância de se unir a sociedade civil e a tecnologia no controle da corrupção. Além disso, é preciso aperfei-

13 TERRA NOTÍCIAS. **Após escândalo, ex-ministra tenta chefia de Estado na Suécia.** Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/apos-escandalo-ex-ministra-tenta-chefia-de-estado-na-suecia,40ca77f40292b310VgnCLD200000b-bcecb0aRCRD.html> >. Acesso em 22/20/2021.

14 SERENATA DO AMOR. **Inteligência artificial para o controle social da Administração Pública.** Disponível em: < <https://serenata.ai> > . Acesso em 22/10/2021.

çoar os sistemas de controles “pelo que ferramentas que permitam a detecção dos atos ilícitos e medidas repressivas, voltadas à punição de pessoas físicas e jurídicas, também compõem o artefato com o qual se poderá frear a corrupção<sup>15</sup>”

### 3 O Uso da Tecnologia *blockchain* na Administração Pública

O volume de informações que circula na prestação dos serviços públicos das mais diversas áreas, aliado à necessidade de se atribuir segurança nos processos decisórios, controlando fraudes, sem descurar da necessidade de se reduzir custos, motiva a aplicação de novas tecnologias na Administração Pública.

A Constituição Federal traz como norte de atuação da Administração o princípio da eficiência (artigo 37), isso sem falar que o Estado deverá estimular o desenvolvimento tecnológico e a inovação (artigo 218).

Nesse contexto, a tecnologia *blockchain* se apresenta como uma possibilidade novíssima para adequar segurança e agilidade nas compras públicas e outros processos decisórios. Essa ferramenta, que teve origem na infraestrutura das criptomoedas, tem se apresentado como um caminho que pode mudar o mundo e as formas de estabelecimento de vínculos contratuais. O *Bitcoin*, criptomoeda mais difundida (embora existam inúmeras), teve como idealizador uma pessoa que utilizou o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, que inovou ao trazer o conceito de escassez ao mundo digital por meio desse mercado paralelo ao dos órgãos oficiais. Fala-se que as criptomoedas divergem das moedas fiduciárias tradicionais, já que não são criadas ou controladas por países. “Esse protocolo estabeleceu um conjunto de regras – na forma de cálculos distribuídos – que asseguram a integridade dos dados trocados entre bilhões de dispositivos *sem passar por uma terceira parte confiável*”<sup>16</sup>.

O protocolo de confiança em menção capturou a imaginação do mundo da computação e constituiu o alicerce de uma crescente utilização do *blockchain*, também conhecido como livro-razão. Igualmente conhecido como *trust machine* (máquina da confiança), o *blockchain* é uma nova forma de armazenar e transferir dados, onde qualquer pessoa pode ter acesso, sendo, portanto, descentralizada, mas com forte confiança nas etapas realizadas, tendo em vista a *tokenização* e a criptografia.

A marca característica, como dito, é a confiança, posto que, “embora os dados registrados no *blockchain* possam ser vistos abertamente por todos em uma determinada rede, ninguém é capaz de editar ou excluir registros existen-

15 FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício, **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional**, in: A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016, p. 19.

16 TAPSCOTT, Don. **Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI -SP Editora. 2016. Versão digital.



tes”<sup>17</sup>.

*Blockchain*, de forma geral, é tida como uma rede de blocos comunicáveis e imodificáveis, onde a estrutura de dados se grava em “pedra”, podendo, ainda, ser conceituado como “grande livro contábil, público e descentralizado, onde constam de forma imutável o registro de todas as operações ocorridas na rede, previamente validadas (tidas por verdadeiras) pelos próprios usuários”<sup>18</sup>.

Pode-se dizer que vivemos o momento da economia colaborativa e do *blockchain revolution*, onde a tecnologia por trás da *bitcoin* transforma, a cada dia, o dinheiro, a forma de fazer negócios e o mundo<sup>19</sup>. Sem dúvidas, esses impactos também são sentidos no setor público.

Nas pesquisas realizadas, foi possível constatar aplicações da tecnologia *blockchain* no setor público, destacando-se a utilização nos contratos públicos, como ferramenta de prevenção à corrupção. Isso porque, no modelo tradicional de contratação pública, o controle é centralizado e o acesso às informações é restrito, além das interações serem pessoais e, muitas vezes, a manutenção dos registros é inadequada.

Com a inserção da *blockchain* nos processos de contratações públicas, pode-se dizer que o problema corrupção é mitigado na medida em que há imparcialidade e transparência, já que há descentralização de informações e auditabilidade em tempo real, bem como há maior segurança jurídica, porquanto os registros são invioláveis e a transações são rastreáveis e automatizadas.

No Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES concebeu a tecnologia *blockchain* para tornar o uso de recursos públicos destinados a empréstimos mais transparente e confiável por meio do BNDES *Token*<sup>20</sup>.

O Tribunal de Contas da União, em 2020, emitiu o Acórdão n. 1.613/2020, em que realizou levantamento de auditoria com o objetivo de identificar as áreas de aplicação do *blockchain* no setor público, os principais riscos e fatores críticos de sucesso, além dos desafios para auditoria e controle. Ao final, recomendou a utilização da tecnologia *blockchain* nas licitações públicas e outros processos públicos.<sup>21</sup>

O Fórum Econômico Mundial (WEF) publicou um relatório em que

17 EUGÊNIO, Marden. **Blockchain: A Tecnologia da Nova Era**. Ebook Kindle.

18 TEIXEIRA, Tarcisio. RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Criptomoedas. Aspectos jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 23.

19 TAPSCOTT, Don. **Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI -SP Editora. 2016. Versão digital.

20 BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. **TecnologiaBlockchainpromete tornar o uso de recursos públicos mais transparente e confiável**. Disponível em < <https://agenciadenoticias.bndes.gov.br/detalhe/noticia/Tecnologia-Blockchain-promete-tornar-o-uso-de-recursos-publicos-mais-transparente-e-confiavel/>>. Acesso em: 05/11/2021.

21 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU avalia tecnologias da informação blockchain e livros-razão distribuídos para o setor público**. Disponível em:< <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-tecnologias-da-informacao-blockchain-e-livros-razao-distribuidos-para-o-setor-publico.htm>>. Acesso em 04/11/2021.

analisa a aplicação da tecnologia *blockchain* como uma ferramenta para auxiliar na transparência nas compras realizadas por governos e, com isso, combater a corrupção. Esse projeto tratou do uso da rede de *blockchain* pública Ethereum, e, além disso, forneceu propostas de políticas e engajamento cívico.<sup>22</sup>

Na Espanha, a Comunidade Autônoma de Aragão, foi a primeira a utilizar a tecnologia *blockchain* na Administração Pública, ainda no ano de 2018, com aplicações não restritas às compras públicas, ampliando-se a serviços prestados<sup>23</sup>.

A Estônia, por sua vez, é referência mundial no que diz respeito à Administração Pública Digital. Naquele país, somente três serviços exigem a presença física do cidadão: para se divorciar, para casar e para transferir imóveis. No mais, é utilizado o E-Estônia, que utiliza uma infraestrutura digital de serviços públicos baseado na tecnologia *blockchain*, com aplicações na saúde, no Poder Judiciário, nas eleições, em identidade digital, na segurança e no cadastro de empresas<sup>24</sup>.

Portanto, o uso da tecnologia *blockchain* não está restrita às compras públicas, mas também pode ser muito útil na arrecadação de tributos que dependam de fatos geradores estáveis, no pagamento de benefícios previdenciários, no pagamento de indenizações de seguros cujo sinistro seja registrado no *blockchain*, dentre outros. Isso porque tais relações podem ser estabelecidas por meio de um *smart contract*, originalmente idealizado por Nick Szabo, onde se utiliza “uma tradução para a linguagem do código de computador da linguagem jurídica trivial a um contrato, com a pretensão de verificar automaticamente a ocorrência de certas condições preestabelecidas pelas partes e executas as ações automaticamente<sup>25</sup>”.

Essa breve pesquisa permitiu constatar variadas formas de aplicação do *blockchain* no Brasil e no mundo, revelando o caráter disruptivo dessas novas tecnologias, trazendo *insights* e usos úteis para o controle da corrupção, que embora não possa ser reduzida a zero, posto que é algo inerente às relações humanas, pode ser controlada e combatida com ferramentas eficientes.

## Considerações finais

Ao longo do texto, discorreu-se a respeito de iniciativa governamental e

22 BLC CONSULTORIA DIGITAL. **Fórum Econômico Mundial experimenta tecnologia Blockchain Ethereum para combate à corrupção em compras públicas.** Disponível em: < <https://blconsultoriadigital.com.br/forum-economico-mundial-tecnologia-blockchain-ethereum/>>. Acesso em 04/11/2021.

23 UNIVERSIDADE DO BITCOIN. **Comunidade autônoma de Aragão, na Espanha, se tornará a primeira no país a aplicar o blockchain.** Disponível em:< <https://www.universidadedobitcoin.com.br/comunidade-autonoma-de-aragao-na-espanha-se-tornara-a-primeira-no-pais-a-aplicar-o-blockchain> >. Acesso em 04/11/2021.

24 ÉPOCA NEGÓCIOS. **Como a Estônia construiu uma sociedade digital.** Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/08/como-estonia-construiu-uma-sociedade-digital.html>>. Acesso em 04/11/2021.

25 TEIXEIRA, Tarcisio. RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Criptomoedas. Aspectos jurídicos.** Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 110.

não governamental que são notáveis para a *accountability* dos gastos públicos. Constata-se, após o desenvolvimento dessa breve pesquisa, que o objetivo de racionalidade e eficiência no uso dos recursos públicos somente será alcançado com o envolvimento de toda a sociedade e com o uso de ferramentas condizentes com a era tecnológica.

A publicidade na aplicação das verbas públicas é elemento essencial para a fiscalização, todavia, é importante que haja o desencadeamento de medidas punitivas quando os ilícitos forem detectados. Além disso, em que pese a tecnologia se apresentar como uma aliada extremamente útil para o controle da corrupção e das fraudes, sabe-se que uma mentira contada em um *blockchain* continua sendo uma mentira. Isto é, apesar de todos os recursos tecnológicos disponíveis, que aumentam consideravelmente a confiança nos processos decisórios, eles não elidem completamente o a ação humana, que sempre, de alguma forma, estará presente e poderá destoar da legalidade.

Em razão disso, os programas de *compliance* devem ser estimulados e aperfeiçoados continuamente, de forma que, em conjunto com ferramentas como *blockchain* e inteligência artificial, poderão contribuir para a obtenção de níveis adequados de conformidade à lei.

## Referências

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. **Tecnologia Blockchain promete tornar o uso de recursos públicos mais transparente e confiável.** Disponível em <<https://agenciadenoticias.bndes.gov.br/detalhe/noticia/Tecnologia-Blockchain-promete-tornar-o-uso-de-recursos-publicos-mais-transparente-e-confiavel/>>. Acesso em: 06/11/2021.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. España: Siglo Veintiuno, 2002.

BLCONSULTORIA DIGITAL. **Fórum Econômico Mundial experimenta tecnologia Blockchain Ethereum para combate à corrupção em compras públicas.** Disponível em: < <https://blconsultoriadigital.com.br/forum-economico-mundial-tecnologia-blockchain-ethereum/>>. Acesso em 04/11/2021.

EUGÊNIO, Marden. Blockchain: **A Tecnologia da Nova Era.** Ebook Kindle.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Como a Estônia construiu uma sociedade digital.** Disponível em: < <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/08/como-estonia-construiu-uma-sociedade-digital.html> >. Acesso em 04/11/2021.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Departamento de Competitividade e Tecnologia. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate.** São Paulo, 2010.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Departamento de Competitividade e Tecnologia. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate.** São Paulo, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício, **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional**, in: A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. **A globalização da corrupção**. In: ELIOTT, Kimberly Ann (coord.). *A Corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UNB, 2002.

KESSLER, Sarah. Giggled. **The Gig Economy, the End of the Job and the Future of Work**. Edição digital. Business Books.

LEAL, Rogério Gesta; Schneider, Yuri. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais**. Revista *Ajuris*. V. 41, n. 136, Dez/2014.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PRAÇA, SÉRGIO. **Os efeitos econômicos da Corrupção**. Biblioteca Digital da FGV, 2007. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/download/61213/59426/0>>. Acesso em: 18/04/2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **A economia política da corrupção**. In: ELIOTT, Kimberly Ann (coord.). *A Corrupção e a economia global*. Brasília: Editora UNB, 2002.

SERENATA DO AMOR. **Inteligência artificial para o controle social da Administração Pública**. Disponível em <<https://serenata.ai>>. Acesso em 22/10/2021.

TAPSCOTT, Don. **Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI -SP Editora. 2016. Versão digital.

TEIXEIRA, Tarcisio. RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Cripto-moedas. Aspectos jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm. 2019.

TERRA NOTÍCIAS. **Após escândalo, ex-ministra tenta chefia de Estado na Suécia**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/apos-escandalo-ex-ministra-tenta-chefia-de-estado-na-suecia,40ca77f40292b310VgnCL-D200000bbcecb0aRCRD.html> . Acesso em 22/20/2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU avalia tecnologias da informação blockchain e livros-razão distribuídos para o setor público**. Disponível em:< <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-tecnologias-da-informacao-blockchain-e-livros-razao-distribuidos-para-o-setor-publico.htm> >. Acesso em 04/11/2021.

UNIVERSIDADE DO BITCOIN. **Comunidade autônoma de Aragão, na Espanha, se tornará a primeira no país a aplicar o blockchain**. Disponível em:< <https://www.universidadedobitcoin.com.br/comunidade-autonoma-de-aragao-na-espanha-se-tornara-a-primeira-no-pais-a-aplicar-o-blockchain>>. Acesso em 04/11/2021.

# JEREMY BENTHAM, A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 E OS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE: LIÇÕES EXTRAÍDAS DE UM DEMÉRITO HISTORICAMENTE CIRCUNSTANCIADO

**Bruno Zanatta Abrahão**

Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Advogado

## **Resumo:**

Trafegada toda uma progressiva via construtiva, os Direitos Humanos concretaram, especialmente após a demanda por ação diante das atrocidades ocorridas no século antecedente, uma via unidirecional pautada pelo progresso a não se perder de vista. Não obstante todas as conquistas realizadas e apesar de rotineiramente requisitados, infelizmente os Direitos Humanos ainda hoje são postos em causa por parte daqueles que em sua eterna descrença os condenam por sua abstração, universalidade e incapacidade de positiva vinculação como verdadeiras determinantes jurídicas, consideração que pouco ou nada reinventa para além da referenciação aos ecos de tempos pretéritos. Diante desse cenário, foi proposta uma breve análise estruturada por uma revisita à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 através da privilegiada interlocução de Jeremy Bentham, seguida pelas decorrentes lições que desse contexto podem ser extraídas e expandidas para o atual mundo globalizado.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Jeremy Bentham; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Positivização; Globalização.

## **Introdução**

A inaugurada persecução analítica centra foco na reconstitutiva visita ao cerne argumentativo de Jeremy Bentham à luz da sua obra/manifesto “*Anarchical Fallacies*”, assente na crítica do teor constante na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) proveniente dos esforços revolucionários na França, visando como guia finalístico convencionar que, apesar do notório

reduccionismo do referido filósofo inglês ao taxar os Direitos Humanos (ainda que embrionariamente assumidos) como iniciativa retórica, de tal banalização da matéria – em muito talhada pela direta influência do momento delimitador (espaço/tempo) – podem ser extraídas algumas lições importantes, inclusive como forma de reforçar a relevância de tal segmentação propositiva de uma resguarda universal na presente conjuntura traduzida por um movimento disforme: de uma realidade globalizada que em sua complexidade inerente dispõe ao mesmo tempo da capacidade de agregar e segregar.

Diante do exposto, parte-se da menção de que muitas das dificuldades consideradas por Bentham como extraíveis da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – ainda que exasperadas pela rusticidade crítica do referido autor – se colocam na atualidade ainda como argumentos recorrentes por parte daqueles que desacreditam nos Direitos Humanos como prerrogativas universais, quer por sua alcançabilidade ilusória, quer por descrença enraizada no seu próprio teor qualitativo de reconhecimento das garantias que acompanham o aferir integrador de cada pessoa à humanidade (como corpo que a todos recebe). Servirá como essência a preocupação em valorizar os Direitos Humanos por uma (não ilusiva) compreensão de que o atingimento de um grau de aceitabilidade sustentável dos mesmos não importa na convergente afirmação de que, em termos práticos de observância, a sua efetivação se posta descomplicada.

Ademais, o escalado chamamento do recorte de divergências inaugurado com destaque em Jeremy Bentham (tomado como notório positivista) traz à tona uma particularidade expressiva dos diálogos que atualmente incidem sobre os Direitos Humanos, na medida em que, põe-se diretamente em causa a conformação de tais direitos como valores distintivos pela sua natureza (potencialmente protetivos pelos seus próprios méritos) e a necessidade inafastável (ou não) de que estes tenham que necessariamente buscar na positiva concreção legal a sua importância e eficácia. Assim, resta inaugurado esse discurso com a certeza de que, pelo inverso que contribui para o progresso, “*Bentham’s theory brings a healthy no-nonsense approach about human rights*” (BEDAU, 2000, p. 279).

## **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**

Contextualizando os pontos que no deslinde ver-se-ão requisitados, o presente tópico traz um brevíssimo apanhado dos fatores que contribuíram para a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento ora posto em evidência como contributivo para a progressiva construção histórica dos hoje denominados Direitos Humanos.

Levando ao extremo a percepção de que as revoluções não se originam de desígnios insignificantes (ARISTÓTELES, 2014, p. 182) e buscam fundamentalmente a obtenção de alguma igualdade (ARISTÓTELES, 2014, p. 176), eis que o secular absolutismo francês é posto em contestação por

diferentes frentes ideológicas e estratos sociais, com destaque para os ideais iluministas – para muito além do sucesso importado da experimentação norte-americana (VOVELLE, 2007, p. 134-135) – cada vez mais abrangentes, o desprestígio da burguesia detentora dos meios econômicos (e ideológicos) e a pobreza que assolava a restante parcela marginalizada da população (NUNES, 2017, p. 107), ambos insatisfeitos com um vaidoso e insistente modelo monárquico centrado na perpetuação por patrocínio das instâncias dominantes (nobreza e clero), a tempos fadadas ao insucesso pela sua própria incapacidade de autossustentação econômica para além de uma representatividade restrita ao status e simbolismo da posição.

Com a liderança marcante da burguesia em reunião dos anseios pre-variantes dentre os integrantes do denominado Terceiro Estado (por oposição ao primeiro composto pelo alto clero e o segundo pela nobreza) que era composto pelas classes sociais que pelo labor e/ou concentração econômica sustentavam a sociedade francesa à época (SIEYÈS, 2015, p. 3), criou-se os alicerces necessários para guiar o intento revolucionário, dentre os quais situa nitidamente a aprovação (na criada Assembleia Nacional) da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como base principiológica para o atingimento dos objetivos perseguidos pelo movimento iluminista/liberal em ascensão. Tem-se início a Revolução Francesa que de 1789 até 1799, entre idas e vindas, logrou como êxito afirmativo uma nova percepção: o da pessoa que se reconhece como parte, ainda que como pequena parcela, de um todo maior que a considera/reconhece e que dele mesmo deve fornecer proteção.

Prestando o reconhecimento de que a Declaração de 1789 faz jus aos propósitos perseguidos no contexto revolucionário contribuindo decisivamente, para muito além do individualismo iluminista francês, para a continuidade e perpetuação do novo paradigma pautado pela reformulação da ideia de Estado e as suas decorrentes atribuições (BOBBIO, 2004, p. 18-19), em nítida superação da posição aristotélica clássica acerca da relação indivíduo/cidade com a submissão da pessoa ao todo que lhe acolhe (ARISTÓTELES, 2014, p. 239), insta fazer referência aos escritos de Rousseau como uma das inspirações para as bases da Declaração (sem desconsiderar o pioneirismo de Hobbes e Locke), partindo agora da lição máxima que inaugura o primeiro dos seus dispositivos: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundamentar-se na utilidade comum” (FRANÇA, 1789).

O impacto advém logo da afirmação pela liberdade e igualdade de todos os homens, elevando-se logo na primeira oportunidade a constatação de um status inato, incapaz de ser subvertido por imposição ou por opção, conforme “Abrir mão da própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da Humanidade, inclusive aos seus deveres.” (ROUSSEAU, 2018, p. 15) e que, “Portanto, sobre alguns direitos, é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandoná-los ou transferi-los.” (HOBBS, 2014, p. 113). Complementação de sentido re-

forçado já no artigo II com o pressuposto da imprescritibilidade: “O objetivo de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” (FRANÇA, 1789). Fatores que, com toda a sua exteriorizada carga valorativa-disruptiva, parecem ser intencionalmente pensados diante da possível tentativa de retomada do *status quo ante* ora em inicial e progressiva superação pelos notórios esforços de uma revolução que, para todas as suas glórias e conquistas, já cobrava o seu preço histórico por intermédio da violência (a exemplo do ocorrido durante a queda da Bastilha em 14 de julho de 1789).

## **Entre falácias e a insurreição anárquica: o manifesto crítico de Jeremy Bentham**

Requer neste momento referenciar o desmerecimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão feito por Jeremy Bentham, interlocutor marcante em cujas inúmeras facetas interpelou firmemente pelo positivismo e pelo utilitarismo assente na maximização da felicidade agregada, aqui adiantando a complicada relação de sobreposição que dificulta distinguir o crítico filosófico do crítico político onde, apesar do comprometimento *prima facie* destinado ao primeiro aspecto, Bentham parece mostrar em seus escritos toda a dificuldade de se ver despedido do estereótipo tendencialmente conservador (pró-estabilidade) do inglês do século XVIII/XIX. Sentimento que não parece importar na necessária desvalorização imediata das contribuições analíticas do referido autor, pelo contrário, talvez seja a mais pura possibilidade de entrar em contato com uma perspectiva capaz de refletir a perplexidade daqueles que na época viviam e observaram os acontecimentos em curso por um ponto de vista externo (mas não distanciado).

Bentham certamente se mostrava acuado defronte toda essa inversão experimentada de valores que, em termos de atingimento finalístico, nitidamente colocavam em causa toda a sua idealizada imagem funcional e originadora dos governos e do Direito (anticontratalista e antijusnaturalista), inaugurar de discordâncias que departem da sua pré-concebida posição diante da clássica e controversa discussão talhada pelo embate entre direitos naturais e direitos positivos, aqui considerando que estes últimos “não existem desde a eternidade, mas se tornaram leis pela vontade daqueles que exerceram o poder soberano sobre outros. Podem ser escritas ou dadas a conhecer aos homens por qualquer outro meio que responde à vontade de seu legislador.” (HOBBS, 2014, p. 225). Em consequência (acumulativa) dessas opções, parece buscar alento um dos mais famosos trechos utilizados por Bentham em “*Anarchical Fallacies*”, que bem sumariza a defesa de uma incompatibilidade cronológica de existirem direitos (naturais) anteriores aos direitos juridicamente assumidos: “*Right, the substantive right, is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets,*



*rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters, "gorgons and chimaeras dire."* (BENTHAM, 1843, p. 523).

Referenciando o já transcrito dispositivo inaugural da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a primeira alusão de incredulidade por parte de Bentham surge da consideração de que as suas previsões seriam expansíveis para todos os homens: "*The description of the persons, of whose rights it is to contain the declaration, is remarkable. Who are they? The French nation? No; not they only, but all citizens, and all men.*" (BENTHAM, 1843, p. 492). Aportando nas circunstâncias do momento, pontua-se que Bentham acerta e erra na sua percepção. Acertadamente constata que apesar das menções universais/universalizáveis introduzidas especialmente no título, preâmbulo e artigo I da Declaração francesa de 1789, o cidadão ocupa a maior parte das definições subsequentes, a exemplo do previsto nos dispositivos VI e XI. Por outro lado, apesar de patente o comprometimento de parte da Declaração em termos concentrados/locais de cidadania, obviamente o intento do referido documento, ao referenciar prerrogativas de todos os homens, não nasceu como um acidente de percurso ou uma mera obra do acaso linguístico. Banalizar essa percepção, importaria na desconsideração de toda a construção iluminista que desde antes já se colocava como movimento (ainda que restrito ao filosófico) compenetrado na conferência emancipadora da pessoa humana. Ademais, mesmo considerando a gradual construção da noção de atingimento universal, certamente uma valorável parcela da sua edificação advém desse particular contexto declaratório (BOBBIO, 2004, p. 18).

Sem perder o foco no artigo I da Declaração, Bentham completa a sua inaugurada indisposição com uma das suas frases mais marcantes: "*Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, -nonsense upon stilts.*" (BENTHAM, 1843, p. 501). Dessa afirmativa categórica contra tudo aquilo que ainda hoje se reconhece como o cerne contributivo da Declaração de 1789, Bentham notavelmente fixa a sua discordância na consideração de que noções abstratas como liberdade e igualdade, tomadas como inatas e imprescritíveis, não passariam de encantos e promessas incapazes de serem concretizadas na prática (BENTHAM, 1843, p. 491). Assim, interpretando que tais declaradas prerrogativas naturais remeteriam a um patamar de realização desprovido de sua respectiva base para concreção, aqui resta atribuída, ao menos em parte, a dita falácia que intitula o ora requisitado demérito feito pelo referido autor.

Fica nítida a preocupação de Bentham no sentido de que, em um momento prévio à reunião comunitária sob o controle de uma autoridade, inexistiria uma ordem sustentável de direitos: "*no government, consequently no rights: no rights, consequently no property-no legal security-no legal liberty*" (BENTHAM, 1843, p. 501). Do mesmo modo, em reforço ao nítido desprezo pelos supostos direitos provenientes da natureza, Bentham recorre ao suposto núcleo de inseparabilidade entre um direito e a sua respectiva obrigação como elemento que não encontraria fundamento caso desvinculada do aporte positivo (BEN-

THAM, 1843, p. 503), ignorando por completo a valorosa lição de Thomas Paine no sentido de que, pelos seus próprios méritos e pureza para além de qualquer possibilidade positivamente formalizada, “*A Declaration of Rights is, by reciprocity, a Declaration of Duties also*” (PAINE, 1792, p. 72). Figura marcante compactuar que a particular cronologia de uma Declaração de direitos e prerrogativas naturais antecedendo a delimitação política da nação, inclusive anterior à própria carta constitucional que também era almejada pelo movimento revolucionário e que possivelmente viria cerceadora do exercício legislativo ainda pendente de consolidação, certamente contribuiu para expandir a desconfiança acerca da sustentabilidade desse modelo por parte de Bentham.

Voltando-se para os direitos declarados, Bentham perfaz uma busca argumentativa centrada na negação de que seja possível uma realística liberdade/igualdade e para tanto estabelece primordialmente como contraexemplo a previsão constante na própria Declaração de 1789 acerca do direito de propriedade, descrito como natural e imprescritível no já citado artigo II e reafirmado no dispositivo XVII: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela deve ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir e sob a condição de uma justa e prévia indenização.” (FRANÇA, 1789). Diante de tal concessão, sugere a oponibilidade entre a manutenção da propriedade e uma liberdade amplamente assumida, já que a primeira somente poderia ser protegida mediante a necessária restrição/limitação da última, conforme toda liberdade concedida pressuporia uma outra liberdade cerceada (BENTHAM, 1843, p. 503; VILLEY, 2007, p. 8). Em semelhante lógica restaria comprovada a incoerência da noção de igualdade, já que o reconhecimento de que todos nasceriam dotados de iguais direitos não corresponderia a uma realidade assentada na desproporção de posses entre os mais diversos estratos sociais: “*All men are born equal in rights. The rights of the heir of the most indigent family equal to the rights of the heir of the most wealthy?*” (BENTHAM, 1843, p. 498).

Sem perder a oportunidade de adiantar uma resposta, parece notório que Bentham, em toda a sua preocupação de adequar a significância das palavras ao seu decorrente postulado prático, deixa escapar a obviedade de que por igualdade “não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e riqueza sejam absolutamente os mesmos” (ROUSSEAU, 2018, p. 58). Indubitavelmente, a discordância cega de Bentham o deixa levar por uma literalidade que predispõe-se em parte simbólica e fixadora de um guia principiológico a se ter em mente, não em si curativo das mazelas enraizadas pelo agir humano, erro primário que o leva nitidamente a desconsiderar que qualquer pessoa, do mais competente dos filósofos ao menos versado integrante da sociedade, decerto não cometeria o equívoco de negligenciar a existência de uma disforme realidade social tão somente porque uma natural igualdade restou declarada. A melhor hipótese reluz na aferição de “Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico” (BOBBIO, 2004, p. 51). Ademais, a própria noção de igualdade sugere

um conceito variável e valorável por diferentes pontos de vista, em si incapaz de ser padronizada sem uma análise casuística.

Por fim, resta situar a contextualização de Bentham no tocante ao receio de que os direitos previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 seriam incentivadores da insurgência anárquica: “*People, behold your rights! If a single article of them be violated, insurrection is not your right only, but the most sacred of your duties.*” (BENTHAM, 1843, p. 496). Se das inatas e imprescritíveis liberdade e igualdade surgem as “*Fallacies*” de Bentham, “*All men born free? Absurd and miserable nonsense!*” (BENTHAM, 1843, p. 498), da capacidade de resistir à opressão mencionada no anteriormente transcrito artigo II, grande incentivador para a radicalidade/intransigência de Bentham – “*If a judge sentence you to be imprisoned or put to death, have a dagger ready, and take a stroke first at the judge.*” (BENTHAM, 1843, p. 504) – que na ocasião parece ter levado ao extremo a real possibilidade de se estar legitimando ações tendencialmente violentas, preludia-se o complemento “*Anarchical*”.

Novamente, a concepção particular do autor acerca da ordem constitutiva das instituições e das leis vem à tona em efusivo destaque ao alertar para o surgimento de um precedente negativo assente em um cenário que autoriza direitos prévios ao Direito e ao governo, sugerindo que, mesmo após estes serem definidos e mobilizados, remanesce acessa a chama revolucionária capaz de submetê-los a uma infundável contestação (BENTHAM, 1843, p. 501), defronte a simples lógica cíclica de que o mantimento das causas de justificação de uma insurreição passada incentivariam uma insurreição futura (BENTHAM, 1843, p. 496). Repercutindo tal receio instigador de um movimento anárquico generalizado, aparentemente Bentham não prestou o devido cuidado de conjugar a permissividade reacionária pressuposta na citada disposição autorizativa com as limitações do artigo IV da Declaração, segundo o qual a noção de liberdade “consiste em poder fazer tudo o que não prejudica outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem limites apenas no que assegura aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser determinados pela Lei.” (FRANÇA, 1789).

## **O subsistente dilema entre universalidade, positividade e moralidade na atual conjuntura dos Direitos Humanos**

Considerado o trilhar até o momento percorrido, centrado na sustentação de um cenário assumido em seu próprio contexto localizado premissa/crítica, um novo tópico se introduz, por lembrança notável dos deméritos de Jeremy Bentham à Declaração francesa de 1789, agora direcionado para a profusão de críticas negativas que ainda hoje circundam a possibilidade de conciliação entre teoria e prática para a efetividade dos Direitos Humanos. Menciona-se aqui destacadamente e sem a pretensão cômoda ou ilusória de negar (pois não há contributo que sobreviva perante certezas e vaidades parti-

culares) a alusão de que, infelizmente, alguns adventos ainda precisam percorrer um longo caminho para se verem completamente livres dos movimentos descrentes nos direitos universalmente considerados. Com efeito, restará pressuposta a necessidade de condução a uma linha argumentativa direcionada ao afastamento/mitigação dos apontamentos negativos, mas sem subestimá-los como de todo infundados sem uma coerente base responsiva.

Apesar do árduo caminho percorrido, perfazendo de imediato considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como ápice consolidador dos Direitos Humanos – “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) – em sua não mais contestável tendência expansiva e real pretensão universal, ainda hoje o que se constata é um eco da discordância de Bentham em que os mesmos argumentos são lançados em detrimento justamente do caráter abrangente dos Direitos Humanos. Novas vozes, como a de Michel Villey, erguem-se contrárias ao alcance universal e a possibilidade de atingimento prático dos princípios proclamados nos documentos declaratórios: “O erro delas é prometer demais: a vida, a cultura, a saúde igual para todos” (VILLEY, 2007, p. 5). Entristece aferir que mesmo considerando a brusca alteração de cenário, em termos de discurso, foram poucas as adaptações por parte dos que oferecem resistência a tais direitos, inclusive contestando radicalmente a própria existência dos Direitos Humanos como pode ser visto na obra de Costas Douzinas (DOUZINAS, 2013, p. 55-56).

Com pouca inovação para além da variação experimentada pela sociedade contemporânea globalizada, muitas críticas retomam o núcleo constitutivo dos Direitos Humanos, assente na universalidade das suas disposições, pondo diretamente em causa o real e o ideal como âmbitos inconciliáveis em termos de efetivação prática de tais direitos – “*the symbolic and imaginary operation of rights finds its limit in the real*” (DOUZINAS, 2013, p. 63) – sem, contudo, fixar um comprometimento tendente a auxiliar uma superação dessa conjuntura que em parte se apresenta como dificuldade prática verdadeira, mas não como uma negação ou impedimento absoluto.

Da mesma forma, como causas atribuídas à postulada incapacidade concreta, retoma-se como raciocínio prevalente (pouco desviado dos prenúncios de Bentham) a fundamental oposição entre o aspecto interno do cidadão e o atingimento de prerrogativas universais (DOUZINAS, 2013, p. 57), assim como, especialmente, a relação oponível/inconciliável dos Direitos Humanos face à ordem jurídico-normativa (destacadamente em termos positivados) e a decorrente possibilidade do seu recurso como direitos legais passíveis de *enforcement* (VILLEY, 2007, p. 22). Novamente surgem argumentos de que a instrumentalidade dos Direitos Humanos não passa de uma retórica ilusiva: “É delicioso ver-se prometer o infinito: mas, depois disso, surpreenda-se se a promessa não for cumprida!” (VILLEY, 2007, p. 6).

A partir desse juízo/dever de vínculo à realidade, assumindo que algumas dificuldades podem e devem ser assumidas como realistas, a própria globalização (em suas coerências e incoerências) ao aproximar as nações – reduzindo a outrora intransigente concretude das fronteiras físicas – traz consigo uma inerente carga comparativa dos tratamentos fornecidos por diferentes sociedades aos seus membros, fixando, mesmo que indiretamente, um choque de realidade inaugurado pela incontestável natureza humana de criar *standards* persecutórios (vide a visão ocidental de mundo em muitas ocasiões disseminada como o imaginário a ser perseguido). Nesse aspecto, apesar de ater suas boas intenções por intermédio da fixação de um plano ideal como guia finalístico a ser alcançado, importa com frequência na banalização de que certas metas de atingimento encontrar-se-ão defronte barreiras de especificação construídas via um longo acúmulo cultural, religioso, político, econômico e jurídico, razão pela qual, o assimilar de certas prerrogativas garantidoras dos Direitos Humanos – ainda que dotadas de inegável valorização da pessoa como sujeito último a ser resguardado – devem igualmente ser adequadas, proporcionais e graduais conforme a sua capacidade de disrupção frente a uma realidade que se apresenta disforme, sob pena de soarem impositivas de uma percepção de mundo eleita como correta – que se autodeclara universal, sem assim o ser – perante outras culturas organizacionais divergentes, nas quais o tempo e grau de assimilação de certas diretivas serão mais reduzidos.

Não se deixará de acrescentar para aqueles que buscam problematizar via o enraizamento da inatingibilidade universal dos Direitos Humanos como uma incapacidade de ordem essencialmente conceitual, que estes pecam ao não conferir o tratamento cuidadoso que tal análise sujeita, ironicamente, subestimando a própria realidade concreta que é aludida reiteradamente como sustento (pela negativa) da efetividade dos direitos em apreciação. Em termos diretos, por mera conveniência acabam por desprezar que a internalização (eficaz) de um preceito universal (seja através da sua estatuição ou assimilação positiva como direito vigente), na grande maioria das vezes, encontra óbice na prudência/índole (ou desinteresse) do organismo estatal, das suas instituições e representantes em assim proceder, aqui concordando plenamente que “Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não depenem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los” (BOBBIO, 2004, p. 25). Aferição que certamente influi não apenas no momento assimilador, mas também na posterior (e exigente) continuidade pressuposta por uma rotina gerencial já desvinculada dos efeitos políticos usufruídos por aqueles que abriram as portas da nação para os Direitos Humanos (seja pela ratificação de um tratado/convenção, construção constitucional, dentre outros meios possíveis).

Postulado que, aparentemente incontestável diante das dificuldades práticas que o dia a dia evidencia em termos de diretivas (internas/internalizadas) louváveis em seu teor (principalmente em sede constitucional) que são redu-

zidas ao mero formalismo ineficaz de uma pompa ilusória, fornece a hipótese de desmentir expressamente uma (ainda hoje) amplamente requisitada consideração de Bentham ao afirmar que “*What I mean to attack is, not the execution of such a design in this or that instance, but the design itself.*” (BENTHAM, 1843, p. 522). Menção contaminada pelo comodismo de generalizar uma discordância sem passar pela sua capacidade de execução prática, um verdadeiro contrasenso diante de uma pregação que fundamentalmente se propõe empirista.

Trafegado brevemente por algumas considerações pertinentes, insta razer que a história é testemunha viva de que o surgimento de cada centelha afirmativa de direitos universais sobreveio de forma coerente, concedendo a oportunidade para que cada sociedade organizada suscite – dentro das suas especificidades configuradoras – a demanda por adequação (positiva ou não) conforme os seus próprios entendimentos comunitários e no seu próprio tempo (de forma gradual e voluntária). Rebatendo os críticos, aparentemente tal possibilidade contributiva – não *prima facie* impositiva – se inaugura pela própria natureza dos Direitos Humanos buscar genuíno assento nos seus próprios méritos morais, transcendendo, sem subestimar a sua importância complementar para fins de adequação das supracitadas especificidades regionais/locais, a perseguição pela positiva obrigatoriedade como fim em si mesma: “*Human rights cannot be entirely parasitic, in one form or another, on law*” (SEN, 2012, p. 93). Até porque é mais do que acertado, se não óbvio, considerar que “As mesmas leis não podem convir igualmente a tantas províncias diversas, de diferentes culturas, climas opostos, e que não admitem a mesma forma de governo.” (ROUSSEAU, 2018, p. 53), fatores que não parecem constranger uma ordem maior de valores assentada pela sua própria abstração universalmente inclusiva.

Conforme restou claro, segundo o positivismo assecuratório benthamiano, contrário a qualquer assimilação jusnaturalista, somente existiriam direitos legais (de preferência textualizados/estatuídos). Mesmo desconsiderando grande parte dessa compreensão reducionista de Bentham (já em muito superada, inclusive por posturas positivistas mais amenas/receptivas a um diálogo entre as possíveis fontes do Direito), certo é que a linear pressuposição da posituação dos informes humanitários universais ainda gera uma série de posicionamentos diretamente compenetrados com a agenda/rotina realizadora dos Direitos Humanos. Contexto que pressupõe algumas notas responsáveis, reconhecendo que inexistente prudência na defesa do reducionismo inversamente proporcional, qual seja, o de sustentar que o atingimento positivo não se mostra necessário para suprir uma parcela importante da concreção (via *enforcement*/obrigatoriedade) dos valores declarados no decorrer da construção histórica dos Direitos Humanos.

Aspecto a ser adentrado em destaque, faz notória retomada ao fator temporal e sua capacidade de influir na dinâmica assimiladora dos Direitos Humanos, aqui mantendo coerência com a anterior postura de respeito frente às diferentes disponibilidades de cada Estado/nação (em seus incalculáveis e

não subestimáveis fatores especificadores em termos sociais/culturais/políticos/econômicos/jurídicos) diante das prerrogativas universais constantes nos documentos declaratórios. Logo, diante de um vislumbre compatível com o atual patamar atingido pelos Direitos Humanos em sua sistemática declaratória e institucional, parece acertado aduzir que o processo de internalização dos Direitos Humanos pressupõe um maior comprometimento (ainda que inicial) em termos de política educacional do que na busca por vínculos apressados com um ordenamento jurídico desprovido de respaldo instrumental e de legitimidade para tornar efetivo tais determinações protetivas como legalmente obrigatórias. Faz-se sempre importante lembrar, mesmo considerando as dificuldades de exteriorização diante dos aspectos estatais restritivos, que os Direitos Humanos (pela sua própria essência) são *prima facie* invocáveis por todos, onde quer que estejam, independentemente da imprevisão em um circunstanciado aporte jurídico delimitador. Agora com a vantagem de um mundo globalizado no qual muitos estão dispostos a ver, ouvir e censurar possíveis violações.

Deve ser assumido nesse momento, o que até então foi somente margado pelo temor generalizado que o termo parece causar em uma parcela significativa da comunidade jurídica – naqueles que defendem sua impossibilidade/restrição como fonte constitutiva do Direito ou recurso na prática jurídico-decisória, sustentados por um raciocínio positivista nunca abandonado por completo e que, inclusive, de tempos em tempos se reinventa postulando inferências que o suportam tão vivo como outrora – que à Moral deve ser atribuído um papel de relevo na conjuntura que se prega, visto ser patente que os Direitos Humanos não se resumem/restringem ao perseguir de um (ainda que desejado) apanhado de direitos legais (jurídico-normativos). Seja agora concretando que de forma geral “*every human right is a moral right*” (PERRY, 2013, p. 781) e, portanto, fixam a sua pertinência finalística justamente na capacidade de postular um verdadeiro guia macroscópico de realização/atingimento, ainda que abstrato e presumido como universalmente desejável por um consenso significativo, a exemplo que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores” (BOBBIO, 2004, p. 18).

Feito tal direcionamento, é na própria abertura – desde Bentham criticada como abstrata em excesso “*The more abstract-that is, the more extensive the proposition is, the more liable is it to involve a fallacy.*” (BENTHAM, 1843, p. 496) – dos Direitos Humanos que surge a possibilidade de concretar uma instância convidativa ao debate (SEN, 2012, p. 98). Aferir que influi no pressuposto universal dos Direitos Humanos e na sua postergação no tempo, sendo certo que nenhuma propensão adaptativa (inclusive em termos de recepção cultural localizada) restaria viável diante da inequívoca defesa de um abrangente acolhimento talhado por conceitos delimitadores capazes de contemplar uma taxativa/exaustiva perspectiva (ainda mais jurídica) de amplo espectro. Eleva-se

aquí, que condenar os Direitos Humanos pela sua abstração é o mesmo que negá-los em sua essência meritória.

Importa lembrar, novamente em desvelar dos argumentos críticos mobilizados contra os Direitos Humanos em termos de efetividade prática, que em um patamar local/regional tal postulado de oponibilidade entre valores/direitos morais universais e direitos legais/positivos perdem a sua força diante da incontestável (e frequentemente requisitada em sede constitucional) possibilidade de integração dos Direitos Humanos ao sistema jurídico-normativo como Direitos Fundamentais, adequando o universal aos moldes especificadores internos (balanceado por um menor índice de abstração), sem abandonar o seu núcleo configurador, transmutando uma ordem declaratória assente na desejabilidade (reconhecendo os seus méritos valorativos) em verdadeiras hipóteses impositivas de deveres/obrigações juridicamente consideradas.

Assim, a opção por manter as determinações universais direcionadas para a proteção dos Direitos Humanos como valores/preceitos morais encontra sustentabilidade na percepção de que o aspecto definitivo para o real (para além do ideal) – pré-legal que não precisa ser legal, mas pode e se engrandece assim o sendo com responsabilidade – perfaz um primeiro patamar de reconhecimento interno pautado pelo acomodamento circunstanciado/personalizado compatível (não imperativo ou ofensivo) com a realidade sociocultural margeadora desse recorte territorial especificamente considerado. Por meio dessa ótica preocupada em valorar as diferenças, estas que em um enfoque finalístico agrega valor ao mundo plural que nos acolhe, postula-se na gradualidade como guia principiológico o vislumbre de que, cedo ou tarde, um patamar sustentável de globalização humanitária possa ser alcançado, inclusive em termos de atingir (em alguma altura) um convencional reconhecimento de toda a comunidade internacional de que certos princípios morais declarados podem, pelo seu intrínseco teor valorativo compartilhado, ser convertidos e mandamentos dotados de vinculante caráter jurídico-global. Somente por essa construção progressiva, por vezes inquietante/agoniante pela demora de certos atingimentos vistos como óbvios por algumas tradições, será possível abstrair da prévia concepção vulgarmente difundida de que os Direitos Humanos seriam idealizações perversamente impositivas da visão de mundo ocidental.

De todas as concordâncias e discordâncias globalmente viajadas, uma delas remanesce indiscutivelmente universal: as particularidades distintivas de cada sociedade organizada nunca encontram bases e alicerces homogêneos. Fator que certamente não deve ser avaliado como algo negativo para os Direitos Humanos, já que cumpre a estes, para além do igual reconhecimento de todos os seres humanos como tal, valorar as diferenças como virtudes que urgem pela identificação e resguarda perante um mundo convidativo a uma série de ameaçadas.



## Notas conclusivas

Percorrido o trajeto analítico proposto como uma visita ao passado para extrair algumas lições capazes de ajudar a compreender o presente e o futuro, na eterna cíclica da história que nos ensina o que deve ser evitado, mas que ao mesmo tempo relutamos a dessa forma proceder, restou assumido que muitas das críticas que circundam os Direitos Humanos na atualidade são um eco do seu pretérito momento embrionário e, por isso mesmo, apesar de não poderem ser afastadas em sua plenitude, subvertem a mais importante das variáveis que compõe a matéria: o longo trilhar construtivo que diante de todas as intempéries da humanidade ainda hoje, mais do que nunca, sobrevive com um nível de reconhecimento nunca antes experimentado.

Apesar das considerações que se fizeram oportunas, em nenhum momento aqui se predispsô a sustentar que os Direitos Humanos se posta blindado a toda e qualquer indisposição crítica. Decerto que sem as vozes discordantes o próprio incentivo ao engrandecimento não se mostra possível e compatível com a construção histórica observada. Em outras palavras, qualquer pontuar pendente para uma inercial flutuação dos Direitos Humanos face aos atingimentos demeritórios faz sugerir uma estabilidade ilusória que, inclusive, contribuirá para o desenvolvimento de retrocessos velados pela sensação sobrestimada de segurança. Logo, insta rechaçar os extremos entre consenso/dissenso, do apoio incondicionalmente generalizante e despreocupado com a sua significância real (pretenso a mudar o mundo sem antes interpretá-lo), ao completo descrédito daqueles que se postam contrários à sua concretização prática.

Decerto que tal equilíbrio delicado pode em muito ser engrandecido pela integração dos Direitos Humanos com o âmbito jurídico-normativo, atingimento que, guardada a já alertada prudência pautada pela voluntariedade e gradualidade, deve estar na mente daqueles que se pressupõem defensores da matéria. Não obstante, mantém-se aqui firme na postura de que, pelos seus próprios méritos valorativos/moralizantes, os Direitos Humanos de maneira alguma se resumem tão somente ao objetivo finalístico de inaugurar previsões positivas que em sua fundamental aplicabilidade concreta os tornaria verdadeiramente eficazes. Essa é tão somente uma das suas facetas almejavéis, caso contrário condiciona afirmar que na impossibilidade do seu atingimento (diante dos incontáveis fatores internos/externos que podem influir) os Direitos Humanos não passariam de flutuações à deriva, carentes de qualquer capacidade de exercer contributos práticos providos de importância. O que de toda certeza não condiz com a realidade defronte uma estabilidade construída progressivamente pelas exigências do crivo seletivo das constâncias e inconsistências da narrativa histórica que a todos vincula através de um longo caminho de enfrentamentos, derrotas e muitas conquistas durante séculos de afirmação.

## Referências

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BEDAU, Hugo Adam. “Anarchical Fallacies”: Bentham’s Attack on Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Vol. 22, No. 1, p. 261-279, fev. 2000. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4489273>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Being an examination of The Declarations of rights issued during the French revolution. In: BOWRING, John (ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, Vol. 2, p. 489-534, 1843. Disponível em: <[http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/0872.02\\_Bk.pdf](http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/0872.02_Bk.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DOUZINAS, Costas. The Paradoxes of Human Rights. **Constellations**, Vol. 20, No 1, p. 51-67, 2013. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=73e392f9-9cfb-4f0b-a3fb-a99abdad3703%40sessionmgr4006>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 ago. 1789. Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

NUNES, António José Avelãs. **A Revolução Francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

PAINE, Thomas. **The Rights of Man**. 1792. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/thomas-paine-the-rights-of-man/text.php>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

PERRY, Michael J. The Morality of Human Rights. **San Diego Law Review**, Vol. 50, p. 775-812, 2013. Disponível em: <<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=73e392f9-9cfb-4f0b-a3fb-a99abdad3703%40sessionmgr4006>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SEN, Amartya. The Global Reach of Human Rights. **Journal of Applied Philosophy**, 29(2), p. 91-100, 2012. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24355937>>. Acesso em 14 fev. 2020.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 2ª Ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2018.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa, 1789-1799**. Coimbra: Ed. 70, 2007.

# A SECURITIZAÇÃO DA MIGRAÇÃO NA EUROPA SOB O VIÉS TEOLÓGICO POLÍTICO E DO PARADIGMA IMUNOLÓGICO

**Laís Ramalho Dos Santos**

Bacharelanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas<sup>1</sup>

**Rafaela Claudino Osaki**

Bacharelanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

## **Resumo:**

Este estudo objetiva analisar a securitização da migração durante a “Crise dos Refugiados” de 2015, uma vez que os Estados-membros da União Europeia priorizaram a defesa da segurança nacional em detrimento do direito humano de migrar. Por meio de pesquisa bibliográfica selecionada e da interpretação dogmática dos textos, reflete-se sobre esse cenário a partir da Filosofia do Direito de Carl Schmitt e Roberto Esposito. Isto pois a Teoria da Securitização se baseia em um viés teológico político, no qual o discurso do “amigo-inimigo” justificou medidas emergenciais de controle fronteiriço. Ainda, a fabulação do paradigma imunológico repele, através do dispositivo de “defesa-ataque”, o “estranho” ao “corpo” nacional. Diante da exclusão do “outro”, critica-se a Securitização como referencial norteador da gestão migratória, vez que a prerrogativa de segurança dos Estados e os Direitos Humanos dos migrantes não são institutos mutuamente excludentes, mas complementares e que se potencializam.

**Palavras-chave:** Securitização; Migração; Teologia política; Paradigma imunológico; Direitos Humanos.

Nos termos do artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a mobilidade humana é um direito, porém o ingresso conti-

---

<sup>1</sup> Este trabalho é parte de pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto financiado pelo CNPq (Processo 428541/2016-0), instituição à qual agradecemos especialmente, sendo resultado de investigações desenvolvidas no **Grupo de Pesquisa Ética, Política e Religião: questões de fundamentação (CNPq)**, sob a supervisão do **prof. Dr. Douglas Ferreira Barros**, ao qual também somos muito gratas pelas suas contribuições e orientação ao longo desta pesquisa. E-mail: dfbarros@puc-campinas.edu.br; douglasfbarros@gmail.com.

nua sendo uma prerrogativa do Estado de destino. Com efeito, o controle fronteiriço revela-se como um exercício da soberania estatal, de modo que as fronteiras nacionais não se reduzem a meras divisas territoriais, pois instrumentalizadas como mecanismos legítimos de poder. Assim, a formalidade da exigência do visto e do passaporte condiciona o direito de migrar à medida que impõe ao seu titular uma restrição burocrática ao livre deslocamento, repercutindo-se de maneira desigual a depender da nacionalidade do migrante.

Ilustrativamente, a “Crise dos Refugiados” de 2015 desestabilizou a estrutura política da União Europeia (UE) frente ao dilema entre a defesa da segurança nacional e a obrigação internacional de proteção aos direitos dos migrantes e refugiados. Isso porque a UE foi incapaz de acordar uma diretriz migratória comum voltada à “partilha de responsabilidades”, como a proposta de cotas de redistribuição do influxo entre os Estados-membros conforme a capacidade de cada país. Em vez disso, houve a fragmentação da supranacionalidade do Bloco ante a implementação de políticas migratórias “exclusivistas”, pois norteadas pelo interesse nacional de cada Estado, consolidando-se, assim, uma diretriz de “partilha de encargos” (FERREIRA, 2016).

Diante disso, foi justamente a falta de uma estratégia integrada da UE, e não a questão migratória em si, que elevou a situação a uma efetiva “crise”: somente a Alemanha absorveu cerca de 60% dos refugiados sírios (UNHCR, 2021), o grupo *Visegrád* (formado pela Hungria, Eslováquia, República Tcheca e Polônia) difundiu práticas e discursos xenófobos no continente, e o advento do *Brexit*, com a saída do Reino Unido do Bloco, aprofundou o Euroceticismo que busca desmoralizar o projeto *Schengen*.

Todavia, ressalta-se que a “Crise dos Refugiados” não precisava ter sido manejada desta maneira, isto é, com a preponderância da segurança nacional que, visando rechaçar o influxo migratório, dificultou meios “legais” e seguros de entrada frente à suposta “ameaça” da migração. É por isso que, diante da implementação de “medidas emergenciais”, constatou-se a “Securitização da Migração”, tema este extensamente trabalhado por Jef Huysmans (2006) e Didier Bigo (2002), mas que deriva da “Teoria da Securitização” de Barry Buzan, Ole Waever e Jaap de Wilde, da Escola de Copenhague de Estudos de Segurança.

Na obra *Security: A New Framework for Analysis* (1998), os autores propõem a ampliação da agenda de segurança para além dos tradicionais setores militar e político, abrangendo também o societal, o econômico e o ambiental. Assim, a “Securitização” encontra-se no extremo de um espectro de politização gradual, do “Não Politizado” ao “Politizado” até o “Securitizado”. Desta feita, considera-se a “Securitização” uma versão mais extrema de politização, pois ocorre quando a “questão é apresentada como uma ameaça existencial, exigindo medidas emergenciais e justificando ações fora dos limites normais do procedimento político” (BUZAN; WAEVER; WILDE, p. 23-24, tradução nossa), sendo uma prática na qual a “Segurança” é o movimento que leva a política para além das regras estabelecidas do jogo e enquadra a questão como

um tipo especial de política ou acima da política” (*Ibid.*, p. 23, tradução nossa).

Contudo, para que a “securitização” se consolide, faz-se *myster* que um “Ato de fala” - “*Speech act*”, em referência à Teoria da Linguagem de John L. Austin -, enunciado por um “agente securitizador”, seja aceito pela sua “audiência”. Para tanto, com o auxílio de “atores funcionais” (aqueles que influenciam a dinâmica fática), uma questão é encenada como um problema de segurança de alta prioridade, pois concebida como uma “ameaça existencial” a um “objeto referente”, seja este um território, um governo, uma comunidade ou sua identidade.

Assim, com vistas à sobrevivência deste “objeto”, aquilo que o ameaça não apenas deve ser repellido, como também, devido ao seu cunho “existencial”, eliminado, de modo que “um agente reivindica a necessidade e o direito de tratá-lo por meios extraordinários” (BUZAN; WAEVER; WILDE, 1998, p. 26, tradução nossa). Trata-se, evidentemente, de uma construção social intersubjetiva, vez que baseada no “entendimento compartilhado do que deve ser considerado e respondido coletivamente como uma ameaça” (*Ibid.*, p. 26, tradução nossa). Na prática, a atribuição de um caráter de urgência à proteção desse valor comum à “audiência” busca persuadi-la à aceitação do “Ato de fala”.

Ressalta-se, entretanto, que a questão “securitizada” geralmente não constitui, de fato, um problema de segurança, pois a sua apresentação, como tal, não necessariamente reflete a existência de uma “ameaça existencial” real. Não por acaso, dispensa-se que o “Ato de fala” faça referência expressa à palavra “segurança”, sendo essencial, em contrapartida, “a designação de uma ameaça existencial que requer ação de emergência ou medidas especiais e a aceitação dessa designação por uma audiência significativa” (*Ibid.*, p. 27, tradução nossa). Ainda, frisa-se que “securitizar” não é reputado como um *modus operandi* positivo, mas algo a ser evitado - inclusive pela Escola de Copenhague-, pois decorre de menos controle e restrição democráticos, constituindo, na realidade, “um fracasso em lidar com as questões como uma política normal” (*Ibid.*, p. 29, tradução nossa).

Portanto, tendo em vista que “é sempre uma escolha política securitizar ou aceitar uma securitização” (*Ibid.*, tradução nossa), nota-se que o contexto no qual se dá o processo securitizante é de exímia importância à compreensão do seu advento, pois, conforme reiterado por Balzacq (2005), “uma securitização eficaz é altamente dependente do contexto” (p. 179, tradução nossa). Diante disso, buscou-se analisar a “Crise dos Refugiados” a partir da perspectiva filosófica do direito, pautada, em um primeiro momento, pela obra *Immunitas: The Protection and Negation of Life* (2011), de Roberto Esposito, e, posteriormente, por *Teología Política* (2009) e *The Concept of the Political* (2007), ambas de Carl Schmitt.

Isto posto, identificou-se a influência do paradigma imunológico de Esposito na construção social do imaginário europeu, enquanto padronização da percepção coletiva que embasou a aceitação do “Ato de fala” pela “audiência

cia”. No decorrer de 2015, tanto a cobertura sensacionalista da mídia, quanto a ascensão dos partidos políticos de extrema-direita, retrataram o influxo migratório como uma “crise”, fosse essa fabulação na forma de “uma onda gigantesca (como na Grã-Bretanha), um buraco nos diques holandeses ou uma invasão bárbara (como na França)” (BIGO, 2002, p. 69, tradução nossa).

Dessa forma, consolidou-se ao público europeu um “modelo patologizador do estrangeiro”, no qual os refugiados sírios e migrantes econômicos do Centro-Norte da África se tornaram o “estranho” que ameaça “penetrar” as fronteiras do “corpo” que resguarda o lado “de dentro” daquele que se encontra do lado “de fora” (ESPOSITO, 2011). Assim, tal construção social mostra-se útil à politização da migração, pois “[...] O enquadramento do Estado como um corpo ameaçado pelos migrantes é uma narrativa política ativada com o propósito de jogos políticos” (BIGO, 2002, p. 68, tradução nossa). É por isso que o “corpo” mostra-se uma metáfora essencial, pois:

é o terreno mais imediato da relação entre a política e a vida, porque só no corpo a vida parece estar protegida do que ameaça prejudicá-la e da sua própria tendência de ir além de si mesma, de se tornar outra que não ela mesma. É como se a vida, para se preservar como tal, devesse ser comprimida e mantida dentro dos limites do corpo [...]. Na verdade, é porque esse risco é justamente o que aciona os mecanismos de alarme e, portanto, de defesa que visa protegê-la (ESPOSITO, 2011, p. 21, tradução nossa).

No caso, tem-se que o “corpo” político remete igualmente ao espaço territorial da UE e à soberania de seus Estados-membros, além da comunidade europeia, com seus valores e estilo de vida europeus. Sob esta perspectiva, à propagação do medo e da conseqüente aversão ao estrangeiro como “Alguém ou algo [que] penetra em um corpo - individual ou coletivo - e o altera, o transforma, o corrompe” (ESPOSITO, 2011, p. 8 tradução nossa), utilizou-se da terminologia do “contágio” como se equivalente aos “perigos” do influxo migratório, desde a multiculturalidade à “islamização”. Quando essa conjectura de “defesa” do “corpo” político, por sua vez, é acionada, dá-se luz à interpretação de Esposito quanto à uma imunidade hobbesiana, ativando-se a clausura do Estado com o fechamento das fronteiras nacionais -ato este que visa à proteção da sua soberania, e tudo que dentro dele se encontra, contra aquilo que vem “de fora”, no caso, o migrante.

Assim, ao dizer que “o que era saudável, seguro, idêntico a si mesmo, agora está exposto a uma forma de contaminação que arrisca a sua devastação” (*Ibid.*, tradução nossa), atesta-se um paralelo ao “mito da homogeneidade” que sustenta o ultranacionalismo permeante das práticas e discursos xenófobos e islamofóbicos na UE. Em vista disso, uma vez identificado aquele que compõe o “homogêneo”, isto é, o que se encontra inserido na coletividade e é nela refletido, torna-se inevitável a formulação da dicotomia homogeneidade-heterogeneidade. Segundo esta, tudo aquilo que diverge do “igual”

passa a ser qualificado como o “diverso”, o “diferente”, o que não integra a sociedade e, portanto, se localiza “fora” dela.

Por conseguinte, frente a reivindicação da “necessidade de defesa violenta diante de qualquer coisa considerada estrangeira” (*Ibid.*, p. 23, tradução nossa), com vistas à conservação de tudo que seja o “nacional”, incorporou-se ao senso comum a legitimidade do dispositivo de “defesa-ataque” do “sistema imunitário”, clamando que “tudo que não é reconhecido como pertencente a ele”, ou seja, rotulado como não-europeu - o “estrangeiro” -, “deve ser rechaçado e destruído” (*Ibid.*, p. 29, tradução nossa). Nesses termos:

A ordem política de soberania só é assim possível graças à drástica eliminação de todas as relações sociais fora do estrito intercâmbio individual entre proteção e obediência. Uma vez que o ‘*cum*’<sup>2</sup> é considerado constitucionalmente arriscado para a autopreservação, é drasticamente eliminado em favor de uma forma política que coloca cada indivíduo em contato direto com o poder soberano que o representa (ESPOSITO, 2011, p. 98, tradução nossa).

Com efeito, verifica-se que, ao justificar no imaginário europeu a hipertrofia dos aparatos de segurança, das forças policiais, das medidas de emergência, e, em contrapartida, a restrição de direitos, a criminalização da imigração e a falta de uma política migratória comum - de modo que “essa síndrome de autoproteção acaba relegando todos os outros interesses para segundo plano” (*Ibid.*, p. 22, tradução nossa), encobrendo, inclusive, os abusos de tal cenário -, o paradigma imunológico promoveu a dicotomização da sociedade entre o “nacional” e o “estrangeiro”, o “nós” e o “outro”, o “de dentro” e o “de fora”.

Os cidadãos são então concebidos como nacionais, entendidos pela oposição aos estrangeiros, e os migrantes são enquadrados em vários discursos culturais como estrangeiros, ou como cidadãos de outra origem nacional, que não se enquadram no ‘padrão nacional’ de normas e valores. Assim, a migração é sempre entendida, através das categorias do nacional e do Estado, como um perigo para a ‘homogeneidade do povo’. A ativação do termo *migrante em imigrante* é por definição vista como ‘algo’ destrutivo. A metáfora do corpo político embutido no mito da soberania-na necessidade de monitorar as fronteiras para reafirmar a integridade do que está ‘dentro’, na prática da proteção territorial, nas tecnologias de vigilância-cria uma imagem de imigração associada com um estranho entrando, como um perigo para a homogeneidade do Estado, da sociedade e da política (BIGO, 2002, p. 67, tradução nossa).

---

2 A nomenclatura “*cum*”, aqui utilizada por Esposito (2011), é extraída do ditado latim “*cum grano salis*”, fazendo referência, nesse caso, às relações sociais que ultrapassam o âmbito da ordem, proteção e obediência. Aqui, o migrante, uma vez extirpado da ordem social do Estado, encontra-se fora do espaço de controle governamental, representando, assim, um risco à manutenção estatal.

Desse modo, quando “[...] O persistente enquadramento da crise dos refugiados em termos negativos criou, de facto, uma situação em que a maioria percebe os imigrantes como uma ameaça existencial à sua segurança e, portanto, tenta excluí-los da sociedade civil” (CARULLI, 2016, p. 09, tradução nossa), constatou-se, dentro de uma perspectiva schmittiana, a elevação desse conflito ao extremo no âmbito político. Isso porque, o reconhecimento pelos “participantes reais” da vida política, no caso, a “audiência”, de que um grupo de indivíduos representaria a “negação” de seu modo de vida atribui a este “opositor” a qualidade de “inimigo” comum a essa coletividade (SCHMITT, 2007), a qual, por sua vez, decorre da comunhão dos “europeus” na figura do “amigo” político, pois “No caso da migração na União Europeia, os imigrantes e os refugiados surgem então como os estranhos contra os quais a União Europeia se constitui como uma unidade” (HUYSMANS, 2006, p. 131, tradução nossa).

O poder evocativo de nomear a figura do imigrante é (...) também uma consequência da imprecisão da definição de identidades políticas coletivas na Europa que leva à definição dos europeus como um corpo homogêneo apenas em relação a nacionais de “países terceiros” ou “migrantes” e permite aos europeus esquecer que eles também são migrantes (BIGO, 2002, p. 80, tradução nossa)

Assim, em conjunturas extremas como esta, ao estabelecer a sucessiva oposição “amigo-inimigo”, Schmitt (2007) estipula que os conflitos travados passam a apresentar uma autonomia com relação aos demais aspectos relevantes à sociedade, de modo que:

A distinção entre amigo e inimigo denota o grau de intensidade mais extremo entre a união e a separação, entre associação e dissociação. Pode existir teórica ou faticamente, sem ter que recorrer simultaneamente a todas aquelas distinções moral, estética, econômica ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau ou esteticamente feio; ele não precisa aparecer como um competidor econômico, e pode até mesmo ser vantajoso se envolver com ele em transações comerciais. Mas ele é, no entanto, o outro, o estrangeiro (p. 27, tradução nossa).

À vista disso, tem-se que a identificação do “inimigo” não se apresenta vinculada a nenhum outro critério que não seja o mero sentimento e apontamento social de que a existência daquela “heterogeneidade” poderá implicar em alteração na forma de vida daquele que se vê na posição do “amigo”. Logo, não se trata de atribuir ao “inimigo” ou detectar nele certa característica de maleficência ou prejuízo concreto à sociedade, mas, sim, de deixá-lo de “fora” daquele círculo social para, então, preservar a estrutura coletiva tal como ela já se apresenta. Essa análise também foi identificada na obra *The Politics of Insecurity* (2006), de Huysmans:



Por exemplo, alguns partidos anti-imigração algumas vezes alegam que eles não odeiam os muçulmanos ou que eles não os consideram maus. Entretanto, querem que eles retornem para um país islâmico porque eles desafiam os valores holandeses, britânicos e belgas, e, por consequência, ameaçam a coesão cultural das comunidades nacionais (p. 128, tradução nossa).

É por isso que a “audiência”, com a construção social do seu imaginário europeu, possui um papel tão decisivo à securitização, pois “[...] Apenas os reais participantes podem corretamente reconhecer, entender, e julgar a situação concreta e estabelecer o caso extremo de conflito” (SCHMITT, 2007, p. 27, tradução nossa). Figurativamente, a sua relevância se compatibiliza com a concepção hobbesiana de “corpo” político, conforme exemplificada na capa da obra *Leviatã* (2003), em que a imagem do soberano é resultado da figura conjunta dos seus súditos, como se nele estivessem inseridos, uma vez que essa autoridade é o representante de todos eles. Transpondo-se ao caso em análise, o soberano - retratado como o “agente securitizador” -, somente possui força e poder político se existe a convalidação - aqui entendida como a “aceitação” -, de seus próprios atos - no caso em apreço, o “Ato de fala” e as “Medidas Securizantes” -, pelos seus súditos - tidos como a “audiência”.

Levando em conta o elevado grau de negatividade, ceticismo e medo dos europeus em relação aos imigrantes e refugiados em particular, é seguro concluir que o público europeu aceitaria quaisquer medidas de emergência e ilegítimas tomadas pela União para lidar com a crise. Em suma, embora não tenham sido detectados atos ou medidas de segurança oficialmente ilegais a nível da UE, se levarmos em consideração a predisposição negativa da maioria do público da UE em relação à imigração, é possível concluir que a adoção e implementação de quaisquer potenciais medidas de securitização seriam uma tarefa fácil para qualquer agente securitizador a nível da UE (STIVAS, 2019, p. 53-54, tradução nossa).

Todavia, considerando que o objetivo central do contrato social, em Thomas Hobbes (2003), é a promoção, pelo Estado, de uma maior segurança à vida dos indivíduos, compreende-se que, se o “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2007, p. 13, tradução nossa), é porque a ele é atribuída a responsabilidade da proteção dos participantes da vida civil. Dessa forma, uma vez reconhecida pelo soberano/“agente securitizador” qualquer potencial ameaça à ordem e preservação estatal, tal como a questão migratória, encontra-se permissão jurídica para a instauração dessa exceção, na forma de “medidas securitizantes”. Esta configuração normativa, nos termos de Esposito, evidencia o paradigma imunológico, que é percebido “como tal quando ocorre como uma exceção a uma regra que todos os outros devem seguir” (2011, p. 11-12, tradução nossa). Ademais:

A invocação da segurança tem sido a chave para legitimar o uso da

força, mas, de maneira mais geral, tem aberto o caminho para o Estado se mobilizar, ou adotar poderes especiais, para lidar com ameaças existenciais. Tradicionalmente, ao dizer ‘segurança’, um representante do Estado declara uma condição de emergência, reivindicando assim o direito de usar quaisquer meios necessários para bloquear o desenvolvimento de uma ameaça (Wæver 1988, 1995b) (BUZAN; WAEVER; WILDE, 1998, p. 21, tradução nossa).

Entretanto, com vistas à “securitização da migração”, o que se mostra de maior relevância é que o estado de exceção restou instaurado apenas sobre os migrantes, identificados como “ameaça” à Europa, pois percebidos somente através da lente da segurança nacional, de modo que o influxo migratório, excluído e rechaçado à condição de irregularidade - em decorrência das políticas de “portas fechadas” -, também passou a se localizar na “borda” tanto geográfica quanto da malha jurídica. Inclusive, nota-se que o “sistema imunitário” reside fixamente nas linhas de fronteira:

O que se torna imediatamente óbvio é que para cada exemplo acima dado a ameaça apresenta relação com transpassar ou violar fronteiras [...], o que permanece constante é o local onde a ameaça é localizada sempre na borda entre o dentro e o fora, entre o eu e o outro, o individual e o comum (ESPOSITO, 2011, p. 8-9, tradução nossa).

Outrossim, se na obra schmittiana, a atuação do soberano encontra-se nos limites da Lei, enquanto um ator fronteiriço da normatividade, no caso em comento, ao “agente securitizador” com suas “medidas securitizantes”, reputou-se o controle fronteiriço que, apesar de excessivo e rigoroso, decorre do poder legítimo de autorizar ou negar a entrada em seu próprio território. Por isso na “securitização da migração” percebeu-se um viés teológico-político, que, complementado pelo paradigma imunológico de “defesa-ataque”, transcende e distorce a ordem jurídica ordinária, implicando no fechamento das fronteiras nacionais ao estrangeiro.

Com efeito, dentre as medidas emergenciais de cunho securitizante implementadas à época da “Crise dos Refugiados”, destacam-se o “modelo húngaro” e o Acordo UE-Turquia, pois tanto a Hungria quanto o território turco vinham sendo utilizados como rota de passagem pelo influxo migratório em direção à Europa Ocidental. Não por acaso, ambos constituíram políticas restritivas de “portas fechadas” visando impedir a entrada e circulação de migrantes na Europa -até mesmo dos refugiados sírios, o grupo mais vulnerável da categoria dos “migrantes forçados”-, retratando, assim, a “securitização da migração” no plano fático.

No decorrer de 2015, o “modelo húngaro” caracterizou-se por uma série de práticas de contenção migratória, tendo sido marcado principalmente pela materialização da securitização. Isto pois o governo de Viktor Orbán promoveu a construção de cercamentos e barreiras físicas militarizadas ao longo dos quilômetros de fronteira da Hungria com a Sérvia e a Croácia, con-

figurando-se, assim, a efetiva delimitação do “corpo” nacional. Consequentemente, tal medida reflete-se na reivindicação de um espaço territorial, social e político como forma de autoafirmação da própria soberania, pautada pela constante oposição ao estrangeiro, “ou seja, o que o Eu precisa para sua própria identificação: o Outro” (CARULLI, 2016, p. 08, tradução nossa).

Tendo em vista a retórica manifestamente xenófoba de Orbán, que desde o início posicionou-se veementemente contra a acolhida e integração europeia na gestão migratória, percebe-se que a sua posição como “agente securitizador” foi dotada de notória autoridade política sobre sua “audiência”, a sociedade húngara. Isso porque, enquanto primeiro-ministro, encontrava-se ele no exercício funcional do cargo de chefia máximo da Hungria, sendo, portanto, uma “voz de segurança” geralmente aceita, pois com o poder de defini-la e agir sobre as questões a esta então relacionadas (BUZAN; WAEVER; WILDE, 1998).

‘Os que chegam foram criados em outra religião e representam uma cultura radicalmente diferente. A maioria deles não são cristãos, mas muçulmanos,’ disse ele [Orbán]. ‘Esta é uma questão importante, porque a Europa e a identidade europeia têm raízes no cristianismo’. ‘Não é preocupante em si mesmo que o cristianismo europeu mal seja capaz de manter a Europa cristã? Não há alternativa e não temos opção a não ser defender nossas fronteiras’ (THE GUARDIAN, 2015, tradução nossa).

Assim, não surpreende que a “medida securitizante” de Orbán, considerada uma “solução para o problema dos migrantes”, tenha se mostrado progressivamente popular, com aprovação de 68% em setembro pelo público húngaro, e, posteriormente, com um índice de 87% (BAUMAN, 2017). Nesta senda, a ausência de demonstrações populares significativas de reprovação ao cercamento das fronteiras nacionais decorre do fato de se tratar de uma “estratégia para manter a distância entre a sociedade e o perigoso ambiente externo” (HUYSMANS, 2006, p. 55, tradução nossa), raciocínio este marcadamente imunitário, pois já pré-estabelecido no imaginário europeu.

Já o Acordo UE-Turquia, de março de 2016, ajustado pelo Conselho Europeu (EUROPEAN PARLIAMENT, 2021) com o governo Erdoğan, consistiu na externalização das fronteiras da União Europeia, buscando impedir o influxo migratório irregular (FERREIRA, 2016). Na realidade, trata-se de uma forma de “terceirização” pela UE da sua responsabilidade na gestão migratória, haja vista que, em troca de concessões financeira, burocrática e política, o Bloco apenas transferiu o encargo do controle fronteiriço à Turquia, que se tornou uma “zona tampão”.

O acordo celebrado em março de 2016 tem como objetivo reduzir drasticamente a intensidade dos fluxos migratórios nesta rota: todos os novos imigrantes irregulares que cheguem às ilhas gregas através da Turquia serão devolvidos a este país; por cada sírio que chegar ile-

galmente à Grécia devolvido à Turquia, outro sírio vindo diretamente da Turquia será reinstalado num Estado-Membro, com base numa regra de um-por-um (FERREIRA, 2016, p. 97).

Apesar de todos os questionamentos levantados à época -se a Turquia seria considerada um país seguro, e Erdoğan, um líder comprometido com a defesa dos direitos humanos; além da problemática de se condicionar a proteção do migrante à sua situação administrativa, se regular ou irregular-, sob a perspectiva da securitização, prepondera o fato de que uma medida que deveria ter sido de “caráter extraordinário e temporário” (FERREIRA, 2016), continuou vigente nos cinco anos seguintes à sua implementação, com a UE demonstrando interesse, em 2021, na renovação do acordo pelos próximos três anos.

Por conseguinte, o Acordo UE-Turquia configurou “o culminar de um intenso processo de securitização (Waever, 1995) da questão migratória” (SARAIVA, 2017, p. 53), agravando a exclusão dos migrantes extracomunitários que, confinados ao limbo jurídico-espacial da “zona tampão” turca, também demonstra a tentativa de consolidação de um “sistema regional alternativo” ao regime protetivo da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Desta feita, com a mitigação dos direitos positivados por este documento -redigido pelos países europeus no período pós-Segunda Guerra Mundial, ou seja, quando a Europa era um país de emigração, em vez de imigração-, verifica-se o descaso da UE perante a sua deliberada inobservância ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e até mesmo de suas próprias diretrizes fundantes, previstas no artigo 2º do Tratado da União Europeia (1992):

A União é fundada nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos Direitos Humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-membros, em uma sociedade na qual prevalece o pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens (EUR-LEX, 2016, tradução nossa).

Nesse sentido, questiona-se a securitização como referencial norteador da gestão migratória na Europa, haja vista que “securitizar” não implica em mais segurança, e, sim, em insegurança: (i) jurídica, com a relativização da proteção internacional do refúgio e dos direitos humanos dos migrantes; (ii) social, vez que a oposição do “nacional” ao “estrangeiro” periclita o convívio em comunidade e os esforços de integração; (iii) territorial, pois diante do controle fronteiriço excessivo tem-se, em contrapartida, o inevitável surgimento de rotas clandestinas de imigração, monetizadas por redes de contrabando e tráfico de pessoas; e, por fim, (iv) política, frente ao alastramento de partidos políticos populistas de extrema-direita, xenófobos e anti-União Eu-

ropeia, que prosperam com a fragmentação da supranacionalidade do Bloco (FERREIRA, 2016).

É por isso que os próprios teóricos da Securitização já alertavam: “A segurança nacional não deve ser idealizada” (BUZAN; WAEVER; WILDE, 1998, p. 29, tradução nossa), sobretudo porque a “segurança é tanto um direito dos refugiados quanto um interesse legítimo do Estado.” (MURILLO, 2009, p. 123). Com efeito, tal compatibilização encontra-se duplamente vinculada no artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951, segundo o qual a regra da “proibição de rechaço” (Princípio do *Non-Refoulement*) somente pode ser excepcionada quando o refugiado “por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre” ou constitua uma “ameaça para a comunidade do referido país”, após condenação definitiva pelo cometimento de um crime grave (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951).

Ou seja, “os Estados contam com um regime internacional de proteção de refugiados que também tem presente suas legítimas preocupações de segurança” (MURILLO, 2009, p. 122). Assim, não se justifica a inversão desta ordem estatutária, conforme reivindicada no âmbito da “securitização da migração”, a partir da qual a defesa da segurança nacional se dá em detrimento dos direitos humanos. Pelo contrário, o exercício da soberania estatal não é absoluto, sendo uma obrigação internacional que se dê nos moldes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desse modo, apesar de o ingresso no país de destino não estar inserido no direito de migrar disposto no artigo 13 da DUDH, permanecendo sob o controle do Estado de destino, a segurança mostra-se como um direito inerente à condição de ser humano, de tal forma que “[...] As questões de segurança e proteção de refugiados não se excluem entre si, antes se complementam e reforçam mutuamente” (*Ibid.*, p. 130), inclusive se potencializando. Nesta senda, ao deslocar-se o enfoque da abordagem securitária do Estado para o migrante, a sucessiva promoção de condições migratórias dignas, regulares e seguras também repercute diretamente na segurança estatal, com a desarticulação do crime organizado transnacional, que lucra com o fechamento de fronteiras e em detrimento das milhares de mortes por afogamento ocorridas no Mar Mediterrâneo entre 2015 e 2016 (WOHLFELD, 2014).

Por conseguinte, defende-se que “políticas de segurança nacional adequadamente elaboradas devem promover a segurança humana” (*Ibid.*, p. 70, tradução nossa), propondo-se, para tanto, a restauração da solidariedade e cooperação entre os Estados-membros da UE. Isto pois, apesar de uma tarefa complexa, a articulação harmônica da gestão migratória, alinhada ao Direito Internacional, e da gestão fronteiriça, resguardando os legítimos interesses do Estado, apresenta-se como uma alternativa mais sustentável à “securitização da migração”, viabilizando, assim, uma mobilidade humana pautada pelo equilíbrio entre a segurança nacional dos países de destino e o direito humano de migrar.

## Referências

- ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BAUMAN, Z. **Estranhos à nossa porta**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease. **Alternatives: Global, Local, Political**, v. 27, p. 63-92, 2002.
- BUZAN, Barry; WAEVER, Ole; WILDE, Jaap de. **Security: A New Framework for Analysis**. Boulder: Lynne Rienner, 1998.
- CARULLI, Stefano. Securitization and the construction of security. From speech acts to the Syrian refugee crisis. **Master Programme in International Relations and International Organizations**. University of Groningen, 2016.
- ESPOSITO, Roberto. **Immunitas: the protection and negation of life**. Bodmin: Polity Press, 2011.
- EUROPEAN UNION. **EUR-Lex**, 2016. Consolidated version of the Treaty on European Union. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu\\_2016/art\\_2/oj](https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/art_2/oj). Acesso em: 20 nov. 2021.
- EUROPEAN PARLIAMENT. **EU-TURKEY STATEMENT & ACTION PLAN**, 2021. LEGISLATIVE TRAIN. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-eu-turkey-statement-action-plan>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: A resposta europeia à crise de refugiados. **Relações Internacionais (R: I)**, n. 50, p. 87-107, 2016.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUYSMANS, Jef. **The Politics of Insecurity: Fear, Migration and Asylum in the EU**. The New International Relations Series. Londres: Routledge, 2006.
- MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 10, p. 120–137, 2009.
- SARAIVA, María Francisca Alves Ramos De Gil. A securitização da crise dos refugiados na europa. Implicações para o complexo de regimes sobre migrações internacionais. **Revista de Estudios en Seguridad Internacional**, v. 3, n. 1, p. 43–60, 2017.
- SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. London: The University Of Chicago Press, 2007. Translation, introduction, and notes by George Schwab; with “The Age of Neutralizations and Depoliticizations” (1929) translated by Matthias Konzen and John P. McCormick; with Leo Strauss’ notes on Schmitt’s essay, translated by J. Harvey Lomax; foreword by Tracy B. Strong.
- SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Madrid: Editora Trotta, 2009. 180 p. (Série Derecho). Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Epílogo de José Luis Villacañas.

STIVAS, Dionysios. Securitisation of Migration at the EU level after Paris' Attacks: The Response of the European Public. **Australian and New Zealand Journal of European Studies**, v. 11, n. 1, p. 41–58, 2019.

TRAYNOR, Ian. Migration crisis: Hungary PM says Europe in grip of madness. **The Guardian**, 03 set. 2015. News. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/03/migration-crisis-hungary-pm-victor-orban-europe-response-madness>. Acesso em: 20 nov. 2021.

UNHCR. **Syria Refugee Crisis – Globally, in Europe and in Cyprus**, 2021. Cyprus. Disponível em: <https://www.unhcr.org/cy/2021/03/18/syria-refugee-crisis-globally-in-europe-and-in-cyprus-meet-some-syrian-refugees-in-cyprus/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

WOHLFELD, Monika. Is migration a security issue? In O. Grech, & M. Wohlfeld (Eds.), **Migration in the Mediterranean: human rights, security and development perspectives**. Msida: Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, p. 61-77, 2014.

# A POTÊNCIA DOS AFETOS E A CONQUISTA DA QUALIDADE SOCIAL COMO DIREITO À FORMAÇÃO HUMANA PLENA

**Adriano Caetano Rolindo**

Doutor em Educação pela Universidade Estadual de Campinas. Diretor Educacional na Secretaria Municipal de Educação de Campinas

## **Resumo:**

O objetivo deste artigo é discutir a potência das relações afetivas no processo de construção de uma escola pública de qualidade social, que garanta a formação humana na sua integralidade, e não a qualidade mercantilizada que predefine a formação do aluno apenas como trabalhador/consumidor, sem que lhe sejam garantidos os direitos humanos básicos e uma formação intelectual, cultural e moral transformadora. No contexto contemporâneo, de recuo dos direitos e supressão das conquistas sociais, é importante que a educação seja entendida através de sua radicalidade ética, como direito aos direitos humanos. Neste trabalho, discutem-se, sob o ponto de vista da filosofia espinosana, as relações afetivas na comunidade escolar e a tentativa de manipulação das subjetividades dos trabalhadores. Como pressuposto assume-se que o tipo de relação desenvolvida pelos sujeitos com a conquista da qualidade social da escola é também de natureza afetiva e depende da história das mediações na escola.

**Palavras-chave:** Afeto; Qualidade social; Direção escolar; *Conatus*; Ideias adequadas.

## **Qualidade social na educação como direito**

A relação entre a afetividade e o direito a uma educação de qualidade foi uma das questões discutidas, a partir de uma visão transdisciplinar, na tese de doutorado, do autor deste artigo, intitulada “Afetos que movem o coletivo: o trabalho da diretora de escola na construção da qualidade social” (ROLINDO, 2021). Na tese, defende-se que a qualidade, em educação, é um termo polissêmico e está em disputa. De um lado, os reformadores empresariais da educação, determinam que a qualidade deva ser medida por sistemas de avaliações externas que focam apenas a dimensão cognitiva da aprendizagem; de outro, pesquisas acadêmicas e práticas no chão da escola apontam propostas



de uma avaliação contra hegemônica, institucional e participativa. São duas réguas antagônicas que, entendem a qualidade da educação de forma diferente. A qualidade medida pelas avaliações externas é reducionista, mercantilizada, global e conservadora (ARROYO, 2017); a qualidade aferida por avaliações institucionais participativas é a qualidade social que visa o pleno desenvolvimento dos alunos.

Arroyo afirma que o conceito de qualidade social possibilita desvelar políticas “radicais de reprodução e segregação coletiva social, racial, de gênero do padrão globalizado de trabalho que as avaliações conservadoras tentam legitimar” (2017, p. 17). O autor denuncia que as avaliações externas consideram os trabalhadores como sub-humanos, consideram que eles são incapazes de produzir cultura, sendo submetidos à baixa remuneração, pobreza, desemprego, péssimas condições de moradia, alimentação e saúde. “É uma qualidade ou falta negação da qualidade social mais radical de um ser humano: predefinir lhe uma existência provisória sem prazo” (Arroyo, 2017, p. 17). Sendo assim, os trabalhadores estão alijados do direito a uma educação como formação humana integral, sem direito à dignidade humana e própria a vida (2017, p. 21). Para o autor a qualidade da educação não está separada da qualidade da vida, das condições de sobrevivência, ele afirma que o trabalho que se faz na escola “é inseparável da qualidade formadora-deformadora do viver” (2017, p. 27).

Na arena de lutas em que se encontra a qualidade da educação é possível notar posições paradoxais. Arroyo, por exemplo, afirma que o direito à formação humana consta nos documentos oficiais e na teoria pedagógica, mas não é avaliado nos testes em larga escala. Para ele, “afirmar o direito à educação como direito à formação humana [...] confere à educação uma radicalidade ética, política nova, que não inspirou a formação do nosso sistema escolar, nem do pensamento pedagógico.” (2017, p. 19).

Rolindo (2021) aponta em sua pesquisa que, tanto os marcos legais, quanto os documentos de instituições internacionais como “Estratégia 2020 do Banco Mundial” e os debates do Fórum Internacional de Políticas Públicas “Educar para as Competências do Século 21” tem influenciado as políticas públicas para educação no Brasil e carregam contradições, ao defenderem uma educação integral que garanta o pensamento crítico, a capacidade de resolver problemas, o desenvolvimento de “competências” como curiosidade e criatividade, e, ao mesmo tempo, defenderem formar indivíduos para o mercado de trabalho, desenvolvendo resiliência, determinação e perseverança, necessárias para “encontrar saídas individuais para superar as crises, sair da pobreza, arrumar trabalho” (Oliveira, 2017, p. 123); desconsiderando que não pode haver saídas individuais sem a atuação efetiva de políticas públicas de superação das desigualdades de oportunidade. Sobre esse fato, Oliveira questiona:

A Constituição Federal (1988) e a LDB no. 9394/96 referem-se a

“desenvolvimento humano”, “dignidade” e “acesso a direitos”, mas como as atuais políticas educacionais sugerem que a escola trabalhe nessas dimensões se nosso grande referencial de qualidade ainda é pautado na proficiência em português e matemática? Se não questionamos as formas de produção das injustiças sociais, acirradas num contexto educacional de competitividade, controle, meritocracia, e de responsabilização unilateral dos profissionais da escola? (2017, p. 124)

Ocorre que, no Brasil, os currículos da educação pública têm sido aprisionados pelas avaliações externas, que tem como foco aferir a aprendizagem em língua portuguesa e matemática. A qualidade da escola é expressa, então, por índices de desempenho nesses testes e todo o trabalho docente fica atrelado ao preparo dos alunos para tais avaliações. Desta forma, as novas gerações não se desenvolvem numa perspectiva emancipatória e muito menos estarão aptas a superar as desigualdades sociais e se desenvolver plenamente.

É possível notar na contemporaneidade um recrudescimento de políticas públicas e uma crescente perda de direitos e conquistas no campo do trabalho, percebe-se também o acirramento do poder econômico sobre o político, um avanço de concepções ideológicas nacionalistas alinhadas à extrema direita, o surgimento de governos autoritários e o avanço do pensamento fascista. “Há uma percepção de que as lutas pelo direito a educação estão em jogo. Em crise. Em recuo.” (ARROYO, 2017, p. 11). A educação como direito social, como bem público, resultado de uma conquista histórica que ainda nem se concretizou efetivamente em todos os níveis da escolaridade no Brasil, passa a ser vista como mercadoria, como um produto mensurável e quantificável, cuja qualidade pode ser expressa por índices numéricos. (ROLINDO, 2021). Arroyo na citação abaixo reafirma esse processo:

Se até na constituição a função da escolarização é preparar para a inserção produtiva no trabalho, toda mudança na qualidade do trabalho passa a significar mudanças na qualidade da educação. Esse é o referente da qualidade na educação-avaliação. [...] Avaliar a educação é pré-avaliar quem será a vítima de segregação-produção de milhões de trabalhadores como exército de reserva. [...] Esse é o novo referente da qualidade e da avaliação da educação. O referente de qualidade da educação passa a legitimar o desemprego-subemprego estrutural da economia globalizada. Legitimar o aumento da miséria, da pobreza, do subemprego, emprego descartável. (2017, p. 12)

Tendo em vista esse cenário é necessário que se estabeleçam novos referenciais da avaliação da qualidade na escola, que desvelem as contradições expostas anteriormente, bem como evidenciem as políticas meritocráticas que aprisionam educadores aos resultados e as escolas ao ranqueamento. É necessário adjetivar a qualidade da educação; a partir de uma avaliação institucional participativa é possível conceber a **qualidade social da educação**. O “social” agregado à qualidade destaca que todos os alunos são capazes de produ-

zir cultura e conhecimento, bem como tem direito a toda produção intelectual que a humanidade tem acumulado. Como afirma Arroyo (2017), os trabalhadores têm direito a vida, moradia, renda, alimentação, identidade, diversidade, justiça, saúde, enfim, tem direito à cidadania e aos direitos humanos. No que se refere à escola de qualidade social, pode-se afirmar que os alunos têm direito ao conhecimento das ciências, da história, das artes, dos valores, da criatividade, com criticidade e amplitude, garantindo assim seu pleno desenvolvimento e não apenas aquisição das habilidades e competências da lógica e da linguagem. Silveira ao estudar Gramsci, afirma que a escola:

[...] ensine também aos filhos dos trabalhadores aquilo que ela não deixa de ensinar aos filhos das elites: a arte, a ciência, a filosofia, enfim, ‘um milênio de trabalho de pensamento’, elementos culturais de ‘valor eterno’, que não podem, que não devem perecer, a fim de que também essa classe desenvolva um ‘senso novo de dignidade e de liberdade’. Nisto consiste, em grande parte, a força político-transformadora dessa instituição. Seu potencial contra hegemônico. (2015, p. 571)

Portanto, uma nova régua, outro tipo de avaliação, também contra hegemônica, deve pautar e referenciar a qualidade da educação. Segundo pesquisa do Laboratório de Observações e Estudos descrito (LOED) da Universidade Estadual de Campinas, essa avaliação precisa ter como referentes as seguintes dimensões: ação social, acesso e permanência, afetividade, aprendizagem ética, aprendizagem política, auto-organização, avaliação, compromisso social, criatividade, criticidade, cultura, esporte, participação, projeção de futuro, relações interpessoais, respeito à diversidade, responsabilidade, satisfação com a escola, singularidade, solidariedade, trabalho, trabalho coletivo e valores. (DALBEN *et al*, 2017)

Os pesquisadores do LOED, entretanto, percebendo a complexidade de se avaliar todas as dimensões acima, definiram sete delas como prioridades, o percurso metodológico dessa definição foi descrito por Dalben *et al* (2017). As dimensões selecionadas são: participação, trabalho coletivo, acesso e permanência, compromisso social, práticas pedagógicas, relação escola-comunidade e compromisso com aprendizagem de todos. Pesquisas apontam (FREITAS *et al*, 2014) que a qualidade na escola deve ser uma qualidade negociada fruto de uma construção local realizada de forma democrática e participativa, transformando as escolas em espaços de reflexão.

A avaliação institucional da escola é um processo que envolve todos os seus atores, com vistas a negociar patamares adequados de aprimoramento, a partir dos problemas concretos vivenciados por ela. Se a avaliação em larga escala é externa, a avaliação institucional é interna à escola e sob seu controle, enquanto a avaliação da aprendizagem é assunto preferencialmente do professor em sua sala de aula. (FREITAS *et al*, 2014, p. 35)

É importante que se tenham diferentes instrumentos de avaliação, portanto, não se trata de abandonar a avaliação externa, mas sim, como afirma Rolindo apoiado em Freitas, “garantir que outra perspectiva mais abrangente venha compor o debate sobre o que é uma educação de qualidade” (2021, p. 70). As escolas não devem se opor e nem rejeitar que tenham seu trabalho avaliado; numa sociedade democrática é fundamental que instituições públicas prestem conta de seu trabalho, entretanto, é também, muito importante que se tenha em mente que os testes não conseguem expressar toda a realidade do trabalho educacional, pois, como afirma Sordi, “há uma escola viva que encontra nos atores locais a energia para promover aprendizagens mais abrangentes, energia para alargar horizontes de vida das crianças e jovens que dependem da escola pública para se desenvolverem plenamente nos limites impostos pelo modelo social.” (2017, p. 97). Essa escola viva não pode estar aprisionada pelas determinações econômicas, por uma visão mercantilizada da educação e pela visão reducionista de qualidade expressa unicamente pelas avaliações externas em larga escala. Essa escola precisa resistir a crescente tentativa de captura da subjetividade dos trabalhadores e de sua inserção na lógica da produtividade.

## **A Escola não pode ser vista como uma empresa**

A organização do trabalho na contemporaneidade tem sido determinada pelo estabelecimento do toyotismo que se apresenta como uma superação do fordismo e do taylorismo. Se antes eram os corpos e tempos que estavam aprisionados sob a tutela de chefes e supervisores, numa organização rígida, disciplinar e vertical, agora no toyotismo prevalece a ideia do trabalho flexível, de uma maior autonomia e liberdade, bem como de um maior envolvimento do trabalhador nos processos de concepção e não somente de produção fragmentada do trabalho (HELOANI, 2003). O toyotismo se apresenta como uma superação da organização fordista, entretanto, estudos da sociologia (LINHART, 2007, GAULEJAC, 2007, PAGÈS, 1987) tem apontado que, na era pós-fordista, não há superação do modelo anterior, o que existe é uma nova forma de colonização dos trabalhadores, uma tentativa de controle, não mais de seus corpos e tempos de trabalho, mas sim, de sua subjetividade, de suas mentes, do tempo da vida dos trabalhadores. O toyotismo acaba por estabelecer um processo de maior responsabilização e culpabilização dos trabalhadores, que, colonizados, se submetem por vontade própria as lógicas de monitoramento e avaliação (*accountability*), eficiência e eficácia, em busca da maior produtividade e do sucesso, tornando-se eles próprios, empresas de si mesmos. No contexto da crise de superacumulação do capitalismo globalizado e da instauração do neoliberalismo a partir das últimas décadas do século XX, as escolas e demais instituições públicas passam a ser vistas, administradas e cobradas como empresas. Ocorre que a escola não é uma empresa (LAVAL, 2019).

A visão que toma de assalto o setor público e propõem sua administração baseada no modelo empresarial privado deriva do movimento gerencialista, que, por sua vez, diz respeito aos processos de transformação cultural e política gestados durante a experiência neoliberal realizada no Chile nos anos 1970. Na década seguinte, o gerencialismo neoliberal se instala na Grã-Bretanha, na Nova Zelândia e nos Estados Unidos, sendo, Pinochet, Thatcher e Reagan seus maiores articuladores. No Brasil, o gerencialismo ou a Nova Gestão Pública – NGP chega a partir de 1995, quando o presidente Fernando Henrique Cardoso cria o Ministério da Administração e Reforma do Estado, convida Bresser Pereira para assumir a pasta, sendo que ele havia passado dois anos na Inglaterra estudando a NGP, além de fazer parte do Conselho Latino Americano de Administração. (VENCO, 2016).

Os pilares do pensamento neoliberal, base do gerencialismo funcionaram de forma estratégica para o convencimento dos diversos setores da sociedade, posto que, advogam em favor de um serviço público eficiente, austero, onde os gastos seriam reduzidos e a produtividade e qualidade dos serviços seriam aumentadas. Não foi difícil convencer a sociedade que a redução do tamanho do Estado seria conveniente para a racionalização no uso do dinheiro público. O mote “fazer mais com menos” passa a determinar um novo modelo de administração pública que leva a maior precarização dos serviços, impactando não somente na qualidade da educação e no tipo de desenvolvimento humano oferecido nas escolas, como também na vida dos trabalhadores da educação. (VENCO, 2016)

Os professores passaram a ser controlados através das avaliações externas, como denunciam, na Inglaterra, os autores Hall e Gunter (2015). No Brasil o fenômeno também ocorre e os professores vivenciam perda de autonomia e adoecimento. Os educadores são cobrados a oferecer produtividade e sucesso, mas as avaliações não consideram as relações entre os resultados da aprendizagem e a situação de vantagem ou desvantagem socioeconômica das comunidades.

No mundo supostamente flexibilizado do trabalho contemporâneo, tanto nos países centrais quanto na periferia do capitalismo, é possível observar a tentativa de traduzir o fenômeno humano na lógica dos números, essa armadilha é chamada de quantofrenia, que Gaulejac (2007), tipifica como a doença da medida, uma tentativa desvelada pelo autor de retomar o *homo economicus* estabelecido por Bourdieu, um ser monstruoso, extremamente racional que resolve tudo através da “matematização” da vida, através dos números, assumindo uma falsa ilusão de controle. É esse universo que tem sido imposto para as escolas e para os diretores educacionais, agora conhecidos como gestores.

A intenção de aplicar na escola os princípios de produção que funcionam nas empresas em geral não é recente, mas tem-se exacerbado ultimamente, configurando um crescente assalto da

lógica da produtividade empresarial capitalista sobre as políticas educacionais e, em especial, sobre a gestão escolar. (PARO, 2010, p. 774)

A gestão modernizada a qual Paro se refere pode ser vista como uma doença social, como coloca Gaulejac (2007), ela deve ser tratada homeopaticamente, “com paciência e delicadeza” (2007, p. 301). Para esse autor, é preciso desvelar os paradoxos e contradições do modelo gestor, pois eles podem levar os educadores ao enlouquecimento, é necessário analisar a situação a partir do exterior dos fenômenos, é preciso entender com profundidade as causas e efeitos de todo esse contexto. Nesse sentido, Rolindo (2021) aponta, em sua tese, para a possibilidade de resistir pelo afeto espinosano, pela potência de agir despertada por ideias adequadas que libertam os sujeitos da ilusão e da servidão voluntária. São as relações afetivas, e, mais especificamente o afeto como ação de afetar, como verbo, que podem garantir a conquista da qualidade social. São as ideias que mobilizam os afetos que tem potencial para desvelar os subterrâneos do gerencialismo neoliberal. Portanto, a seguir, retomam-se, brevemente, os conceitos chave da ética espinosana que embasa a utilização da potência dos afetos, entendidos aqui, como método de conquista da qualidade social.

## **O afeto e a ética de espinosa**

No contexto do Racionalismo Clássico que marca a filosofia moderna, no século XVII, surge Baruch de Espinosa, cuja produção filosófica permite estabelecer as bases para criticar a concepção dualista de homem advinda do pensamento de Descartes. A partir do conhecido “*cógito*” cartesiano “penso logo existo”, o sujeito é visto como um ser cindido entre razão e emoção, pois, para Descartes, corpo e alma compunham dimensões apartadas, sendo que as questões da alma não poderiam ser estudadas, seriam intangíveis, já o corpo poderia ser estudado pela razão. Desde então, a razão prevalece sobre a emoção, sobre os sentimentos, vistos como cegos e inferiores, enquanto a razão seria uma “luz inata e natural” que leva à verdade (CHAUÍ, 1995, 2000).

Espinosa, em oposição, propõe um sujeito monista, para o qual corpo e alma são a mesma substância. Chauí (1995) explica que o sujeito monista é o sujeito da relação afetiva entre a alma e o corpo e destes com o mundo. Na filosofia espinosana há uma distinção entre afeto e afecção, para ele, as afecções são corpóreas e os afetos ocorrem na mente. A afecção é instantânea e tem efeito imediato, pode ser boa ou ruim, tem curta duração e pode aumentar ou diminuir o potencial de ação dos corpos, já os afetos ocorrem na duração da transição entre o antes e o depois dos corpos sofrerem as afecções (SAWAIA, 2000). Para Damásio, a partir de Espinosa, é possível afirmar que: “As emoções ocorrem no teatro do corpo. Os sentimentos ocorrem no teatro da mente.” (2004, p. 35).

Damáσιο tem estudado a filosofia de Espinosa e aponta o “*Erro de Descartes*” (1996), propondo uma nova máxima: “existio e sinto, logo penso”, retomando assim o papel fundamental das emoções, do sentimento e da afetividade na constituição humana. Para o cientista, os sentimentos ocorrem na esfera privada da mente humana, são imagens mentais, tal como defende Sawaia (2000) ao explicar que as afecções são mediadas pelos signos, são as emoções corpóreas, os instintos interpretados no nível da consciência, utilizando, para isso, o sistema de significados; a autora apoia sua afirmação no pensamento vigotskiano que defende que as emoções são mediadas socialmente. Damásio (2004) concorda ao afirmar que as emoções ocorrem no rosto, na voz, nos hormônios. Entretanto, parece ser consenso entre os estudiosos de Espinosa, que não há primazia da razão sobre a emoção e nem o contrário, o que existe, por outro lado, segundo Deleuze (2002) é um paralelismo entre razão e emoção.

A partir dos afetos pode ser despertada nos sujeitos uma tendência, uma possibilidade, um esforço que Espinosa chamou de *conatus*. Essa força seria a disposição que os sujeitos têm para sobreviver, para atuar no mundo, seria o potencial de ação de cada indivíduo. Damásio (2004) relaciona o *conatus* às disposições presentes no cérebro. Deleuze diz “o conatus tornado consciente de si sob este ou aquele afeto chama-se desejo, sendo este sempre desejo de alguma coisa (III, def. do desejo)” (2002, p. 105). Espinosa, na obra *Ética*, parte III *A origem e a natureza dos afetos*, estabelece na proposição 12 “a mente esforça-se, tanto quanto pode, por imaginar aquelas coisas que aumentam ou estimulam a potência de agir do corpo” (2008, p. 179-181).

Em sua tese de doutorado, Rolindo vai em busca dos afetos que aumentam a potência de agir dos corpos educadores, o pesquisador debate a contestação espinosana sobre o livre arbítrio e os afetos como base da determinação dos desejos, da vontade e da ação do homem no mundo. Sobre a obra de Espinosa, Deleuze afirma que “todo o esforço da *Ética* consiste em romper o vínculo tradicional entre liberdade e vontade” (2002, p. 88). Para Espinosa, a vontade não existe livremente (Proposição 28 e 32, da primeira parte da *Ética*), uma volição para existir precisa de uma causa. Espinosa afirma: “Pois a vontade, como tudo mais, precisa de uma causa pela qual seja determinada a existir e a operar de uma maneira definida” (SPINOZA, 2008, p. 57).

Espinosa deixa claro que uma afecção pode ser ativa ou passiva, dependendo das ideias (adequadas ou não) que temos das forças externas que nos afetam e se elas são resultado de causa interna ou externa, aumentando ou diminuindo nossa potência de ação tendo em vista o fato de podermos ser causa adequada ou parcial das afecções. [...] O conhecimento das causas dos afetos, desse ponto de vista, assume em Espinosa uma importante via para a emancipação, sendo que o não conhecimento das causas das afecções ativas ou passivas nos prendem ao reino da ilusão. (MAGIOLINO L. L. S. SAWAIA B. B. 2016, p. 72-73).

É, precisamente, pelo fato de que os afetos podem ser oriundos de ideias adequadas ou inadequadas, e assim aumentarem ou diminuir a potência de ação dos sujeitos no mundo, que o conhecimento das causas torna-se chave na busca por emancipação. Ao defender o direito aos direitos humanos, a uma formação humana na sua integralidade e o direito a uma educação de qualidade social, é preciso levar em conta, quais afetos e ideias estão determinando a ação dos sujeitos no chão da escola. É necessário, como já se fez anteriormente, desvelar as ideias inadequadas e as artimanhas do neoliberalismo, do gerencialismo e da Nova Gestão Pública que tentam colonizar e capturar a subjetividades dos educadores. Ao mesmo tempo é fundamental apresentar afetos advindos de ideias adequadas que promovam o *conatus* na escola e levem ao engajamento das comunidades escolares na luta contra o julgo da servidão voluntária. (CHAUI, 2014). A seguir serão apresentados alguns resultados da tese de doutorado do autor, que representam a potência dos afetos, as marcas afetivas do trabalho de uma diretora de escola na construção da qualidade social.

### **Instaurando o sujeito proximal: uma diretora de escola e as marcas do afeto**

Os educadores no chão da escola, professores, coordenadores pedagógicos e diretores produzem conhecimento através da criação e execução de planos de gestão, projetos políticos pedagógicos, planos de curso e de aula diários que tem orientado a prática docente e a administração das escolas. Entretanto, esse conhecimento, apesar de estar embasado na formação inicial e continuada dos educadores, e, encontrar respaldo no arcabouço teórico que acompanha os currículos escolares, tem sido entendido pela academia como um conhecimento empírico e carece de validação científica. O que será apresentado a seguir faz parte desse contexto de produção de conhecimento que precisa ser analisado a luz da teoria, refletivo e validado, precisa tonar-se prático.

Os sujeitos educadores do chão da escola são sujeitos proximais (ROLINDO, 2021), são indivíduos que merecem ser instaurados enquanto produtores de conhecimento científico. Instaurar diz respeito a fixar a existência de um ser como afirma Lapoujade, para o autor “[...] só existimos sendo advogados de outras almas – inclusive da nossa [...] Só nos tornamos reais ao tornar mais reais outras existências” (2017, p. 94-95). O sujeito proximal é aquele que aprende com o outro, realiza sua ação coletivamente, vivencia a proximidade com o social, sem perder sua individualidade. A diretora sujeito da pesquisa de Rolindo é um sujeito em desenvolvimento, que faz da afetividade sua ação política, social e transformadora. É um sujeito que só realiza sua ação, pois conta com o trabalho coletivo, afinal, como diz Espinosa, “com efeito, se, por exemplo, dois indivíduos de natureza inteiramente igual se juntam, eles compõem um indivíduo duas vezes mais potente do que cada um deles consi-



derado separadamente.” (SPINOZA, 2008, p. 287).

É nesse sentido que a primeira marca afetiva do trabalho da diretora ficou evidente quando ela estabelece do **trabalho coletivo**; a análise dos dados da pesquisa evidenciou uma atuação do grupo gestor e de parte do corpo docente que tinha como característica a união e a somatória de forças. Foram observadas situações em que professores atuaram junto com a diretora na resolução de problemas e, alunos e familiares foram convidados a expressar opiniões e sugestões para encaminhar projetos. Outra marca do afeto observada na ação da diretora foi a busca por construir um **alinhamento** de posturas no interior do grupo gestor e, entre eles e os docentes buscando alinhamento, sem perder a potência das individualidades. A análise dos dados também evidenciou que a diretora buscou **compartilhar o protagonismo**, tradicionalmente conferido a sua figura, na tentativa de concretizar uma gestão realmente democrática e participativa. Esses três elementos, trabalho coletivo, alinhamento e protagonismo compartilhado são formas de afetar a comunidade que aumentam o potencial de ação dos sujeitos no interior da escola.

A pesquisa foi realizada como um estudo de caso a partir dos pressupostos da pesquisa qualitativa em educação, foram produzidos dados narrativos da experiência dos sujeitos e, tendo em vista a necessidade de um recorte metodológico, optou-se por analisar apenas a figura da diretora e seus afetos que geravam aproximação entre os sujeitos da comunidade e a construção da escola de qualidade social. O que não significa que, eventualmente, as posturas da diretora também não afetassem negativamente a comunidade. Tendo em vista a necessidade de valorizar o trabalho dos educadores da escola pública e, assumindo a pesquisa acadêmica como uma pesquisa ativista (STETSENKO, 2018) que pretende colocar a escola pública como produtora de conhecimento, foram destacados, como afetos que produzem *conatus*, as próprias características pessoais da diretora da escola, entre elas sua **disposição emocional**: bom humor e energia, seus **gestos afetivos**: carinho, atenção e proximidade, sua capacidade de buscar a conciliação sem perder a firmeza e assertividade.

A relação com a comunidade, que emergiu na análise, foi marcada por afetos como: **abertura** para o novo e para a opinião dos alunos, familiares, docentes e funcionários. Afetos de **cuidado, defesa e preocupação** com a aprendizagem e bem-estar dos estudantes, **valorização** do trabalho docente, **proximidade** com os funcionários e, sobretudo **acolhimento** das famílias em suas demandas. Esses afetos não foram necessariamente frutos de decisões conscientes da diretora e também não se restringiram apenas a sua atuação. Outros membros da gestão, como a vice-diretora e as coordenadoras, bem como parte do corpo docente, apresentaram posturas semelhantes, o que indica que as relações afetivas coletivas movimentaram aquela comunidade no sentido da conquista e construção de uma escola de qualidade social. Entretanto, a escola já era reconhecida pela comunidade educacional da cidade e região em que se encontra como uma escola de qualidade. Foi esse

reconhecimento que a levou a ser escolhida como ambiente da pesquisa de Rolindo (2021).

Apesar da qualidade da escola dada a priori pela comunidade, a realidade se impõe de forma inexorável, portanto, mesmo com resultados positivos nas avaliações externas, ainda foram observadas diversas dificuldades no cotidiano escolar, a começar pela ausência de uma instância de avaliação institucional participativa, conceito que ainda é pouco conhecido na rede de ensino onde se encontra a unidade escolar em questão. Foi em função desse fato que o pesquisador observou uma situação paradoxal – o que possibilitou que o **enfrentamento das dificuldades** por parte da diretora e dos docentes fosse encarado como afeto de aproximação.

Em outras palavras, a equipe escolar, ao se responsabilizar pela resolução dos problemas decorrentes da precarização da educação, seja pela falta de verbas ou pela ausência de políticas públicas de enfrentamento dos problemas no chão da escola, como a violência no entorno da comunidade, a carência de formação continuada para os docentes, a falta de estrutura física e de pessoal, enfim, uma gama de problemas que a escola precisa enfrentar sozinha, acaba deixando implícita a ideia de que aqueles profissionais são “heróis” ou “*lone rangers*”, cavaleiros solitários, que podem resolver sozinhos os problemas, como no fenômeno descrito por Hall e Gunter (2015). Ainda que essa visão afete a comunidade positivamente fazendo com que muitos desejem se engajar nos processos de conquista da qualidade, os sujeitos correm o risco de se tornarem “empresa de si mesmos”, sendo responsabilizados e culpabilizados pela qualidade ou falta de qualidade da educação. Ao desconhecer a real causa do que lhes afeta, essa comunidade pode estar condenada a viver no reino da ilusão, acreditando que sozinha pode resolver os problemas decorrentes de uma natureza estrutural. Essas são as ideias inadequadas dos afetos que, em algum momento do desenvolvimento, vão aprisionar a comunidade na passividade e na servidão voluntária.

Foi no bojo dessa constatação que um último núcleo de afeto emergiu na etapa de discussão dos dados na tese deste pesquisador. O desenvolvimento de uma **consciência política crítica** emerge como um afeto necessário para desvelar, do ponto de vista espinosano, as ideias adequadas e propiciar que os afetos gerem *conatus*, potencial de ação transformadora e libertadora, evitando o estabelecimento de atitudes passivas de aceitação, culpabilização e responsabilização como impõe o neoliberalismo. A análise dos dados evidenciou uma tomada de consciência em progresso; diversos excertos das observações mostram os educadores discutindo com criticidade os desmandos políticos e as armadilhas da Nova Gestão Pública. Toassa afirma que: “perceber de modo diferente significa também ganhar novas possibilidades de agir.” (2006, p. 75) e, nesse sentido, apoiada em Vigotski a autora defende que a consciência é um processo, exatamente, como se observa através dos dados da pesquisa em questão.

Esse processo mostra que uma “penetração mais profunda na realida-

de exige uma atitude mais livre da consciência para com os elementos dessa realidade, um afastamento do aspecto externo aparente da realidade dada imediatamente na percepção primária [...] (VIGOTSKI. 2000 p. 129)”. Uma penetração que pode se valer da potência dos afetos motivados por ideias adequadas. O conjunto dos afetos que move o coletivo da escola indica que essa percepção mais profunda está em processo, as ideias adequadas e inadequadas, do ponto de vista ético de Espinosa, estão em jogo, em disputa no chão da escola. Cabe a comunidade científica e ao mundo do trabalho aproximarem-se para colocarem em pauta a relação teoria e prática, promovendo a práxis e, assim, garantir a possível construção de uma contra hegemonia apoiada na escola de qualidade social.

## Considerações finais

A proposta deste artigo foi discutir a potência dos afetos e a conquista da qualidade social em educação como direito a formação humana plena. Foram apontadas as armadilhas neoliberais que tem aprisionado a organização do trabalho, as escolas, os educadores e, também, os currículos educacionais a partir de avaliações externas mercantilizadas e reducionistas. Sobre esse fato o professor Miguel Arroyo questiona:

O tema proposto nos instiga a perguntar-nos por que o direito à formação humana tão marcante na teoria pedagógica e incorporado na Constituição e na LDB não é incorporado na concepção de qualidade da educação avaliada? [...] Por que nem nos PCN, nem na Base Nacional Comum se incorpora o direito à educação, mas apenas ao direito a aprendizagens? [...] Nem se cogita avaliar a qualidade da educação como incorporação do direito à formação humana. Por quê? Faltam análises que aprofundem essas questões (2017, p. 20).

Certamente o questionamento de Arroyo permanece necessário, bem como, é imprescindível buscar saídas para que essa forma de colonização e dominação seja superada. Aqui foi possível verificar que existe no chão da escola pública tentativas de resistência e que os paradoxos ficam evidentes; há fissuras da estrutura do poder, afinal “não pode haver maior contradição do que a possível conquista de uma escola de qualidade social no cenário atual de desmonte da educação pública brasileira” (ROLINDO, 2021, p. 279). Na academia existe a preocupação com a produção de uma ciência que investigue caminhos possíveis para a conquista da educação de qualidade social, valorizando o que os educadores conseguem fazer.

Como últimas considerações, se faz necessário retomar o pensamento de alguns autores como Freitag (1977) que afirma que “o pequeno grau de liberdade que necessariamente precisa haver na sociedade civil, para conseguir a dominação pelo consenso e garantir a hegemonia da classe no poder, é a chance de libertação da classe subalterna.” (1977, p. 36). Damásio (2004)

sugere uma atitude ativa, uma elevação pela arte, cultura e conhecimento, Han (2019) apresenta o conceito de dispersão do poder, Linhart (2007) fala em micro coletivos, pequenos autores e na resistência a partir do interior do mundo do trabalho. Entretanto, como afirma Freire:

É preciso que saibamos que, sem certas qualidades ou virtudes como amorosidade, respeito aos outros, tolerância, humildade, gosto pela alegria, gosto pela vida, abertura ao novo, disponibilidade à mudança, persistência na luta, recusa aos fatalismos, identificação com a esperança, abertura à justiça, não é possível a prática pedagógico-progressista, que não se faz apenas com ciência e técnica. (1996, p. 61-62)

Talvez seja hora de um investimento na potência afetiva das escolas, para isso é necessário que as comunidades conheçam, tanto a ética espinosana, como o conceito de qualidade social. Sendo assim, é preciso educar os educadores como afirmam Marx e Engels (2009) e, desta forma, resistir à opressão capitalista e conquistar uma sociedade justa, onde o desenvolvimento humano integral, como direito de todos, seja de fato, uma realidade.

## Referências

ARROYO, M.G. O direito à formação humana como referente da avaliação. In: SORDI, M.R.L.; VARANI, A., MENDES, G.S.C.V. (Org.) **Qualidade(s) da escola pública: reinventando a avaliação como resistência** – Uberlândia: Navegando Publicações, 2017.

CHAUÍ, M. *Espinoza: uma filosofia da liberdade*. São Paulo: Moderna, 1995.

\_\_\_\_\_. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. **Contra a Servidão Humana**. Org. Homero Santiago. 2ª ed. BH. Autêntica. SP Fundação Perseu Abramo. 2014.

DALBEN, A. *et al.* Os meandros da construção de um instrumento voltado à avaliação em larga escala multidimensional. In: SORDI, M.R.L.; VARANI, A., MENDES, G.S.C.V. (Org.) **Qualidade(s) da escola pública: reinventando a avaliação como resistência** – Uberlândia: Navegando Publicações, 2017. p. 187-220.

DAMÁSIO, A.R. **Em busca de Espinoza: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DELEUZE, G. **Espinoza Filosofia Prática**. São Paulo: Escuta, 2002.

FREIRE, P. **Pedagogia da Autonomia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FREITAG, B. **Escola, Estado e Sociedade**. São Paulo. EDART São Paulo livraria editora, 1977.

FREITAS et al. **Avaliação Educacional: caminhando pela contramão**. 6ª. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

- GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Ideias & Letras. Aparecida, SP. 2007
- HALL, D.; GUNTER, H.M. **A nova gestão pública na Inglaterra: a permanente instabilidade da reforma neoliberal**. Educ. e Sociedade, Set 2015, vol.36, no. 132, p. 743-758.
- HELOANI, R. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo, Atlas. 2003.
- HAN, B-C. **O que é poder?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.
- LAPOUJADE, D. **As Existências Mínimas**. São Paulo, N-1 Edições, 2017.
- LAVAL, C. **A escola não é uma empresa**. São Paulo: Boitempo, 2019
- LINHART, D. **A desmedida do capital**. São Paulo: Boitempo. 2007
- MAGIOLINO L.L.S.; SAWAIA B.B. As nuances da afetividade: emoção, sentimento e paixão em perspectiva. In: Banks-Leite, L; Smolka, A. L. B; Anjos, D. D.(org.) **Diálogos na perspectiva histórico-cultural: interlocuções com a clínica da atividade**. Campinas: Mercado de Letras, 2016.
- MARX, K. e ENGELS, F. **A ideologia alemã**. Tradução de Álvaro Pina. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2009.
- OLIVEIRA, S.B. Formação humana e os significados das palavras em disputa: afinamento conceitual. In: SORDI, M.R.L; VARANI, A., MENDES, G.S.C.V. (Org.) **Qualidade(s) da escola pública: reinventando a avaliação como resistência – Uberlândia: Navegando Publicações**, 2017. p. 119-141.
- PAGÈS, M. *et al.* **O poder nas organizações**. São Paulo. Atlas. 1987.
- PARO, V.H. **A educação, a política e a administração: reflexões sobre a prática do diretor de escola**. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 36, n.3, p. 763-778, set./dez. 2010.
- ROLINDO, A.C. **Afetos que movem o coletivo: o trabalho da diretora de escola na construção da qualidade social**. Tese de Doutorado. UNICAMP. Campinas, SP: [s.n], 2021.
- SAWAIA, B.B. (2000). **A emoção como locus da produção de conhecimento: uma análise centra em Espinosa e Vygotsky**. In Anais da III Conferência de Pesquisa Sócio-cultural.
- SILVEIRA, R.T. **Escola e Classe Social de uma Perspectiva Gramsciana: A Sala de Aula, o Intelectual e o Simples**. ETD – Educ. Temática Digital, v. 17, n.3, Campinas, p. 558-575. Set/Dez 2015.
- SORDI, M.R.L. A qualidade social da escola pública em confronto com a lógica dos reformadores empresariais. In: SORDI, M.R.L; VARANI, A., MENDES, G.S.C.V. (Org.) **Qualidade(s) da escola pública: reinventando a avaliação como resistência – Uberlândia: Navegando Publicações**, 2017. p. 83-100.
- SPINOZA, B. **Ética**, [tradução e notas de Tomaz Tadeu] 2ªEd. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2008.

STETSENKO, A. **Learning, Culture and Social Interaction** (2018), Research and activist projects of resistance: The ethical-political foundations for a transformative ethico-onto-epistemology. The University of New York, USA.

TOASSA, G. **O Conceito de Consciência em Vigotski**. In: Psicologia USP, 17(2), 59-83. São Paulo. 2006

VENCO, S. **Precariedades: desdobramentos da nova gestão pública no trabalho docente**. Crítica e Sociedade Revista de Cultura Política. V.6, N.1, Nov.2016. ISSN: 22370579.

VIGOTSKI, L.S. **A construção do pensamento e da linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

# O ESTADO COMO REALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM KELSEN E O DUALISMO SOCIOLOGICO DE WEBER

**José Henrique de Araújo Rodrigues**

(Mestrando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) Email: r.josehenrique@gmail.com

## **Resumo:**

Este estudo investiga a superação da concepção sociológica de Estado pela visão monista de Hans Kelsen. Em razão disso, defende-se que Kelsen abre caminho para o debate político em virtude da dissolução de qualquer ingerência de ideologia de legitimação do direito. Para tal empreitada, parte-se da análise conceitual proposta pela sociologia de Marx Weber em contraponto com os fundamentos que embasam a Teoria Geral do Direito e do Estado.

**Palavras-chave:** Estado; Direito; Política.

## **1 Introdução**

Constitui objeto deste estudo abordar a superação da abordagem sociológica dualista de Estado pela teoria monista, com base em Marx Weber e Hans Kelsen, respectivamente.

Inicialmente são apresentados os traços gerais do princípio metodológico que cinge a estrutura da Teoria do Direito de Hans Kelsen. Estuda-se como esse princípio confere objetividade científica à teoria, ao mesmo tempo que serve de substrato lógico-racional para realizar a identidade entre Estado e ordem jurídica.

Posteriormente, são apresentados os conceitos sociológicos da teoria dualista de Marx Weber sob a perspectiva da Teoria do Estado. Em seguida, essa visão é contraposta pela abordagem de monista.

Na parte final, é retomada a hipótese de que a teoria monista, que identifica o Estado a uma ordem jurídica dotada de centralidade organizacional, resgata a possibilidade da realização política e ainda possibilita a discussão nas democracias modernas.

## 2 O método Kelseniano

Permeia em toda obra de Hans Kelsen uma preocupação com o rigor metodológico em suas conceituações. Esse critério revela o compromisso assumido pelo jusfilósofo com a clareza e objetividade dos termos, a fim de elevar o direito ao status de verdadeira ciência (KELSEN, 1998; KELSEN, 2009; KELSEN, 2021). Nesse sentido, há um esforço para que o conceito de Direito não corresponda a nenhum ideal específico de justiça, ou seja, que o fato de que determinada ordem social é caracterizada como uma ordem jurídica, não implica nessa mesma ordem ser considerada justa ou não. O que Kelsen propõe é um direito livre de qualquer opinião, ideologia ou influência externa, e enquanto ciência do Direito Positivo, tem a norma jurídica como seu principal objeto. Como aduz nos prefácios da Teoria Pura do Direito, e mais especificamente na primeira edição, recentemente traduzida para o português:

“Trata-se antes da relação entre ciência do direito e política, da separação acurada entre uma e outra, a fim de que se renuncie ao costume enraizado de, em nome de uma ciência do direito, ou seja, com base em uma instância objetiva, defenderem-se demandas políticas que só podem possuir um caráter altamente subjetivo, mesmo quando se transformam, com a melhor das intenções, em ideal de uma religião, nação ou classe.” (KELSEN, 2021, p. 5)

Em outras palavras, a preocupação de Kelsen é que o jurista bem-intencionado não se transforme no político que advoga por suas próprias convicções ideais, que atribui o conteúdo do direito. Afinal, o momento político da norma é anterior à sua criação, perante as discussões congressuais e a elaboração projetos de lei.

É com esse ideal de rigor científico, também chamado de *pureza*, que concebe um conceito de Estado livre de toda ideologia:

Um conhecimento do estado livre de ideologia e assim libertado de toda metafísica e mística não pode capturar sua essência a não ser apreendendo essa estrutura social como uma ordem de comportamento humano. Uma investigação detalhada mostra que essa estrutura social é uma ordem social de coação e que essa ordem de coação deve ser idêntica à ordem jurídica, já que os mesmos atos de coação caracterizam ambas essas ordens e uma mesma comunidade social não pode ser constituída por duas ordens distintas. O estado é uma ordem jurídica. (KELSEN, 2021, p. 104)

Trata-se, portanto, do conceito de Estado como ordem jurídica, a concepção monista defendida de Kelsen, coerentemente apresentada de um ponto de vista jurídico.

Por outro lado, a razão sociológica faz um caminho um pouco diferente do que pretende o Direito Positivo, uma vez que este foca no ordenamento



vigente e aquela nos efeitos que essa ordem jurídica, que no direito é chamado de eficácia. A pedra angular desse raciocínio é a vigência de uma ordem, e sendo ela jurídica, alvo do Direito Positivo e seus efeitos objetos das ciências sociais. O consectário lógico que Kelsen defende é, portanto, que a jurisprudência sociológica<sup>1</sup> pressupõe o conceito normativo de direito:

É possível, contudo, lidar de modo bem-sucedido com problemas sociológicos específicos relacionados com o fenômeno do Direito. Se examinarmos, por exemplo, as motivações dos homens que criam, aplicam e obedecem ao Direito, encontraremos nas suas mentes certas ideologias, dentre as quais desempenha um papel especial na ideia de justiça” (KELSEN 1998, p 252)

Em contrapartida, isso não significa que as visões sociológica e jurídica estejam de acordo. É neste ponto que ambas divergem acerca da concepção de Estado, como proposta deste estudo, pois para Kelsen, apesar de uma pressupor a outra, a ordem jurídica é idêntica ao Estado, mas, para Weber, isso desconsidera outras associações humanas dotadas de coercitividade. Mas, como veremos adiante, essa distinção se autocompleta, ou melhor, informa caminhos para melhor compreensão do estado e das ordens humanas e abre espaço para a política. Antes, porém, cabe expor essas visões e a razão com a qual Kelsen rechaça o dualismo proposto pela sociologia de Weber.

### 3 Dualismo e monismo

A política, segundo Weber é a faculdade de influenciar ou direcionar uma associação política sendo essa associação política, por excelência, o Estado (WEBER, 2003). O Estado, assim definido como associação política, erige paralelamente a ideia de comunidade. Assim, há no estado diversas comunidades, como a de trabalhadores, de profissionais liberais, de estudantes etc. Porém, a comunidade política/associação política é a que forma o Estado, e, portanto, a única legitimada a se valer do “monopólio da violência física, nos limites de um território definido”. Essa violência, por sua vez, é identificada como coação, e enquanto legítima é característica peculiar do estado.

Contudo, Weber reconhece que a coação não é exclusiva do aparato estatal, pois outras associações humanas se valem desse meio. Essa concepção é dita dual pois acredita existir ao lado da associação política, outras associações:

A Sociologia ignora a opinião de que só *existe* um *Estado* onde e quan-

---

1 *Atividade do conhecimento da sociologia.* Aproveito aqui dos ensinamentos de Alexandre T.G. Trivisonno que na nota de tradução da primeira edição da Teoria Pura do Direito destaca que o termo “*jurisprudenz*” pode ter dois sentidos. Tanto pode significar as decisões uniformes dos tribunais, como também a atividade de conhecimento, ou mesmo ciência. Então, é plausível que na obra Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen tenha se referido à jurisprudência sociológica, com o sentido de ciências sociais, inclusive, é o mais coerente.

do os meios coativos da comunidade política são efetivamente mais fortes em comparação com os de todas as demais. O *direito canônico* é direito também ali onde entra em conflito com o direito *estatal*, o que ocorreu repetidas vezes e sempre ocorrerá de novo, inevitavelmente, por exemplo, no saco da Igreja Católica, mas também de outras, em relação ao Estado Moderno. A *zadruga* eslava, na Áustria, não apenas carecia da garantia jurídica estatal, mas suas ordens estavam em parte até em contradição com o direito oficial; uma vez que a ação consensual que constituía as ordens possuía para elas um aparato coativo próprio, estas representavam mesmo assim o *direito*, o qual só no caso de apelação ao aparato coativo estatal não foi reconhecido por este mas afrouxado. Especialmente fora do círculo jurídico europeu continental, não é raro que o direito estatal moderno trata expressamente como *vigentes* também normas de outras associações e examine decisões concretas destas. Assim, por exemplo, o direito americano protege de diversas maneiras, o *label* dos sindicatos, regula as condições sob as quais a candidatura de um membro de partido às eleições é considerada *válida*; assim, o juiz inglês interfere, quando chamado, na jurisdição dos clubes, o juiz alemão até examina em processos por injúria, a conformidade com as convenções de uma recusa de duelo apesar de este ser proibido por lei etc. (WEBER, 2000, p. 213).

Nesse sentido o cerne da questão para Weber é o fato de que a “ordem jurídica”, formada pelo conjunto de meios que formam um aparato coativo, juntamente com uma estrutura burocrática composta por funcionários que possibilitem a aplicação desse aparato nem sempre foi monopólio da comunidade política e conseqüentemente do Estado. Em palavras mais simples, o monopólio da coação, para Weber, nem sempre pertenceu ao Estado e em muitos casos não pertence mesmo, como uma liga de futebol que bane um jogador por trapaça, ou uma associação de profissionais liberais que caça o registro de um dentista, por exemplo. Aliás, admite que em alguns casos as associações privadas possuem meios mais eficazes na garantia direta do direito objetivo e subjetivo, como no caso da promoção de boicotes (WEBER, 2000).

Em contrapartida, Kelsen não acredita na dualidade da existência do Estado enquanto realidade social se apresenta comunidade e do Estado enquanto sistema de normas:

Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem, não mais do que a corporação distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade – como assinalado em capítulo anterior – consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos. O termo “comunidade” designa o fato de que a conduta recíproca de centros indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa. A afirmação de que os indivíduos são membros de uma comunidade é

uma expressão metafórica, uma descrição figurada de relações específicas entre os indivíduos, relações constituídas por uma ordem normativa.

Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de “Estado” é a “sua” ordem jurídica. (KELSEN, 1998, p. 364).

Como é possível observar no exceto acima, para Kelsen o estado é a ordem jurídica, mais especificamente, é a ordem jurídica que atingiu uma certa centralização, ou seja, de maneira semelhante que afirma Weber, um corpo burocrático com um relativo grau de centralização do aparato coativo. Nesse sentido, os elementos tradicionais do Estado, povo, território e poder, são vistos, pelo Direito Positivo, como os âmbitos de vigência especial e temporal, soberanos perante a ordem internacional e dotados de eficácia.

Kelsen rechaça a visão dualista por dois motivos principais: o primeiro em razão da Teoria da Estrutura Escalonada do Direito; e o segundo leva em conta a malograda tentativa de legitimação do Estado por algo exterior.

Uma das grandes inovações do campo jurídico é a Teoria da Estrutura Escalonada das Normas jurídicas. Essa teoria foi primeiramente elaborada por Adolf Julius Merkl, e aprimorada por Kelsen, tendo forte influência não apenas na estrutura da Teoria Pura do Direito, mas no direito como um todo. Não cabe aqui aprofundar sobre o tema, pois envolve um estudo bastante criterioso. Entretanto, é fundamental saber que antes não se concebia um direito com níveis hierárquicos, em que uma norma possuía fundamento em outra de nível hierarquicamente superior. A partir da introdução desse conceito Kelsen concebe o controle de Constitucionalidade Concentrado das Leis, ou seja, a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de uma norma hierarquicamente inferior perante um tribunal superior.

É com essa inovação no mundo do direito que se torna possível pensar em uma mesma ordem jurídica com diferentes associações humanas que exercem a coação, sem que essa ordem perca a unidade. Como Kelsen afirma “a falta de penetração na construção escalonada do Direito impediu também o reconhecimento de que, nos diferentes escalões de uma e mesma ordem jurídica, podem ter diferentes formas de produção jurídica” (KELSEN, 2009, p 314). Ou seja, que as normas jurídicas gerais e individuais se relacionam numa estrutura, sem que isso promova uma acepção dualista de Estado. Afinal, as em um escalonamento, as normas de escalão inferior, como decretos administrativos, dependem de normais gerais superiores que delegam poder, por exemplo.

Outro ponto importante, guarda relação com o princípio metodológico kelseniano, e a malograda tentativa de justificar o Estado por outro ideal de direito ou pelo próprio direito. O princípio metodológico adotado por Kelsen é livrar o direito de toda ciência, concepção e ideologia que lhe é estranho, em nome da objetividade científica. No que diz respeito ao Estado, a abolição da

teoria dualista afasta a Ideologia de Legitimação, que é a tentativa de legitimar o Estado por um ideal de justiça, e, portanto, um juízo de valor político que guarda estreita relação com a moral: “o que é justo para um, pode não ser justo para outro”. Dessa forma, ausente de um critério substancial. Inclusive, essa armadilha de se justificar o direito por ideais já foi responsável por episódios terríveis de violação de direitos humanos na história da civilização, é com isso em mente que Kelsen afasta o dualismo entre estado e direito:

A teoria tradicional do direito e do estado não pode renunciar a essa teoria, a esse dualismo entre direito e estado que nela se manifesta. Pois ele desempenha uma função ideológica extremamente importante, que não pode, de modo algum, ser superestimada. O estado deve ser representado como uma pessoa diversa do direito, para que o direito possa justificar o estado, que cria esse direito e se submete a ele. E o direito só pode justificar o estado se ele possuir uma natureza essencialmente distinta: ordem que se contrapõe ao poder e, assim, que é pressuposta determinado sentido como correto ou justa. (KELSEN, 2021, p. 104)

É importante ressaltar que Kelsen não afasta o dualismo por acreditar ser impossível justificar o estado pelo direito, mas antes porque essa não é a tarefa de uma ciência do direito, uma vez que justificar algo significa atribuir valor. O valor é sempre relativo, principalmente quando este é imposto por um grupo dominante. E qualquer alternativa que tente legitimá-lo dessa maneira é, na verdade, uma tentativa de fortalecer uma autoridade.

#### **4 A política e considerações finais**

Conforme visto anteriormente a política é a intenção de direcionar e influenciar uma associação política, ou seja, influenciar os rumos do Estado. Com isso em mente, a hipótese que defendemos é que ao afastar o dualismo defendido pela perspectiva sociológica de Estado abre-se caminho para a política. Isso de fato é coerente com a teoria kelseniana.

Não cabe ao jurista justificar o Estado pelo direito, tampouco concebê-los apartados, como se um pudesse fornecer subsídios para uma ordem estatal. Qualquer tentativa nesse sentido significaria eleger valores ideais e atribuí-los ao Estado. O que é ideal guarda relação estrita com a moralidade. E, assim, foge de critérios objetivos que podem ser aplicados a todos, seja em forma de coerção, ou como garantia de um direito subjetivo evocado por um sujeito.

Kant define o Princípio Universal do Direito como “correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.” (KANT, 2013 p. 36). É a proposição de que o arbítrio de um não deve interferir externamente com o arbítrio do outro. Essa formulação leva em conta o pressuposto filosófico da liberdade enquanto autonomia, ou seja, liberdade autoimposta.

Somente é livre, nos moldes kantianos, a sociedade que participa na elaboração das leis e delas comunga.

Para que haja política, e sobretudo, discussão política, é preciso liberdade. Essa liberdade encontra fundamento numa ordem jurídica em que todos ali presentes estão sujeitos à mesma lei que acordaram, e, portanto, vinculante. Uma concepção de estado dualista sugere a tensão normativa entre as diversas associações humanas, cada uma com sua aparatos coativos, que disputariam entre si a legitimidade de subjugar os demais. Isso não significa que não há dentro de um Estado tensões políticas entre os grupos que o compõe, mas que o elemento constitutivo desse mesmo Estado só pode ser essa ordem jurídica. Daí a afirmação de Kelsen (2009) em que o único elo possível entre diferentes indivíduos de grupos étnicos distintos, ou classes sociais opostas que ocupam um mesmo território é, senão, o de pertencer a uma mesma ordem jurídica.

Numa perspectiva monista, o Estado é a ordem jurídica, que sob uma estrutura escalonada vincula a todos, e garante aos membros sujeitos a essa estrutura acionar o aparato de coerção estatal para que seja garantido o cumprimento da lei. É essa garantia que impede o surgimento de uma Ideologia de Legitimação que subtraia para si a faculdade de justificar o Estado por outro direito, hipoteticamente considerado mais justo. Nesse sentido, a democracia moderna capta essa essência, pois:

Seu princípio é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanas fundamentais. É através do respeito a esses direitos que as minorais são protegidas contra o domínio arbitrário das maiorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão. Consequentemente, a vontade do Estado, isto é, o conteúdo da ordem jurídica pode ser o resultado de uma conciliação. Pelo fato de assegurar a paz interna, esse tipo de governo é preferido pelo tipo de caráter não-agressivo e amante da paz. (KELSEN, 2000, p. 184)

E nesse sentido, é importante destacar o caráter racionalista da democracia em função de afastar a ingerência ideológica de um governo autocrata:

O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem-organizado. (...) A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica. A autocracia, por outro lado, despreza essa racionalização do poder. Evita, o mais que pode, qualquer determinação dos atos do Estado, especialmente a dos atos de um governante autocrático, por normas gerais preestabelecidas que possam implicar uma restrição de seu poder discricionário.

Por fim, é possível notar dessa união entre ordem normativa e estado que surge a racionalização do poder, instituído como norma que impede que uma maioria subjugue uma minoria. E que possibilita ao mais vulnerável o acesso igualitário ao Estado, por mais essa situação ainda não se manifeste materialmente, há no mínimo um plano ideal formalmente estabelecido pelas normas. O Brasil, por exemplo, é um estado rico em culturas e práticas populares, e unido por uma mesma ordem jurídica. Daí a ideia de que ao afastar o dualismo proposto é rechaçar o estado como poder autônomo e ameaça autoritária. No plano da realização dos Direitos Humanos, por exemplo, se mostra possível sua realização em um estado com uma ordem jurídica definida e estabelecida democraticamente por aqueles que a instituíram de forma a escapar da autocracia e abrir caminhos para Democracia enquanto discussão política. É preciso resgatar a discussão política.

## Referências

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013. 319 p

KELSEN, H. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Xviii

WEBER, Max. **A política como vocação**. Brasília: Ed. UnB, 2003. 110 p.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol. 1. Brasília: Ed. UnB, 2000. 422p.

# CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: O ABANDONO GEMELAR GUARANI SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

**Tainá Viana**

Acadêmica do curso de Direito e aluna de iniciação científica vinculada ao Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq), na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra em 2019/1. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6045561713811888>>.

## **Resumo:**

Trata-se do abandono de gêmeares nas comunidades Guarani no Brasil e do enquadramento legal desse ato no Direito Penal brasileiro sob a perspectiva da teoria do delito e dos fatores antropológicos, culturais, humanitários e sociais relacionados a tal prática. Ante a proteção internacional e constitucional dos direitos humanos, faz-se essencial uma análise jurídica profunda dessa prática cultural milenar nas comunidades Guarani frente à compreensão interna do ilícito e do enquadramento do ato como erro de proibição ou à luz da teoria *cultural defense*, sob pena do Estado agir em desconformidade com as proteções e garantias constitucionais e internacionais conferidas aos povos indígenas, o que justifica a escolha do tema. No entanto, a conclusão da pesquisa está em aberto, pois um dos objetivos alcançados foi a demonstração de que o abandono gemelar pela comunidade Guarani pode ser considerado como um crime culturalmente motivado através da aplicação de causas supralegais de exclusão da ilicitude consubstanciadas na teoria multiculturalista *cultural defense*, na busca pela aplicação prática de tais diretrizes teóricas na atuação do Estado diante de casos concretos, a fim de se alcançar uma adequada prestação de justiça aos grupos minoritários no Brasil.

**Palavras-chave:** Crimes culturalmente motivados; Direitos Humanos; Excludente de ilicitude; Índios guarani; Multiculturalismo

## **1 Introdução**

O abandono de gêmeares entre as comunidades Guarani é um evento relevante ao direito em suas várias perspectivas. Por um lado, há o desafio de lidar com a questão da imputação do ato de abandonar um menor dentro de uma esfera cultural e social como uma prática costumeira e aceitável. Por ou-

tro, tem-se o tratamento jurídico dispensado ao menor abandonado, na qualidade de sujeito de direito presumidamente vulnerável, e o necessário amparo estatal através de acolhimento institucional e psicológico.

Ocorre que, para a comunidade indígena, a semelhança dos corpos é narrada como fato extraordinário. No entendimento Guarani, duas pessoas do mesmo sexo que nascem da mesma gestação possuem poucas chances de sobreviver. E quando são de sexos diferentes e sobrevivem, o fato de uma delas gerar um filho com deficiência pode indicar que a gemelaridade está relacionada às causas de deficiências e, portanto, deve a criança ser excluída daquela sociedade.

A partir da perspectiva dos Direitos Humanos e da análise das teorias do delito, bem como da esfera do multiculturalismo, para esse tipo específico de ato na cultura indígena com reflexos no direito estatal, buscar-se-á uma classificação para o ato praticado e o seu reconhecimento como crime culturalmente motivado. Portanto, partir-se-á de uma perspectiva sócio-multicultural para tratar do abandono de gemelares no sistema jurídico brasileiro, buscando alternativas teóricas e práticas para o enquadramento dessa prática indígena ante o direito estatal dominante, sendo respeitadas suas peculiaridades.

Ainda, buscar-se-á cumprir o objetivo específico de demonstrar a possibilidade da prática de abandono gemelar pelos indígenas Guarani ser considerada um crime culturalmente motivado. E, assim, a esse ato ser então aplicada uma excludente de ilicitude em decorrência do reconhecimento do fator cultural, que é prevacente ao fator da consciência de ilícito, pelos praticantes dessa cultura milenar.

Já como objetivo geral desse estudo, tem-se a pretensão de contribuir para a análise antropológica, cultural, ética e social do tema, expondo a perspectiva singular de alguns atos praticados por indígenas, visto que muitos possuem um fator cultural por trás. Assim, necessária é a análise do seio comunitário para garantir ao nativo acusado de abandono um julgamento adequado e justo, em procedimento especial, com respeito aos seus direitos humanos constitucionalmente assegurados.

Desse modo, considerando a dificuldade de aferição dos elementos antropológicos, psicológicos e sociais, necessária ao enquadramento de tal ato como uma excludente de ilicitude, resta incerta a forma de julgamento desses casos atualmente. Diante disso, essenciais são o estudo das condições da ação penal e dos elementos multiculturais e supralegais, como excludentes de ilicitude, a serem ventilados, bem como de uma solução para o problema social de tal prática costumeira, garantindo a defesa dos direitos constitucionais adquiridos pelos povos indígenas ao longo do tempo. Motivos que ensejaram a escolha do presente tema.

Os métodos de pesquisa a serem utilizados serão o hipotético-dedutivo, na busca de expor hipóteses de soluções ao problema em análise a partir da classificação da teoria do delito e da esfera do multiculturalismo, bem como se baseando nos direitos humanos e em causas supralegais de exclusão de ilicitu-



de para esse tipo específico de ato na cultura indígena com reflexos no direito estatal dominante, e também uma solução social para o gemelar desamparado; e o histórico-dedutivo, visto que se pretende discorrer, brevemente, sobre o avanço dos direitos indígenas ao longo do tempo.

Desta maneira, o presente trabalho de pesquisa pretende analisar, através da metodologia apontada, as diretrizes a serem adotadas pelo poder Estatal para uma melhor prestação de justiça a determinados grupos ante suas especificidades e diante do caso concreto.

## 2 Da análise contextual do tema

A gradativa globalização fez com que os povos ao redor do planeta realizassem um constante movimento migratório resultante na mistura e conflito de culturas e ideais. Através da imersão cultural ocorrida, pôde-se observar que toda cultura compreende um todo lógico e coeso em si, o que contraria a compreensão da existência de leis universais que sejam capazes de nos conduzir à evolução gradativa das culturas na existência humana. Tal concepção antropológica foi denominada como *relativismo cultural* (CUCHE, 1999).

Importante se faz, para o entendimento do presente estudo, a concepção acerca da expressão diversidade cultural que, basicamente, é definida por Ávila (2018) como “[...] a coexistência dentro de um mesmo espaço geográfico de grupos sociais com características culturais que diferem entre si”. A expressão da autora diz respeito a aspectos que representam diferentes culturas em interação, de uma forma particularizada, considerando a existência de indivíduos que integram certos grupos com peculiaridades étnicas, culturais, linguísticas e religiosas de forma que se destoam quanto à comunidade majoritária a qual estão inseridos. Com isso, entende-se que os agentes formadores desta diversidade são coletivos, estão em grupos sociais e formam minorias, não se tratando de indivíduos singulares (ÁVILA, 2018).

No que tange a questão mais específica, cabe apresentar o disposto no livro *Diálogos com os Guaranis* (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016), que traz de forma conceitual o abandono de gemelares na cultura Guaraní. Nele as autoras explicitam que para a comunidade, tanto entre os grupos *Mbya*, quanto entre os *Nhandeva*, os desdobramentos em função de uma gestação de gêmeos começam desde cedo (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016). E assim sendo, as nativas gestantes implementam, inclusive, dietas alimentares e as restrições envolvidas nos processos de produção de corpos já visando evitar o nascimento de crianças com deficiência e/ou gêmeas (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016).

As autoras também trazem algumas explicações da narrativa sobre *Pa’i Rete Kuaray*, conhecida como mito dos gêmeos (SILVEIRA; MELO; JESUS, 2016). Nessa senda, Léon Cadogan escreve sobre relatos Guaraní que percebem o nascimento de gêmeos como resultado de uma união que desagrada os deuses (CADOGAN, 1946). Explica o antropólogo que “[...] as crianças gêmeas nasceriam portadoras de espíritos malignos e nenhuma mulher em idade

fértil as poderia tocar, ver ou ouvir o choro dessas crianças” (CADOGAN, 1946). Com isso, denota-se que ainda hoje é comum entre os Guarani práticas culturais destinadas a prevenção do nascimento de gêmeos, sendo que se trata de uma tradição milenar, o que torna esse fato um grande desafio a comunidade e ao Estado, pois para eles isso é uma ameaça às gerações futuras.

Para Cunha Filho (2002):

Direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Villares (2013): “[...] é sabido que os indígenas não se organizavam, nem se organizam, da mesma forma que a sociedade brasileira ‘civilizada’, sob o julgo das leis e normas positivadas pelo ordenamento macro”. Portanto, “[...] o direito como fenômeno social organizacional é uma construção da Idade Moderna ocidental”, dessa forma, falar em direito indígena é impor um modelo de organização alheio aos sistemas jurídicos de cada povo indígena (VILLARES, 2013).

De acordo com a autora Manuela da Cunha:

As comunidades indígenas são aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, se consideram distintas da sociedade nacional. E índio é quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por ela reconhecido (CUNHA, 1987).

Ademais, cada povo indígena e até mesmo cada tribo, comunidade ou aldeia possui um sistema normativo próprio, que rege sua organização social, para Villares (2013) “[...] aqui num conceito conglobante da palavra social, a abranger as relações familiares e pessoais, o poder político, a economia, costumes, línguas, crenças, ocupação territorial”, enfim, tudo que é relacionado ao seio de uma comunidade indígena e a qualifica como tal.

Portanto, isso acaba por refletir também na esfera legislativa, pois:

[...] uma vez que, sendo o Direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão da vida, sob pena de inconstitucionalidade e carência de eficácia em função da subversão dos valores que orientam a consciência coletiva (PEREIRA, [2021?]).

Conforme expõe Wucher (2000), certas minorias, que são consideradas *by will*, “exigem, além de não serem discriminados, a adoção de medidas especiais as quais permitam-lhes a preservação de suas características coletivas – culturais, religiosas ou linguísticas [...]”, pois não querem ser assimiladas às sociedades em que vivem. Contudo, é exigido pela sociedade dominante que “[...] os indígenas do século XXI vivam da mesma maneira que viviam quan-

do da invasão europeia no final do século XV” para que sigam sendo considerados nativos, porém, isso seria o mesmo que exigir que os *brancos* também sigam falando, vestindo-se e se alimentando nos dias atuais como no “período da chegada das caravelas ao que chamam de Novo Mundo” (BEZERRA, 2018). Com isso, percebe-se que no Brasil, está-se diante desta espécie de minoria quanto se trata do pleito indígena na luta para o reconhecimento social e jurídico das suas tradições, o que precisa ser definitivamente superado pelo entendimento multiculturalista consubstanciada na análise antropológica e social do povo nativo. Veja-se.

### 3. Da visão antropológica e sociológica

O estudo antropológico é um meio poderoso capaz de apontar as questões socioculturais referentes a qualquer assunto indígena. Pois, nas disputas judiciais que envolvem os *elementos da cultura indígena*, deverá, de forma obrigatória, ser utilizada a pesquisa antropológica para amparar qualquer decisão. Neste sentido encontra-se o posicionamento de Clavero (1994), para o autor, “[...] os problemas envolvendo direitos indígenas, individuais e coletivos, no âmbito de uma cultura constitucionalista, só podem ser resolvidos através de uma análise antropológica”. São suas palavras: “*Sigue siendo la antropología quien nos aclara estas cosas*” (CLAVERO, 1994). E, no mesmo sentido Aracy Lopes da Silva: “[...] a antropologia é a única disciplina plenamente capacitada para a apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina” (SILVA, 1994).

Ocorre que a diferença entre o sistema cultural e seu entorno, entre meio e ambiente, é uma diferença que interage, absorve e filtra os outros sistemas com os quais se comunica, mas mantém sua autonomia. Para Teubner (2016), na base do sistema indígena estaria uma observação do direito como plural (pluralismo jurídico), de forma que os Guarani têm sua própria normalização (convenções sociais, conhecimentos e práticas próprias) que não são funcionalmente diferenciadas. Assim, o uso dos conceitos do direito estatal funcionalmente diferenciado aqui causa problemas desintegrativos na comunidade nativa.

Pois, o favorecimento à diversidade cultural não ocorre só por meio da superação da discriminação, mas também através do reconhecimento do respeito à identidade de grupo, assim como da viabilização de um conjunto de ações que sejam efetivas e aptas para gerar a manutenção e o livre desenvolvimento de agrupamentos culturais minoritários, através da concessão de direitos que são particulares, isto é, por meio da atribuição de direitos fundamentais próprios a tais coletividades que são desprezadas pelo Estado (MIRANDA, 2019).

Contudo, sabe-se que antigamente o critério de integração e aculturação indígena importava em dois aspectos: no campo de aplicação do di-

reito penal, pois os indígenas isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes numa aplicação do conceito de inimputabilidade; e em relação à tutela, em razão da qual seriam também os indígenas isolados e os em via de integração assistidos em certos casos pelos órgãos indigenistas federais (VILLARES, 2013). No entanto, segundo bem expõe Villares (2013), felizmente, a interpretação após as normas previstas no Estatuto do Índio, na Constituição Federal de 1988 e na Convenção 169 da OIT levam a outro caminho para a solução de questões adversas (BRASIL, 1973; 1988; 2004). Com isso, adentrar-se-á no multiculturalismo em si, seus nuances e suas proposições.

#### 4. Do multiculturalismo

A definição de multiculturalidade pode se dar através do que diz Costa e Werle (2000), que seria então a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento da pluralidade de valores e da diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado democrático de direito, mediante o reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das necessidades particulares desses enquanto membros de grupos culturais específicos. E, portanto, como compila Cunha Filho (2018), “[...] a preocupação do multiculturalismo não é com o conjunto de direitos culturais em si, mas com um em específico em termos de identificação, porém genérico quanto a sua abrangência: o direito à diversidade”.

Ademais, conforme expõem Hommerding e Angelin (2013):

Em sociedades complexas e multiculturais, a cidadania torna-se eclética se reduzida à acepção nacionalista, a uma identidade cultural única. Hoje, mais do que ontem, o mundo é regido pelo princípio da pluralidade de valores. As sociedades que compõem os Estados Constitucionais, sem perder suas características de nação, estão reconhecendo o conjunto de suas identidades, fato esse que fazem suas sociedades democráticas. Desse quadro plural e diversificado surgem, na sua complexidade, as novas demandas políticas e sociais solicitando reconhecimento institucional da rede das identidades étnicas e culturais, que demandam cidadania paritária na interação social.

Assim, denota-se que o sistema que marca e identifica a diversidade cultural acaba por se rearticular, se reelaborar e é capaz de se capacitar para lidar com relações e diálogos multiculturais. Assim entende Brah (2006): “[...] questões de identidade estão intimamente ligadas a questões de experiência, subjetividade e relações sociais. Identidades são inscritas através de experiências culturalmente construídas em relações sociais”. Desta forma, não se pretende a construção de um sujeito nativo estanque que fique paralisado pelo passado e não possa reelaborar sua identidade de acordo com as mutações sociais que acontecem ao seu redor. No entanto, estamos diante de um sistema cuja moldura constitucional passada é no sentido de: ocupação tradicional é a fonte

que conduz a obrigatoriedade do Estado de delimitar e demarcar áreas indígenas. Diz Brah (2006) que “[...] as identidades são marcadas pela multiplicidade de posições de sujeito que constituem o sujeito. Portanto, a identidade não é fixa nem singular; ela é uma multiplicidade relacional em constante mudança”.

Diante disso, sabe-se que o sistema jurídico brasileiro tende, historicamente e culturalmente, a impor uma política de incorporação às minorias, nem que seja de forma pejorativa e discriminatória, em relação à cultura social majoritária, tida como comum. Por este motivo, é identificável ao nosso ordenamento e a nossa sociedade o modelo assimilacionista-igualitário. No entanto, por se entender que esse modelo deve ser superado pelo modelo *cultural defense* e, ao caso em tela, serem aplicadas as causas supraleais de excludente de ilicitude, tais como o fator cultural/pluriétnico.

Dessa forma, o modelo assimilacionista, é aquele que se caracteriza, substancialmente, pela indiferença diante do fenômeno cultural, pois não se posiciona com neutralidade cultural na construção do Direito Penal e assim sendo busca a incorporação ou assimilação de indivíduos de culturas que são distintas e específicas às suas próprias peculiaridades jurídico-culturais majoritárias e comuns (MULAS, 2018). Esse modelo se divide nas subcategorias assimilacionista-igualitário e assimilacionista-discriminatório, sendo a primeira mais palpável no sistema brasileiro.

Por sua vez, o modelo intitulado de multiculturalista, pauta-se na valorização da diversidade cultural, e subdividi-se em multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*, sendo este último o modelo sugerido para aplicação nos casos de conflito cultural envolvendo indígenas no Brasil. Pois, o modelo multicultural forte ou *cultural defense* se caracteriza pela abertura à diversidade cultural, baseando-se em categorias autônomas de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal, tais como as causas supraleais, como é o caso da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; MAGLIE, 2017). Portanto, adentrar-se-á na compreensão do abandono gemelar como um crime culturalmente motivado.

## **5. A prática de abandono gemelar como um crime culturalmente motivado**

No tocante à abordagem penal do tema, deve-se, de pronto, serem explanados os conceitos de crimes culturalmente motivados para melhor compreensão do assunto.

De acordo com Van Broeck (2001), crimes culturalmente motivados são:

Um acto de un miembro de una cultura minoritaria que es considerado un delito por el sistema juridico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro del grupo cultural del delincuente, perdonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido em uma situação dada (*cultural offenses*).

Já no conceito de Maglie (2017), os crimes culturalmente motivados podem ser identificados como:

Um comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário, que vem a ser considerado como delito pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo comportamento, na cultura do grupo de pertença do agente, é, por outro lado, aceito como normal ou aprovado ou, em determinadas situações, é até mesmo imposto.

Diante de tais caracterizações iniciais, é possível se extrair o entendimento de que as tradições, usos e práticas culturais têm influência nas decisões e ações individuais. E se assim for, isso significa que a motivação cultural configura o sentido interno da ação, constituindo um fator explicativo da sua prática e, por isso, um aspecto relevante na apreciação da responsabilidade criminal do agente (DIAS, 2015).

Desta forma, a compreensão de que existem crimes culturalmente motivados é pensada sob a ótica da convivência harmônica dentro de uma sociedade multicultural que deve buscar restringir ao máximo a punição de costumes culturais. Tais práticas se baseiam no multiculturalismo que dispõe a Magna Carta e, por isso, devem ser respeitadas e aceitas, “[...] pois nenhuma cultura deve ser julgada com o parâmetro exclusivo de outra, que se autoconsidere ideal, ou melhor” (MARTINS, 2017; BRASIL, 1988). Ainda, segundo Martins (2017), “[...] a motivação cultural configura o sentido interno da ação, constituindo um fator explicativo da sua prática e, por isso, um aspecto relevante na apreciação da responsabilidade criminal do agente”.

Isso porque para a aferição do fato culturalmente motivado é necessário um processo composto por três fases distintas e sobrepostas entre si, quais sejam: fases do motivo cultural, da coincidência de reação e do confronto entre culturas, ocasião em que se concluirá pela existência ou não de um fato culturalmente motivado (MAGLIE, 2017).

Assim, apesar de válida e aplicável em alguns casos que envolvam nativos, quanto a hipótese de erro de proibição (ZAFFARONI, 2019), entende-se que esse pode cair no equívoco de considerar o agente praticante do ato considerado *criminoso* como uma pessoa com a capacidade cognitiva reduzida, como um incapaz, voltando-se à antiga e ultrapassada ideia de que seria necessária nesses casos a verificação do grau de integração do indígena ao contexto social pátrio. Porém, o que se busca aqui é justamente o oposto disso. Não se quer falar em grau de integração ou incapacidade, mas sim na consciência plena por parte do agente sobre o ato que está a ser praticado, ou seja, ele sabe bem que o abandono de gemelar pode vir a ser considerado como crime pelo Direito Penal deste país, mas a tradição e a cultura milenar da aldeia Guarani se sobressaem, a tal classificação teórica de ilícito, fazendo com que o nativo não possa praticar uma conduta diversa daquela que seus semelhantes praticariam na mesma situação ou contexto que ele.

Por isso, pretende-se que o abandono gemelar, pela comunidade Guaraní, seja enquadrado como um crime culturalmente motivado, através das causas supralegais de ilicitude, consubstanciado na teoria multiculturalista *cultural defense*, pois esse modelo abre o sistema jurídico para hipóteses de categorias autônomas de exclusão de ilicitude baseadas na diversidade cultural.

## 6. Conclusão

O presente artigo buscou contribuir academicamente para o debate e o desenvolvimento de algumas das tantas soluções possíveis às problemáticas etnoculturais indígenas, como grupo cultural minoritário. Bem como visou auxiliar, de forma prática e útil, aqueles que buscam soluções jurídicas e sociais legítimas para a questão dos crimes culturalmente motivados que envolvem sujeitos nativos no Brasil.

Assim, um dos objetivos alcançados nessa monografia foi a demonstração de que o abandono gemelar pela comunidade Guaraní pode ser enquadrado como um crime culturalmente motivado, através das causas supralegais de ilicitude, consubstanciado na teoria multiculturalista *cultural defense*, pois esse modelo abre o sistema jurídico para hipóteses de categorias autônomas de exclusão de ilicitude baseadas na diversidade cultural. Isso porque se entendeu que o modelo assimilacionista igualitário de direito é uma visão colonial, segregadora e preconceituosa. Pois, tal modelo busca a horizontalidade da identidade cultural, carregando desta forma um histórico de violações e preconceitos advindos do uso do Direito como ferramenta de fomento para a convivência pacífica entre os desiguais em busca do alcance à homogeneização social. Entretanto, a partir da Constituição Federal de 1988, não devem mais ter espaço em nossa sociedade esses tipos de entendimentos. Ademais, os crimes culturalmente motivados são justamente aqueles em que a cultura fomenta o agir do indivíduo, direcionando-o ao cometimento de atos considerados ilícitos perante certas sociedades que possuem valores culturais distintos daqueles aos quais os agentes culturais pertencem, resultando exatamente na situação do abandono gemelar pelos Guaraní frente ao Estado brasileiro.

## Referências

ÁVILA, Fátima Cisneros. **Derecho penal y diversidad cultural**. Valência: Tirant lo Blanch, 2018.

BECKHAUSEN, Marcelo. Diversidade cultural e processo penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 62, p. 145-170, nov. 2008/abr. 2009. Disponível em: [http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/revista\\_do\\_mprs/1970\\_em\\_diante/n62/27988.pdf](http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/revista_do_mprs/1970_em_diante/n62/27988.pdf). Acesso em: 30 jul. 2020.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Direitos dos povos indígenas como direitos à multiplicidade ontológica: um exame baseado nas demandas dos Tupinambá. **Po-lifonia: Revista Internacional Academia Paulista de Direito**, São Paulo, n. 1, p. 89-

107, out. 2018. Disponível em: <https://apd.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Academia-Revista-Polifonia-N1-22092018-pag-89-107.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. Diferenças em jogo. Cadernos Pagu. **Revista Semestral do Núcleo de Estudos de Gênero, Pagu**. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP. jan/jun. 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria AGU nº 839, 18 de julho de 2010**. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Normas%20da%20AGU%20pareceres.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 354-355.

BRASIL. **Resolução nº 287, de 25 de julho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_287\\_25062019\\_08072019182402.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf). Acesso em: 30 jul.

BROECK, Jeoren Van. Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). v. 9, **EUR. J. CRIME, CRIM. L. & CRIM. JUST.** 1, 5, jan. 2001. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/249570103\\_Cultural\\_Defence\\_and\\_Culturally\\_Motivated\\_Crimes\\_Cultural\\_Offences/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/249570103_Cultural_Defence_and_Culturally_Motivated_Crimes_Cultural_Offences/citation/download). Acesso em: 30 jul. 2020.

CADOGAN, Léon. Las tradiciones religiosas de los Mbya-guarani del Guaira. **Revista de la Sociedade Científica del Paraguay**, Asunción, v. 2, n. 1, 1946.

COSTA, Sérgio; WERLE, Denílson Luís. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitários e as relações raciais no Brasil. *In*: SCHERER WARREN, Ilse et al. **Cidadania e multiculturalismo**: a teoria social no Brasil contemporâneo. Lisboa: Editora da UFSC; Socius, 2000.

CUCHE, Denis. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru, SP: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais**: fundamentos e finalidades. São Paulo: Edições Sesc, 2018.



- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria e prática da gestão cultural**. Fortaleza, CE: Editora UNIFOR, 2002.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 25, p. 95-108, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-06-ASD-crimes-culturalmente-motivados.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- DIAS, Augusto Silva. **Crimes Culturalmente Motivados: O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas**. Lisboa: Almedina, 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito**. 1. ed. v. 5. Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2013.
- MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, Charles Emil Machado. A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p. 35-84, jan. 2017/abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/156/23>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MULAS, Nieves Sanz. **Delitos culturalmente motivados**. Valência: Editora Tirant ló Blanch, 2018.
- NAÇÕES UNIDAS. UNIC (2008). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**: promulgada em 13 de setembro de 2007. Brasil: Nações Unidas Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO\\_INDIGENISTA/Legislacao-Fundamental/ONU-13-09-2007.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Legislacao-Fundamental/ONU-13-09-2007.pdf). Acesso em: 07 set. 2020.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico**. [S. l.: s. n., 2021?]. Disponível em: [http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA\\_DMDB\\_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 maio 2021.
- SILVA, Aracy Lopes da. **Há antropologia nos laudos antropológicos? A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis, SC: ABA; CPI/SP; UFSC, 1994.
- SILVEIRA, Nádia Heusi; MELO, Clarissa Rocha de; JESUS, Suzana Cavalheiro de. **Diálogo com os Guaranis**. Florianópolis, SC: UFSC, 2016.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VIANA, Tainá; BECKHAUSEN, Marcelo. Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* (org). **Direitos fundamentais em processo**: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: ESMPU, 2020. p. 706-721. *E-book*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em: 27 nov. 2020.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

WUCHER, Gabi. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

# DESCONSTRUINDO TRADIÇÕES INVENTADAS NOS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO (DA FILOSOFIA) DOS DIREITOS HUMANOS: SUBSÍDIOS PARA UMA VIRAGEM PEDAGÓGICA

**Miguel da Miguel Régio de Almeida**

Professor Adjunto Convidado na Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria. Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador integrado no Instituto Jurídico-Portugalense, polo de Leiria<sup>1</sup>

## **Resumo:**

Conscientes da eficácia poética do Direito e com um fito pedagógico, visamos contribuir para a revisão dos *mythoi* subjacentes à jurisprudência dos Direitos Humanos. Partimos do problema de os textos hegemónicos sobre estes Direitos assentarem num discurso de fundamentação linear e eurocêntrico, reproduzindo uma narrativa que faz descender aqueles Direitos do Jusnaturalismo ou dos *Droits de l'Homme*. Tal orientação cimeta uma mitologia errónea e prejudicial, alimentando um orientalismo jurídico que urge ser revertido, pois circunscreve o potencial do significante «Direitos Humanos» a um horizonte individualista, proprietarista, neocolonial e ocidentalista. Apostando numa metodologia que privilegia uma contra-narrativa dos Eventos fundacionais, a presente investigação traz à evidência a mitificação de que esta área é alvo e justifica a hermenêutica progressista sobre o significado hodierno dos Direitos Humanos, redefinidos por contra-condutas anticoloniais, antirracistas e anticapitalistas.

**Palavras-chave:** Pensamento jurídico crítico; Mitologia jurídica; Imaginário jurídico; Eventos fundacionais; *History from Below*.

## **1. Considerações iniciais**

Partindo da descrição telegráfica de parte da nossa pesquisa na área da Filosofia dos Direitos Humanos,<sup>2</sup> o propósito deste texto é o de contribuir

1 Este trabalho enquadra-se no âmbito das atividades de investigação do polo de Leiria do Instituto Jurídico Portugalense (IJP-IPLeiria), na base do apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia com a ref. UIDB/04112/2020.

2 Investigação de âmbito doutoral, inicialmente financiada pela Fundação para a Ciência e

para a viragem pedagógica necessária àquela seara.<sup>3</sup> A preocupação foi simples e prende-se com o parágrafo que mormente inicia a maioria dos textos sobre Direitos Humanos, no qual se estabelece uma quadratura genealógica e jusfilosófica. Quase que de modo ritualístico, seguindo-se uma «tradição inventada», os textos de orientação hegemónica principiam com um pequeno parágrafo que determina taxativamente um elo linear entre esta área e o seu momento constituinte na Declaração Universal, de 1948, com outros Eventos e documentos tidos como predecessores: impreterivelmente mencionando as Revoluções e Declarações Norte-Americana e Francesa; por vezes retroagindo até à Idade Média e elencando os contributos da II Escolástica e/ou da *Magna Charta*; ou até mesmo recuando à Antiguidade Clássica, repescando o Direito Romano para tais propósitos. Com efeitos retroactivos, enlaçam-se *mythoi* num processo de «jurisgênese» (Cover 2002) discutível.

O buslís é que, com tal quadratura, estabelece-se um *continuum* acrítico e anistórico: ao meramente se mencionar certos Eventos e textos, fomenta-se o memoricídio do seu contexto, intenções e efeitos *de jure* e *de facto*, condicionando-se a genealogia e os significados de um ramo jurídico que originalmente se visionou inédito. Tal *summa* ortodoxa limita o «imaginário jurídico» (Ost 2004) subjacente aos Direitos Humanos, tanto que ainda são vistos maioritariamente num sentido individualista, proprietarista, ocidentalista e neoliberal. Já as interpretações contra-hegemónicas dos Direitos Humanos, que têm florido pujantemente desde há cerca de duas décadas, assentam num imaginário assaz diferente, moldado desde logo por uma perspectivação daqueloutros Eventos e textos numa óptica não-eurocêntrica e pós-colonial, favorecedora de reivindicações colectivas e de Justiça Social, evidenciando a existência de um indubitável «pluriverso» hodierno (Santos, Martins 2019). E assim se nota a polissemia das «visões» (Lauren 2011) e da «Babel» doutrinal (Quinteiro 2016): diferentes significados são atribuídos ao mesmo Significante, reduzindo ou ampliando o potencial radical desta seara jurídica recente. Seja no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou na Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja num Parlamento conservador ou nas praças públicas ocupadas pelo *démos* indignado – para não mencionar a “litigância” nos foros

---

a Tecnologia com a ref. SFRH/BD/108061/20.

3 Importa esclarecer quanto antes que esta questão pedagógica (e, portanto, a própria investigação que aqui se sumaria) é quiçá mais relevante para a educação/formação jurídica portuguesa em comparação com a ministrada noutros países. Em linha com o conservadorismo secular lusitano, meio século de clericofascismo moldou de modo notável um entendimento ideologicamente neutral do ordenamento jurídico (Cruzeiro 2019: 214-260, 311-163), apartando-se a Política do Direito, conquanto os seus agentes fossem caracteristicamente os mesmos. Tal foi justificador *inter alia* de investimentos colonialistas tardios (e.g. Ribeiro 1960) e de um tragicamente vergonhoso patriarcado jurídico, que apenas em tempos recentes tem vindo a ser desconstruído (e.g. Beleza 2010 e Ventura 2018). Tal hegemonia levou a que por exemplo os académicos portugueses mais «críticos» do Direito fossem incitados a emigrar (por todos, Santos 1995) e que o estudo jusfilosófico dominante continue mui distante de abordagens heterodoxas (e.g. Gaudêncio 2013), como a que aqui se ensaia.

acadêmicos –, diferentes imaginários sobre a ideia de Direitos Humanos estão frequentemente em colisão, inviabilizando qualquer consenso sobre a sua origem, História, natureza jurídica e devir judicial.

A minha intenção resume-se assim a um fito pedagógico, de modo a esmiuçar os postulados de compreensão das interpretações convencional e dissidente dos Direitos Humanos, para que se torne mais fácil contrapor o imaginário jurídico contra-hegemónico ao hegemónico. Tanto o aspirante a jurista como o jurista de profissão devem viver conscientes do potencial simultaneamente regulador e emancipador que marca os Direitos Humanos. Deveras, o Direito tem uma eficácia poética, «cria a própria realidade com que opera», para citar António Manuel Hespanha (2003: 72). Ora, esta eficácia criadora parte dos limites ou significados impressos no imaginário e horizontes que fundam (a montante) e orientam (a jusante) o Direito, moldando o papel que um projecto como o dos Direitos Humanos pode ter. Dessarte cimenta-se uma «mitologia jurídica moderna», para avocar Paolo Grossi (2001) e Peter Fitzpatrick (1992; 2001), que urge desconstruir, em linha com a *critical legal education* (por todos, Kennedy 2004). Epitomando, este fito pedagógico visa a desconstrução de algumas das tradições inventadas, mitologias e eurocentrismo que ainda assombram os Direitos Humanos, histórica e jusfilosoficamente. Ao enfraquecer a narrativa ortodoxa, procuramos realçar e legitimar as interpretações mais progressistas, afins do seu potencial emancipatório e justificadoras das contra-condutas de resistência contra o colonialismo, o racismo e o capitalismo, que há muito se realizam sob a égide dos Direitos Humanos (e.g. Rajagopal 2003, Ife 2009).

Metodologicamente, e até dadas as inclinações aqui assumidas pelos *Critical Legal Studies*, são de notar a presença de interlocutores exógenos ao discurso jurídico: filosoficamente, têm particular destaque os contributos de Ernst Bloch (2000; 2006-2007; 2011) e Michel Foucault (1984; 2003; 2006; 2007; 2008; 2009); historicamente, temos priorizado – indo além do horizonte de *longue durée* da *École des Annales* – a óptica da *History from Below*, e assim Eric Hobsbawm (2013a; 2013b; 2013c; 2014); Howard Zinn (2005; 1991), Vijay Prashad (2007), Eric Hazan (2017) e Raquel Varela (2018), *inter alios*. No que concerne aos referentes endógenos aos estudos jurídicos, e existindo então uma proximidade matricial com os *Critical Legal Studies*, julgamos que há um conjunto de correntes revisionistas indispensáveis a mobilizar. Reportamo-nos ao *New Stream of International Law*, na senda de Martti Koskeniemi (2010; 2011; 2014); às *Third World Approaches to International Law*, em linha com Antony Anghie (2004) e Upendra Baxi (2009; 2012); e às Teorias Decoloniais, de pendor epistemológico, como cunhado por Walter Dignolo (1998; 2011; 2012) e José-Manuel Barreto (2013; 2014, 2018). Sendo ainda de assumir a manifesta influência jusfilosófica do *crit* mais estudioso dos Direitos Humanos, Costas Douzinas (2000; 2007; 2013; 2017; 2019; Douzinas, Gearey 2005; Gearty, Douzinas 2012; Douzinas, Gearty 2014), não podemos deixar de assinalar que esta ênfase na desconstrução e desmitificação deste imaginário jurí-

dico está em consonância com estudos recentes mais focados num revisionismo da História do Direito, como Bartolomé Clavero (2014) e Samuel Moyn (2012; 2014; 2015; 2018), ou das próprias Relações Internacionais (e.g. Purity, Ferreira 2021). Deveras, é pertinente mencionar a questão fulcral de, na área das Humanidades – da qual o Direito é filho, independentemente da sua “cientificação” –, nem sempre ser fácil (ou sequer recomendável) dissociar campos epistémicos, em particular nos interstícios da Filosofia e da História, como iconicamente relevou Susan Buck-Morss (2000; 2009).

## 2. A viragem pedagógica

Foquemo-nos doravante na viragem pedagógica a devir. Julgamos que o passo introdutório é o de evitar o erro sério e mui frequente da confusão polissémica que é tomar em termos sinónimos o Direito Natural, os Direitos do Homem e os Direitos Humanos, obnubilando-se a índole díspar destas diferentes searas. Ao referir-se-lhes em termos indiferenciados, cria-se então um elo de continuidade entre todos, conduzindo-se ao referido entendimento de que os Direitos Humanos hodiernos são o fruto necessário e imediato das experiências passadas, reconstruídas retrospectivamente para dar sentido a esta grande narrativa. Ora, pelo contrário: os Direitos Humanos são resultado de rupturas e descontinuidades, tendo-se afirmado com o seu significado vigente apenas desde meados da década de 1970, radical e especialmente reinterpretados pelos Movimentos anticoloniais e pelos Direitos Cívicos de igualdade racial e de género.

Historiograficamente, pensamos que o primeiro problema a inquinar o imaginário jurídico é a mitificação que associa os Direitos Humanos à Antiguidade e ao Direito Romanos (e.g. Bauman 2012). Inserir nesta quadratura a cidadania romana reduz *ab initio* o potencial dos Direitos Humanos ao seu significado minimalista e individualista de direitos políticos e de protecção contra tratamentos qualificados como inumanos. Implica também esquecer que a cidadania romana apenas relevava devido à diferença ontológica e jurídica que existia para com o Outro que é conquistado, escravizado ou apropriado: o estrangeiro, o escravo, a mulher. Não existia um horizonte jurídico fora de Roma; não existia *Ius Gentium* sem a subjugação a Roma; não existia cidadania sem escravatura. Se se quiser chamar à colação a Antiguidade Romana, então há que assinalar a profunda dependência material das cidades para com as áreas rurais, bem como a posição-chave que os escravos tiveram na sociedade romana, como há muito G.E.M. de Ste. Croix (1981) espelhou. Daí que sintomaticamente a História hegemónica de Roma tenha tentado fazer esquecer as três Guerras Servis (séc. II-I a.C.), quando aqueles como Espártaco traumatizaram o ordenamento social e jurídico do império.

Todavia, tal precedente cronológico pode ser secundarizado. Veramente, cogitamos que o ponto de partida narrativo deve ser a génese do Direito Internacional. Mas não a dos Direitos das Nações Europeias de Hugo Grócio –

ao invés, o *Ius Publicum Europaeum* nasceu com a legalização do Encontro Colonial e da conquista do “Novo” Mundo, a partir de 1492. Dois anos depois, o Tratado de Tordesilhas foi assinado entre os Reinos de Portugal e Castilha, sob a égide do Vaticano. Positivou-se uma raia global que determinou a liberdade de conquistar o “Novo” Mundo, sendo que a tarefa teórica de garantir a sua legitimidade recaiu sobre a Escola Peninsular do Direito Natural (também conhecida como II Escolástica). Foi sob a mitologia jurídica da narrativa evangélica e a adaptação instrumental do *ius belli* que se deu a conquista de *terra nullius* e a escravização dos Ameríndios, desenvolvendo-se o que os Portugueses já faziam em África desde 1444. Destarte, não se podem tecer encómios a Francisco de Vitoria (1483-1546) ou a Francisco Suárez (1548-1617), *inter alia*, sem ignorar a sua responsabilidade intelectual na legitimação dos morticínios ameríndios. Nem olvidar, em reacção, o activismo revolucionário jusnaturalista de Bartolomé de Las Casas (c.1474-1566), *primus inter pares*.

Deveras, quando é reconhecida a importância desta Escola, é por regra para meramente elogiar Francisco de Vitoria, mencionando como o famoso teólogo de Salamanca escreveu e leccionou sobre os direitos e deveres dos Ameríndios, urdindo a base para o moderno *Ius Gentium*. Todavia, basta efectivamente ler o *De Indis* (Vitoria 1975) para saber que estas releituras são sobre as condições legais para lhes fazer a guerra justa, legitimando *a posteriori* as Conquistas já em curso. Outras vezes, os jus-publicistas também reconhecem o trabalho do mais famoso neoescolástico – e influência assumida de Hugo Grócio –, Francisco Suárez, o «Mestre da Escola de Coimbra». É certo que, no seu *De Legibus*, Suárez (1944) adensou diversas conceptualizações conducentes à secularização do Direito Internacional. Mas, como defensor paladino do absolutismo católico da União Ibérica, ele não só defendeu o enquadramento belicista legal das Conquistas, como inclusive vazou de significado prático a teorização do direito de resistência monarcómaco. É por isso que, nesta sequência, opinamos que é muito mais proveito estudar o Encontro Colonial através dos trabalhos do missionário dominicano, historiador e activista Bartolomé de las Casas, também pertencente a esta Escola. É que ele não defendeu apenas os direitos dos Ameríndios no Debate cerimonial de Valladolid, mas exerceu também influência directa em seu nome junto da Coroa e do Papado, tendo publicado o primeiro – e mais famoso – registo histórico sobre o lado inatamente violento das Conquistas (Casas 2004). Quicá ainda mais interessante, conquanto defendendo a legalidade do processo e o seu propósito evangélico, tenha sido o facto de no final da sua vida ter reconhecido publicamente que os Ameríndios tinham o direito de resistir aos conquistadores, de acordo com as leis civis e o direito natural.

De todo o modo, a genealogia dos Direitos Humanos comumente principia com as Revoluções Norte-Americana e Francesa. A contextualização histórica torna esta opção questionável. No tocante à Declaração de Independência, esta pouco teve que ver com a felicidade universal dos homens daquelas 13 colónias. Pelo contrário, adveio da proibição britânica de expan-

dir a conquista para Oeste e da insustentabilidade do monopólio colonial discriminatório que a Coroa exercia. Esta é uma História de resistência legal contra a administração colonial, recheada de petições e manifestações pacíficas, por melhores condições de vida para aqueles cidadãos britânicos de segunda classe, como Pauline Maier (1974; 1999) há muito esmiuçou. Mas foi a Coroa que forçou a luta anticolonial, na qual a Declaração de Independência era requisito legal. Neste sentido, não há dúvida que esta Declaração é inigualável, dando seguimento prático às teorizações de William Blackstone (1723-1780 – cf. Blackstone 1897) e Emer de Vattel (1714-1767 – cf. Vattel 1758). Todavia, basta ir-se além do primeiro parágrafo daquele texto para se ler a afirmação racista contra os Ameríndios e vislumbrar o plano de adensar a conquista para Oeste, baseada no genocídio e na escravatura. Em suma: advogamos por mais Thomas Paine (1737-1809), o icónico revolucionário internacional e agitador incontornável no Evento norte-americano (Paine 2008a), e por menos Thomas Jefferson (1743-1826), o redactor mitificado.

Quanto à primeira Declaração Francesa, ao leccioná-la há que relevar que esta instituíra a base legal para uma monarquia constitucional, sendo que apenas os erros da Coroa e o falhanço dos complôs da aristocracia internacional é que a tornaram o prelúdio da república revolucionária (Paine 2008b). Ademais, a Declaração foi escrita tendo em mente exclusivamente uma nova figura política, o cidadão *bourgeois*: um homem, branco, cristão e rico. Não obstante quem protagonizou a Revolução tenham sido as e os camponeses, artesãos e pequenos comerciantes (famélicos literalmente a lutar por pão), as suas reivindicações apenas foram tidas em consideração durante o brevíssimo Governo Jacobino (1793-1794). Tanto que o documento jurídico que verdadeiramente sucedeu à Declaração foi o Código Civil napoleónico, *bourgeois tout court*. Em suma: recomendamos menos filósofos iluministas ou o reacionarismo clássico de Edmund Burke (1729-1797), e mais Olympe de Gouges (1748-1793), que apresentou a revolucionária *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* em 1791 (Gouges 2010) e Karl Marx (1818-1883), que primeiramente desconstruiu o ideário egoísta e elitista burguês dos textos jurídicos fundacionais da Revolução logo em 1844 (Marx 1989). Tanto que nenhum dos famosos *philosophes* se interessou pela libertação imediata dos escravos negros ou pela independência colonial.

Deveras, há um lado obscuro no Iluminismo e na Revolução Francesa, como provam os silêncios ortodoxos filosófico e jurídico sobre a questão da escravatura e o *Code Noir*, tal-qualmente foi realçado por Louis Sala-Molins (2006; 2012). Não se deve leccionar a «Era das Revoluções» sem atentar no «Atlântico Negro» (Gilroy 1999), desde logo na Revolução do Haiti e a sua Declaração de 1804. É que, como inovadoramente relatou C.L.R. James (2001), antes de os Jacobinos Negros terem reivindicado esta parte da ilha de *Saint-Domingue* dos colonizadores escravocratas franceses, renomeando -a Haiti, ela fora apelidada de *Hispaniola* – a primeira ilha colonizada pelos Conquistadores. E não foram os revolucionários franceses que manumitiram



os seus escravos em 1794 – eles próprios haviam-se emancipado dois anos antes, imortalizando Toussaint L'Ouverture (1743-1803) como o “Espártaco Negro”. Esta foi a única grande revolta de escravos bem-sucedida na História, bem como uma revolução anticolonial, com um profundo impacto global. O Acto de Independência do Haiti foi literalmente uma ilocução: nomeou e trouxe à evidência que os prévios sub-humanos, os escravos negros reificados, seriam a partir daí sujeitos activos, cidadãos por seu próprio direito e natureza, num novo país soberano (Gaffield 2016).

*Mutatis mutandis*, esta pré-História dos Direitos Humanos é necessária no estudo da Declaração Universal, em 1948, de modo a ir além do seu esboço *iter* de redacção (Morsink 1999). É injustificável continuar a expor esta como a resposta directa à tragédia do Nazismo, como é costume na narrativa ortodoxa. Falar de Fascismo sem o relacionar com o capitalismo vintecentista torna impossível compreender porque é que o propósito de tantos membros fundadores da ONU foi o de emular a ordem colonial do pré-guerra, nem perceber quão radicalmente a Declaração foi reinterpretada após 1948. É mais fácil discernir o *télos* original da ONU a partir da *mission civilisatrice* subjacente à «Pilhagem» de África e do Médio-Oriente, com a Conferência de Berlim de 1884-85. Bem como avaliar as consequências da competição capitalista por recursos que monopolizou as racionalidades estaduais dos impérios europeus, desencadeando a Grande Guerra. Visto que nenhum problema estrutural fora resolvido com a Sociedade das Nações e que a competição da «Era dos Impérios» aumentara, uma nova Guerra Mundial era expectável, como a planificação da nova ordem mundial evidenciou.

Foi nesta sequência que a reinterpretação radical do potencial dos Direitos Humanos foi efectuada por grupos actuando aquém e além da ONU, invertendo o silêncio ensurdecedor com que a Declaração fora então acolhida. Por exemplo, recentemente evidenciou-se quão influente foi *e.g.* a estadunidense *National Association for the Advancement of Colored People* para a afirmação dos Direitos Humanos na Carta da ONU e para a promoção da Declaração, enlaçando as reivindicações raciais nos EUA com as lutas internacionais pela libertação colonial (Anderson 2003; 2015). E também já se publicou bastante sobre como os Movimentos anticoloniais reinterpretaram a Declaração e promoveram os Direitos Humanos com um sentido radicalmente igualitário no palco da própria ONU (Burke 2010; Jensen 2016), moldando-se o activismo futuro que se tornaria marca-de-água destes Direitos – e cujo pilar foi a Conferência de Bandung de 1955 (Eslava, Fakhri, Nesiah 2017).

### 3. Considerações finais

Concluindo, cogitamos que para desconstruir a mitologia jurídica moderna basta fornecer o contexto histórico dos diversos Eventos. E advogamos que *de iure condito* o seu ensino carece de revisão tempestiva – como Hannah Arendt (1995) realçou, o discurso académico tem uma responsabilidade públi-

ca acrescida, em consequência do seu reconhecimento mais qualificado. Uma pedagogia esclarecedora do Passado, contrariando as tradições inventadas ortodoxas, é a primeira etapa para imaginar e desenvolver juridicamente Futuros alternativos, para escaparmos ao Presente distópico. Até para que, após a rejeição como *Ius Publicum Europaeum* neocolonial, os Direitos Humanos sejam mais do que um bloqueio «Princípio da Esperança Pós-Moderno», mas um vero *ius totius orbi* ecoante de uma consciência jurídica popular global.

Não obstante as inclinações mais ou menos hegemónicas do pedagogo, «não se pode ser neutro num comboio em movimento», como iconicamente cunhou Howard Zinn. Refazer o currículo e rever o imaginário da Filosofia dos Direitos Humanos, é, à maneira chomskyana (Chomsky 1967; 2016), também uma «responsabilidade dos intelectuais» do Direito.

## Referências

ANDERSON, Carol. **Eyes Off the Prize. The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955.** USA: Cambridge University Press, 2003.

ANDERSON, Carol. **Bourgeois Radicals. The NAACP and the Struggle for Colonial Liberation, 1941-1960.** USA: Cambridge University Press, 2015.

ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law.** USA: Cambridge University Press, 2004.

ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política.** Lisboa: Relógio D'Água, 1995 [1967].

BARRETO, José-Manuel. «Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History», in José-Manuel Barreto (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law.* UK: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171.

BARRETO, José-Manuel. «A Universal History of Infamy. Human Rights, Eurocentrism, and Modernity as Crisis», in P. Singh, B. Mayer (eds.), *Critical International Law. Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism.* India: Oxford University Press, 2014, p. 143-166.

BARRETO, José-Manuel. «Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights», *Asian Journal of Social Science*, 46 (2018), p. 484-502.

BAUMAN, Richard A. **Human Rights in Ancient Rome.** USA: Routledge, 2012.

BAXI, Upendra. **Human Rights in a Posthuman World. Critical Essays.** India: Oxford University Press, 2009.

BAXI, Upendra. **The Future of Human Rights.** 3.<sup>a</sup> Ed. India: Oxford University Press, 2012 [2002].

BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito das Mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de género.** Coimbra: Almedina, 2010.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England, in One Volume.** Saint Paul: West Publishing, 1897 [1765-1769].

- BLOCH, Ernst. **The Spirit of Utopia**. USA: Stanford University Press, 2000 [1918].
- BLOCH, Ernst. **El Principio Esperanza**. Vols.1-3. Madrid: Editorial Trotta, 2006-2007 [1959].
- BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidad humana**. Madrid: Dykinson, 2011 [1961].
- BUCK-MORSS, Susan. «Hegel and Haiti», *Critical Inquiry*, 26/4 (2000), p. 821-865.
- BUCK-MORSS, Susan. **Hegel, Haiti, and Universal History**. USA: University of Pittsburgh Press, 2009.
- BURKE, Roland. **Decolonization and the Evolution of International Human Rights**. USA: University of Pennsylvania Press, 2010.
- CASAS, Bartolomé de las. **A Short Account of the Destruction of the Indies**. UK: Penguin Books, 2004 [1552].
- CHOMSKY, Noam. «The Responsibility of Intellectuals», *The New York Review of Books*, 23.02.1967. Disponível in <<http://www.nybooks.com/articles/1967/02/23/a-special-supplement-the-responsibility-of-intelle/>> (acedido em 25.05.2016).
- CHOMSKY, Noam. **Quem governa o Mundo?** Lisboa: Editorial Presença, 2016.
- CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- COVER, Robert. **Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial**. España: Editorial Gedisa, 2002.
- CROIX, G. E. M. de Ste. **The Class Struggle in the Ancient Greek World: From the Archaic Age to the Arab Conquests**. UK: Cornell University Press, 1981.
- CRUZEIRO, Celso. **Direito e justiça: em busca de um novo paradigma**. Coimbra: Almedina, 2019.
- DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights. Critical legal thought at the turn of the century**. UK: Hart Publishing, 2000.
- DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism**. UK: Routledge-Cavendish, 2007.
- DOUZINAS, Costas. **Philosophy and Resistance in the Crisis: Greece and the Future of Europe**. USA: Polity Press, 2013.
- DOUZINAS, Costas. **Syriza in Power. Reflections of an Accidental Politician**. UK: Polity Press, 2017.
- DOUZINAS, Costas. **The Radical Philosophy of Rights**. UK: Routledge, 2019.
- DOUZINAS, Costas; GEAREY, Adam. **Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice**. UK: Hart Publishing, 2005.
- DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor (eds.). **The Meanings of Rights: The**

- Philosophy and Social Theory of Human Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki (eds.). **Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures.** USA: Cambridge University Press, 2017.
- FITZPATRICK, Peter. **The Mythology of Modern Law.** UK: Routledge, 1992.
- FITZPATRICK, Peter. **Modernism and the Grounds of Law.** USA: Cambridge University Press, 2001.
- FOUCAULT, Michel. «What Is Enlightenment?», in Paul Rabinow (ed.), *The Foucault Reader.* USA: Pantheon Books, 1984, p. 32-50.
- FOUCAULT, Michel. **Society Must Be Defended – Lectures at the Collège de France 1975-76.** New York: Picador, 2003.
- FOUCAULT, Michel. «Confronting Governments: Human Rights», in Noam Chomsky, Michel Foucault, *The Chomsky-Foucault Debate. On Human Nature.* USA: The New Press, 2006, p. 211-213.
- FOUCAULT, Michel. «What is Critique?», in Sylvère Lotringer (ed.), *The Politics of Truth.* USA: Semiotext(e), 2007, p. 41-81.
- FOUCAULT, Michel. **The Birth of Biopolitics – Lectures at the Collège de France 1978-1979.** UK: Palgrave Macmillan, 2008
- FOUCAULT, Michel. **Security, Territory, Population – Lectures at the Collège de France 1977-1978.** UK: Palgrave Macmillan, 2009.
- GAFFIELD, Julia (ed.). **The Haitian Declaration of Independence. Creation, Context, and Legacy.** USA: University of Virginia Press, 2016.
- GAUDÊNCIO, Ana Simões. **Entre o centro e a periferia. A perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e a da decisão judicial no *critical legal studies movement.*** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (eds.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- GILROY, Paul. **The Black Atlantic. Modernity and Double Consciousness.** UK: Verso, 1999.
- GOUGES, Olympe de. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã.** Funchal: Nova Delphi, 2010 [1791].
- GROSSI, Paolo. **Mitologie giuriche della modernità.** Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- HAZAN, Eric. **A People's History of the French Revolution.** UK: Verso, 2017.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio.** 3.<sup>a</sup> Ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 2003.
- HOBBSAWM, Eric. **The Age of Revolution. 1789-1848.** UK: Abacus, 2013a.
- HOBBSAWM, Eric. **The Age of Empire. 1875-1914.** UK: Abacus, 2013b.

- HOBBSAWM Eric. **The Age of Extremes. The Short Twentieth Century, 1914-1991.** UK: Abacus, 2013c.
- HOBBSAWM, Eric. **The Age of Capital. 1848-1875.** UK: Abacus, 2014.
- IFE, Jim. **Human Rights from Below. Achieving rights through development community.** USA: Cambridge University Press, 2009.
- JAMES, C. L. R. **The Black Jacobins. Toussaint L'Ouverture and the San Domingo Revolution.** UK: Penguin, 2001 [1938].
- JENSEN, Steven L. B. **The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values.** UK: Cambridge University Press, 2016.
- KENNEDY, Duncan. **Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic against the System (A Critical Edition).** USA: New York University Press, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martti. «Colonization of the «indies». The origin of International Law?», in Yolanda G. Chopo (coord.), *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI (Estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas)*. Cambridge: Institución Fernando el Católico, 2010, p. 43-63.
- KOSKENNIEMI, Martti. «Empire and International Law: The Real Spanish Contribution», *University of Toronto Law Journal*, 61/1 (2011), p. 1-36.
- KOSKENNIEMI, Martti. «Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law», *Rechtsgeschichte Legal History*, 22 (2014), p. 119-138.
- LAUREN, Paul Gordon. **The Evolution of International Human Rights: Visions Seen.** 3<sup>rd</sup> edn. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.
- MAIER, Pauline. **From Resistance to Revolution. Colonial radicals and the development of American opposition to Britain, 1765-1776.** USA: Vintage Books, 1974.
- MAIER, Pauline. **American Scripture. How America Declared its Independence from Britain.** UK: Pimlico, 1999.
- MARX, Karl. «A Questão Judaica», in *Manuscritos Económico-Filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 33-73 [1844].
- MIGNOLO, Walter D. **The Darker Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality, and Colonization.** USA: The University of Michigan Press, 1998.
- MIGNOLO, Walter D. **The Darker Side of Western Modernity. Global Futures, Decolonial Options.** USA: Duke University Press, 2011.
- MIGNOLO, Walter D. **Local Histories, Global Designs. Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking.** USA: Princeton University Press, 2012 [2000].
- MORSINK, Johannes. **The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent.** USA: University of Pennsylvania Press, 1999.

- MOYN, Samuel. **The Last Utopia: Human Rights in History**. USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- MOYN, Samuel. **Human Rights and the Uses of History**. USA: Verso, 2014.
- MOYN, Samuel. **Christian Human Rights**. USA: University of Pennsylvania Press, 2015.
- MOYN, Samuel. **Not Enough. Human Rights in an Unequal World**. USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- OST, François. **Raconter la Loi. Aux sources de l'imaginaire juridique**. Paris: Odile Jacob, 2004.
- PAINE, Thomas. **Common Sense**, in *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*. UK: Oxford University Press, 2008a, p. 1-59 [1776].
- PAINE, Thomas. **Rights of Man**, in *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*. UK: Oxford University Press, 2008b, p. 83-331 [1791-1792].
- PRASHAD, Vijay. **The Darker Nations: A People's History of the Third World**. USA: The New Press, 2007.
- PUREZA, José Manuel; FERREIRA, Marcos Farias (org.). **Emancipar o Mundo: Teoria Crítica e Relações Internacionais**, Coimbra: CES-Almedina, 2021.
- QUINTEIRO, Maria Esther. «El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la Torre de Babel», in M. Ballesteros, A. Ramírez, P. Rodríguez (dir.), *Pasado y Presente de los derechos humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Catarata, 2016, p. 41-59.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance**. USA: Cambridge University Press, 2003.
- RIBEIRO, Luís. **Administração e Direito Colonial**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1960.
- SALA-MOLINS, Louis. **Dark Side of the Light. Slavery and the French Enlightenment**. USA: University of Minnesota Press, 2006.
- SALA-MOLINS, Louis. **Le Code Noir ou le calvaire de Canaan**. Paris: Presses Universitaires de France & Quadrige Grands Textes, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**. New York: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena. **O pluralismo dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. Lisboa: Edições 70, 2019.
- SUÁREZ, Francisco. **Selections from Three Works of Francisco Suárez, S. J. De Legibus, ac Deo Legislatore, 1612. Defensio Fidei Catholicae, et Apostolicae Adversus Anglicanae Sectae Errores, 1613. De Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe, et Charitate, 1621**. Vol. II. Oxford: Clarendon Press, 1944.
- VARELA, Raquel. **Breve História da Europa – da Grande Guerra aos nossos**

**dias**. Lisboa: Bertrand, 2018.

VATTEL, Emmer de. **Le Droit des Gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduit & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres, 1758.

VENTURA, Isabel. **Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História da Violação Sexual**. Lisboa: Tinta-da-china, 2018.

VITORIA, Francisco. **Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra**. Madrid: Espasa-Calpe, 1975 [1557].

ZINN, Howard. **A People's History of the United States**. USA: Harper Perennial, 2005.

ZINN, Howard. **Declarations of Independence. Cross-Examining American Ideology**. USA: Harper Perennial, 1991.

# DIREITO À FELICIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

**Karen Mello Schivitz**

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae - Coimbra, Psicóloga da Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul, Advogada

## **Resumo:**

A Felicidade tem sido tema nos mais diversos campos de estudo. Na Filosofia é tema recorrente desde os filósofos clássicos. Adentrando no contexto histórico/jurídico, a Felicidade é encontrada na Declaração de Independência Americana e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o termo felicidade/bem-estar adentra definitivamente nos Direitos Humanos. Neste sentido, o termo é encontrado em uma pesquisa aleatória, em 05 Instrumentos Internacionais como Pactos, Convenções e Declarações das Nações Unidas. Na Agenda 2030, o comando é encontrado no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3- saúde e bem-estar. Concluindo, verificou-se que o Direito à Felicidade apresenta relevante importância nos instrumentos de proteção de Direitos Humanos, sendo encontrado em vários documentos internacionais. Constatou-se também, que o bem-estar objetivo é interdependente do bem-estar subjetivo, considerando as Nações Unidas o comando bem-estar em sua amplitude.

**Palavras-chave:** Direito à felicidade; Direitos Humanos; Bem-estar, Felicidade.

## **Introdução**

A Felicidade é uma aspiração universal que acompanha a trajetória da humanidade. Seu estudo, reflexão e aprofundamento começou pela Filosofia, perpassando vários outros saberes e encontrando respaldo também no campo do Direito.

No campo histórico, jurídico e político, apareceu pela primeira vez na “Declaração de Independência Americana”, tornando-se um dos direitos inalienáveis de todos os homens, a partir do termo “busca da felicidade”.



Na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, da Revolução Francesa de 1789, a felicidade surge no conceito de “felicidade comum”.

Em 1948, com a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, a felicidade toma uma nova feição, a partir da terminologia “bem-estar”, adentrando no Direito Internacional e dos Direitos Humanos.

Neste sentido, este trabalho propõe-se a analisar a trajetória do Direito à Felicidade na perspectiva dos Direitos Humanos, iniciando pelas reflexões da Filosofia no que tange ao comando, passando pelas Declarações Americana, Francesa e Universal, sua presença em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a experiência butanesa da Felicidade Interna Bruta, culminando com sua presença na Agenda 2030 das Nações Unidas.

## **A filosofia e a felicidade**

Para aprofundar-se sobre a felicidade é mister o estudo da Filosofia, campo onde autores como Tales de Mileto, Epicuro, Sócrates, Platão, Aristóteles e outros, se aprofundaram exaustivamente.

Introduzindo o tema e fazendo uma viagem filosófica, Tales de Mileto (7 A.C), Pré-Socrático, na Grécia antiga, definia a felicidade como: “É feliz quem tem corpo são e forte, boa sorte e alma bem formada”, ou seja, o físico saudável, aliado ao intelecto e o espírito equilibrado definiam o ser feliz (LEITE, 2021).

A felicidade em grego, significava eudaimonia, onde eu = bom, daimonia = demônio, logo, bom demônio (DE MOL, 2018). Desta forma, a boa sorte da pessoa e o ser feliz, designavam ter um bom demônio.

Com Sócrates, a felicidade passou a ser tratada como “bem supremo”, sendo determinada como definição de vida boa. Neste sentido, a vida boa é a mais feliz e virtuosa, colocando uma clara divisão entre prazeres virtuosos e prazeres vulgares. Dos virtuosos entende-se a prática de filosofar, sendo os vulgares o prazer da comida e do sexo. Então, colocava a reflexão como elemento intrínseco da felicidade: “uma vida não examinada, não vale a pena ser vivida” (LENOIR, 2013).

Para Platão, o conceito de felicidade se aproximava de Sócrates, estruturando-a na disciplina e na harmonia. A harmonia da personalidade seria um dos portais da felicidade, sendo feliz aquele que conseguisse harmonizar sua personalidade, com controle e unidade. Em “A República” expõe que a felicidade é descobrir o que é a legítima virtude e praticá-la, diferenciando a felicidade coletiva da individual (PLATÃO, 2021).

Aristóteles, discípulo de Platão, ao escrever o livro “Ética a Nicômano”, escreve uma das obras mais completas sobre o tema felicidade, definindo-a como: “a felicidade é o único fim que almejamos sempre por si mesmo, e nunca por outro fim” (ARISTOTELES, 2006).

Neste sentido, Aristóteles coloca que a busca da felicidade, será também a busca do prazer, mas o segredo de uma vida feliz não se encontrará na

busca cega destes, nem em renunciar a eles, mas na sabedoria da procura do máximo prazer, com o máximo de razão. (AMORIN, SILVA & CARDOSO, 2012).

Para Epicuro, ateniense, criador da escola “O Jardim”, a vida humana realiza-se através da obtenção da felicidade, a partir da procura do prazer. Nesta caminhada, os pensamentos supersticiosos e os medos devem ser evitados. (BOSCH, 2001; LENOIR, 2013)

O filósofo colocava que é desnecessário desejar prazeres inacessíveis, com consequências nefastas, afirmando que se deve “moderar os desejos” e rejeitar os que não sejam naturais<sup>1</sup>(EPICURO, 2002).

Epicuro afirmava:

Quando então dizemos que o fim último é o prazer, não nos referimos aos prazeres dos intemperantes ou aos que consistem no gozo dos sentidos, como acreditam certas pessoas que ignoram o nosso pensamento, ou não concordam com ele, ou o interpretam erroneamente, mas ao prazer que é a ausência de sofrimentos físicos e de perturbações da alma (EPICURO, 2002, p. 43).

Outra escola filosófica, o Estoicismo, fundada no final do século IV A.C., teve como seus maiores expoente Zenão, Crísipo, Epiteto, Sêneca e Marco Aurélio.

Para os estóicos, segundo Bosch (2001) a “natureza” é um ser divino, completo e inteligente, que tem como finalidade o “bem”. O objetivo máximo da vida é a conquista da felicidade, que se realiza quando se vive em acordo com a natureza.

A virtude continuava como bem máximo e preponderante nesta escola, como dizia Sêneca: “Feliz é o homem para o qual não existe nem bem, nem mal e, sim apenas uma alma boa ou má que cultiva a honestidade; contenta-se com a virtude” (SÊNECA, 2020, p. 28).

## O utilitarismo

A teoria Utilitarista, a partir dos filósofos Jeromy Benthan e John Stuart Mil tem a felicidade como um dos seus pontos principais de estudo. Estes pensadores influenciaram fortemente o Direito à Felicidade.

Jeromy Bentham (1748-1832) foi o precursor da teoria política do Utilitarismo, com base no Iluminismo. Sua teoria tem como ponto focal o princípio da utilidade e o princípio da felicidade maior, havendo uma relação de interdependência entre ambos, ou seja, qualquer decisão, pública ou privada, deveria estar atrelada a felicidade de todos os envolvidos.

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova toda ação, seja qual for. Em acordo com esta tendência, aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em ques-

1 Desejos naturais- comer, beber, vestir-se.

tão ou, em outras palavras, promover ou opor essa felicidade (BENTHAM, 2010, p. 07)

Quanto à John Stuart Mill, ele é considerado como um dos principais filósofos ingleses do século XIX, por ser um defensor do Utilitarismo e da defesa dos Direitos das Mulheres, inspirado por sua esposa.<sup>2</sup>

Para Spagnolo (2019), Mill avançou sua visão do utilitarismo em relação à Bentham no sentido de colocar a utilidade como um princípio ético, através do empirismo e da qualificação dos prazeres, enquanto Bentham buscava sua quantificação.

Afirmava: “A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrificarem o seu próprio maior bem pelo bem de outros”, demonstrando a eterna luta entre prazer e dor (MILL, 2005, p. 57).<sup>3</sup>

Cabe destacar, que os pressupostos utilitaristas e seu entendimento de felicidade acabaram por influenciar a Declaração de Independência Americana e a Declaração dos Direitos do Homem Francesa, como veremos a seguir.

## A declaração de independência americana

A Revolução Americana foi um movimento marcado pela resistência, inconformismo e revolta contra o domínio britânico no final do século XVIII, no período Pós-Guerra dos Sete Anos<sup>4</sup>, que acabaram por eclodir na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e na sua respectiva Constituição em 1787.

Em 1774 as colônias americanas se reuniram no denominado Congresso Continental, que recomendou que as colônias criassem governos independentes, sendo a Virgínia, o ente mais poderoso de todos, o primeiro Estado a se declarar independente da Inglaterra, em 12 de janeiro de 1776 (COMPARTO, 2019).

O rompimento com a Inglaterra tornou-se eminente, ocorrendo a Declaração de Independência Americana em 04 de julho de 1776, com a redação de Thomas Jefferson, que expõe:

Todos os homens são criados iguais; eles são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos encontram-se a vida, a liberdade e a **busca da felicidade**. Os governos são estabelecidos pelos homens para garantir estes direitos, e seus legítimos poderes derivam do consentimento dos governados. Toda vez que uma forma de governo se torna destruidora desses princípios, o povo tem o direito de mudá-la, abolir ou estabelecer novo governo que se fundamente nos ditos princípios, e de organizar-se pela forma que lhes pareça mais apropriada e dar-lhes a segurança e a **felicidade**.

2 Foi um forte defensor do sufrágio feminino, mas não obteve êxito no parlamento para seu intento.

3 Moral sustentada pela autoeducação e controle das ações externas.

4 Guerra dos Sete Anos foi uma guerra travada entre Inglaterra e França pelo território Canadense, onde os franceses foram derrotados.

Quanto ao termo felicidade, depreende-se que este comando, além de ter vindo da influência da Declaração da Virgínia, também encontrou respaldo nos aprofundados estudos de Jefferson sobre filosofia Estóica e em especial Epicurista, segundo informa Ensinas (2020).<sup>5</sup>

Ainda sobre a felicidade, Leal (2017) destaca:

Quando Jefferson insere o direito à busca da felicidade na Declaração de Independência, ele deixa gravada sua visão segundo a qual o aparelho do Estado deve se empenhar em auxiliar os cidadãos na tarefa de obtenção de seus desejos (LEAL, 2017, p. 168).

## A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

No final do século XVIII, a França encontrava-se em um momento de turbulência, com grande descontentamento popular frente ao absolutismo dos Bourbons, forte crise financeira causada pelas guerras, a miséria do povo, cobrança exagerada de impostos, desigualdades sociais exacerbadas e privilégios à nobreza. O momento também era marcado pela propagação das ideias de filósofos como Locke, Montesquieu, Voltaire, Diderot, D'Alembert, Rousseau, Kant, bem como, pela forte influência da Declaração de Independência Americana e seus ideais democráticos (GORCZEWSKI, 2005).

Assim, foi delineado o caldeirão cultural e histórico que eclodiria na revolução francesa, e na tomada da Bastilha em 14 de julho de 1789. Período de 10 anos de lutas, até que se chegasse ao derradeiro 14 de julho.

Em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi promulgada pela Assembleia Nacional Francesa, que além de conter os princípios revolucionários de igualdade, liberdade e fraternidade, é composta por 17 artigos, definindo como direitos naturais e imprescritíveis a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, bem como, a igualdade perante a lei e a justiça e o princípio da separação dos poderes. Neste rol também está presente o direito à “felicidade comum” (LEFE-VBRE, 1989).

É o que diz o preâmbulo:

O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das **infelicidades** do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua **felicidade**, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão.

---

5 O Presidente Americano teve uma formação clássica desde tenra idade, estudando Estoicismo na juventude, seguido pelo interesse ao Epicurismo, sendo presidente da American Philosophical Society em 1797, época em que era vice-presidente americano.

Na sequência, no artigo Iº da Declaração, sob a proteção do Ser Supremo, surge a felicidade novamente: “O fim da sociedade é a **felicidade comum**. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis”.

Importante destacar, que neste artigo, encontram-se os ideais utilitaristas da felicidade maior, onde a felicidade coletiva toma corpo, sendo um fim a ser perseguido, dotado de um objetivo universalista, como diz Mill:

A utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer (MILL, 2000, p. 187).

## A felicidade e o bem-estar

Avançando no tempo, e chegando no século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, o termo Estado de *welfare state*/ bem-estar começou a aparecer na Inglaterra nos jornais, tomando terreno também no campo acadêmico.

Gomes (2006) assim define o termo:

A definição de *welfare state* pode ser compreendida como um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa “harmonia” entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida (GOMES, 2006, p. 02).

Portanto, na Inglaterra com o relatório *Beveridge Report - Seguro Social e seus Aliados*, de 1942, Churchill, instituiu medidas de reforma no sistema de bem-estar social, com o objetivo de combater os cinco maiores males da sociedade: a escassez, a doença, a ignorância, a miséria e a ociosidade. (Beveridge Report) Após a Inglaterra, o *welfare estate* assumiu diferentes estruturas e contornos, difundindo-se em diferentes nações do mundo.

Como refere Leal (2017), os direitos oriundos do *welfare state*, tiveram como objetivo fornecer materialmente o acesso aos direitos sociais dos cidadãos, como o direito à saúde, à educação, à moradia, à cultura, ao transporte público e à seguridade social, designando o bem-estar-objetivo. Além disso acrescenta: “O bem-estar objetivo invoca uma atuação puramente estatal(...) Dimensão tangível, objetiva, concreta do direito à felicidade” (LEAL, 2017, p. 301).

De outra banda, o outro lado do bem-estar objetivo, o bem-estar subjetivo (BES), para Albuquerque e Tróccoli (2004) compreende a dimensão subjetiva e abstrata do indivíduo, através da avaliação que ele faz de sua vida, em

relação à felicidade, satisfação com a vida, estado de espírito e afetos positivos<sup>6</sup>.

Desta forma, o bem-estar objetivo e o bem-estar subjetivo, interdependem um do outro e se inter-relacionam, assumindo o comando bem-estar uma significação análoga ao termo felicidade (HUTZ, 2014).

## A Declaração Universal dos Direitos do Homem

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, como uma norma comum a ser seguida por todas as nações.

Para Piovesan (2018), a Declaração trouxe uma visão moderna de Direitos Humanos, onde a universalidade e indivisibilidade destes direitos foi apresentada, passando a serem direitos internacionalmente anunciados. Desta forma, o campo do direito internacional dos Direitos Humanos passou a se desenvolver, a partir da perspectiva de tratados internacionais visando à proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, traz o comando bem-estar, como observa-se no artigo 25, 1º, da Declaração:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o **bem-estar**, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e ao direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

## Os instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos e a felicidade/bem-estar

Com o avançar da atuação das Nações Unidas, vários instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos foram elaborados, assumindo a forma de Convenções, Pactos, Cartas e Declarações. Neste aspecto, em um levantamento aleatório, verificou-se o comando felicidade ou bem-estar em uma série deles, como constata-se a seguir.

No sistema global de proteção dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), encontramos normas de alcance geral e de alcan-

6 O bem-estar subjetivo é uma abordagem da Psicologia que tem crescido muito nos últimos tempos, mais precisamente no movimento designado “Psicologia Positiva”. Este movimento coloca que a Psicologia não deve se ater somente ao estudo da doença e das perdas, mas sim nas forças e potencialidades humanas. Em 2002, Martin Seligman publicou o livro intitulado *Authentic Happiness*, onde relatava suas reflexões sobre a Psicologia Positiva e sua relação com a felicidade. Para o autor, a Psicologia Positiva teria três pilares. O primeiro seria o estudo da emoção positiva; o segundo, o estudo dos traços positivos, principalmente as forças e as virtudes, mas também as habilidades, e o terceiro, o estudo das instituições positivas, como a democracia, a família e a liberdade, que se ligam as virtudes e as emoções positivas.

ce especial. As normas de alcance geral têm como objetivo alcançar todos os indivíduos, genérica e abstratamente (GORCZEVKI, 2005).

Se enquadra neste aspecto, o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (PIDESC) de 1966. Nele, encontra-se na Parte II, artigo 4º, o termo bem-estar:

Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente 3 com o objetivo de favorecer o **bem-estar** geral em uma sociedade democrática.

As normas de alcance especial, tem em seu destino indivíduos ou grupos específicos, como mulheres, refugiados, crianças, etc.

Neste aspecto, encontramos a “Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher” (CEDAW), de 1979, que em seu preâmbulo coloca o bem-estar:

Relembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do **bem-estar** da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade.

Em outra norma de alcance especial, a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, de 1989, encontra-se em seu preâmbulo o comando:

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o **bem-estar** de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

E na mesma Convenção, encontramos o Direito à Felicidade:

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de **felicidade**, amor e compreensão.

E no artigo 3º, 2, novamente o termo bem-estar:

2. Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu **bem-estar**, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade,

tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Norma de alcance geral, a “Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento”, de 1986, apresenta o comando bem-estar, em seu preâmbulo, em dois momentos:

Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do **bem-estar** de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

Reafirmando que existe uma relação íntima entre desarmamento e desenvolvimento, que o progresso no campo do desarmamento promoveria consideravelmente o progresso no campo do desenvolvimento, e que os recursos liberados pelas medidas de desarmamento deveriam dedicar-se ao desenvolvimento econômico e social e ao **bem-estar** de todos os povos e, em particular, daqueles dos países em desenvolvimento;

Sendo o termo encontrado também no artigo 3º, §2:

Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do **bem-estar** de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

E, na “Declaração de Pequim”, de 1995, em seu art. 15º:

15. A igualdade de direitos, oportunidades e acesso aos recursos, a distribuição equitativa das responsabilidades familiares entre homens e mulheres e a harmônica associação entre eles são fundamentais para seu próprio **bem-estar** e de suas famílias, como também para a consolidação da democracia.

## O reino do Butão e a felicidade interna bruta

O Reino do Butão é um país situado no sul da Ásia, no extremo leste dos Himalaias. É um país com uma população de 784.030 (WIKIPÉDIA).

Na década de 1970, Sua Majestade Jigme Singye Wangchuck, o 4º Rei do Butão, assumiu o reinado ainda adolescente, com 16/17 anos. Neste período, mais precisamente em 1972, o Rei promulgou o conceito de “Felicidade Interna Bruta” (FIB) em seu país, em contraposição ao sistema de medição do “Produto Interno Bruto” (PIB)<sup>7</sup>, por considerar o PIB um método linear, unidimensional, limitado e reducionista, que não seria capaz de trazer felicidade e bem-estar à sociedade. Neste sentido, o FIB tornou-se um método de medição holística do desenvolvimento no Butão, avaliando-o no contexto

<sup>7</sup> Produto Interno Bruto (PIB) é o indicador da atividade econômica de um país.



material e espiritual seu povo (GNHCENTREBHUTAN).

Em 2012 o FIB foi tema de discussão da ONU, em um encontro de Alto Nível, ao passo que em 2013, a partir da influência butanesa, as Nações Unidas passaram a comemorar no dia 20 de março o dia Internacional da Felicidade, ressaltando a importância deste direito a partir da Resolução 66/281:

A Assembleia Geral,

Recordando a resolução 65/309, de 19 de julho de 2011, convida os Estados Membros a buscarem a elaboração de medidas adicionais que melhor capturem a importância da **busca da felicidade e bem-estar** no desenvolvimento, com o objetivo de orientar suas políticas públicas,

Conscientes de que a **busca da felicidade** é um **objetivo humano fundamental**,

Reconhecendo a relevância da **felicidade e do bem-estar** como objetivos universais e aspirações na vida dos seres humanos em todo o mundo e a importância de seu reconhecimento nos objetivos de políticas públicas,

Reconhecendo também a necessidade de um trabalho mais inclusivo, equitativo e equilibrado que aborde o crescimento econômico que promova o desenvolvimento sustentável, erradicação da pobreza, felicidade e bem-estar de todos os povos,

1-Decide proclamar 20 de março o Dia Internacional da Felicidade(...)  
(RESOLUÇÃO ONU, 66/281).

Neste contexto, Achim Steiner, “Administrador do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD), percebeu um alinhamento extraordinário entre os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU com os princípios do FIB (PALDEN, 2019).

## **A Agenda 2030 das Nações Unidas e o ODS 3 – saúde e bem-estar**

A Agenda 2030 é uma Declaração e um plano de ação universal da ONU, adotada por 193 países, com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que deverão ser alcançados até 2030, com 169 metas, sendo o desenvolvimento sustentável o seu principal núcleo. Todos os ODS são integrados e indivisíveis, globais por natureza e universalmente aplicáveis, levando em conta as diferentes realidades dos países membros. Os 17 ODS mesclam e trabalham com as dimensões: econômica, social e ambiental. (RESOLUÇÃO 70/1/ONU).

Quanto ao ODS 3- Saúde e Bem – Estar, este objetivo busca “assegurar uma vida saudável, promovendo o bem-estar para todos, em todas as idades” (Plataforma Agenda 2030).

Neste ODS há um alinhamento do bem-estar/felicidade com a área da saúde, tornando-se a promoção deste objetivo para a ONU essencial para o desenvolvimento das capacidades humanas. A resolução atesta que o bem-estar é considerado em sua amplitude, quando afirma que o “bem-estar físico,

mental e social sejam assegurados” (Resolução 72/279).

Constata-se que o ODS 3 encontra como histórico a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, que integrou o tema do ambiente com a promoção da saúde (BUSS, 2000).

Segundo o autor, a nova concepção de saúde é identificada com o bem-estar e a qualidade de vida<sup>8</sup>, deixando de ser um estado estático, biológico, para ser um estado socialmente produzido.

Neste contexto, afirma:

Proporcionar saúde significa, além de evitar doenças e prolongar a vida, assegurar meios e situações que ampliem a qualidade da vida “vivida”, ou seja, ampliem a capacidade de autonomia e o padrão de bem-estar.

Neste sentido, nesta ODS, a saúde torna-se o veículo facilitador da principal busca da existência humana, a Felicidade.

## Conclusão

Considerando a pesquisa realizada, foi possível constatar a consolidação do Direito à Felicidade na perspectiva dos Direitos Humanos, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde é citado o bem-estar no artigo 25º da DUDH até os dias atuais, com o 3º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (Saúde e Bem-Estar) da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas.

Ademais, em uma pesquisa aleatória, outros demais 5 instrumentos de proteção internacional de Direitos Humanos também fazem menção ao comando, ganhando o termo relevância na Resolução 66/281 da ONU, que instituiu o Dia Internacional da Felicidade, reconhecendo a felicidade e o bem-estar como objetivos universais da humanidade.

Verificou-se ainda, que o bem-estar objetivo e o bem-estar subjetivo são os dois lados de uma mesma moeda, no caso a Felicidade, sendo a dimensão objetiva (acesso aos direitos sociais dos cidadãos) interdependente da dimensão subjetiva (avaliação da vida, satisfação com a vida, em relação à felicidade), considerando as Nações Unidas o comando bem-estar em sua amplitude. Ademais, pesquisas como a de Diener & Biwas (2002), demonstram que condições materiais superadas (bem-estar objetivo) não são suficientes para trazer

8 Importante destacar que a qualidade de vida é um conceito amplamente utilizado em várias áreas do conhecimento, sendo considerada por alguns autores como uma medida econômica, através do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). No campo da saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS), braço das Nações Unidas, a partir de uma de suas equipes, The WHOQOL Group, desenvolveu instrumentos transculturais para avaliação da qualidade de vida, havendo também fora da OMS uma variedade de instrumentos que também avaliem este constructo (Hutz, 2014).

Lent (2004, apud Hutz, 2014) define qualidade de vida como uma “guarda-chuva conceitual”, sendo o bem-estar subjetivo um de seus indicadores, assim como, saúde física, padrão de vida, apoio social e ajustamento.

a felicidade (bem-estar subjetivo) para os indivíduos.

Sugere-se ainda, que novas pesquisas sejam realizadas sobre o tema felicidade/bem-estar no campo dos Direitos Humanos, principalmente no período de Pós - Pandemia que começa a emergir.

## Referências

- ALBUQUERQUE, A. S. & TROCOLLI, B. T. **Desenvolvimento de uma escala de bem-estar subjetivo.** *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v.20, n.2, p. 153-164, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/85JVntJ3f8WJMYnPVgZDMVz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 de junho de 2021.
- AMORIN, W; SILVA, E; CARDOSO, Matheus. **Ética da Felicidade em Aristóteles.** *Revista Húmus*, 2012, v.2, n. 6. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1546>, Acessado em 02 de junho de 2021.
- ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BENTHAM. **An Introduction to the Principles of Moral and Legislation.** USA: White Dog Publishing, 2010.
- BEVERIDGE REPORT AND FOUNDATIONS OF WELFARE STATE. Disponível em: <https://blog.nationalarchives.gov.uk/beveridge-report-foundations-welfare-state/>. Acesso em 28 de maio de 2021.
- BOSCH, P. **A Filosofia e a Felicidade.** Instituto Piaget: Lisboa, 2001.
- BUSS, Paulo Marchiori. **Promoção da saúde e qualidade de vida.** *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2000, v. 5, n. 1, p. 163-177. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232000000100014>, Acesso em 27 de junho de 2021.
- COMPARATO, F.K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2019.
- DIENER, E., & BISWAS-Diener, R. **Will money increase subjective well-being?** *A literature review and guide to needed research.* *Social Indicators Research*, 57 (2), 119-169, 2002.
- ENSINAS, Alex. **Referências iusfilosóficas clásicas en el pensamiento de Thomas Jefferson: estoicismo, epicureísmo y Derecho natural.** *Cadernos electrónicos de filosofía do direito*.n 43, 2020. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/16576>. Acesso em 15 de junho de 2021.
- EPICURO. **Carta sobre a Felicidade** (A Meneceu). São Paulo: Unesp, 2002.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. In: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o\\_Universal\\_dos\\_Direitos\\_Humanos&oldid=61017956](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos&oldid=61017956)>. Acesso em 10 de junho de 2021.
- DE MOL, Liesbeth; Zalta, Edward. 2009, **“Turing Machines,”** *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition. (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/turing-machine/>>. Acessado em 02 de junho de 2021.

GOMES, Fábio Guedes. **Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil**. *Revista de Administração Pública*, 2006, v. 40, n. 2, p. 201-234. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000200003> Acesso em 06 de junho de 2021.

GORCZVESKI, Clovis. **Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. Imprensa Livre: Porto Alegre, 2005.

HISTORY OF GNH. In: **GNH Centre Bhutan**. Disponível em: <https://www.gnhcentrebhutan.org/what-is-gnh/history-of-gnh/>. Acesso em 20 de junho de 2021.

HUTZ, C. **Avaliação em psicologia positiva**. Porto Alegre: Artmed, 2014.

LEAL, S.T. **Direito à Felicidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

LEFEVBRE, G. **O surgimento da revolução francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

LENOIR, F. **Sobre a Felicidade: uma viagem Filosófica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MILL, Jonh Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005.

MILL, Jonh Stuart. **A Liberdade/O utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. In: **Centro Regional de Informação para Europa Ocidental**. Disponível em: <https://unric.org/pt/mundo-celebra-dia-internacional-da-felicidade-neste-20-de-marco/>. Acesso em 27 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Acesso em 10 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf). Acesso em 10 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 10 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: [https://www.apg23.org/pt/onu\\_direito\\_ao\\_developolvimento/](https://www.apg23.org/pt/onu_direito_ao_developolvimento/). Acesso em 10 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Pequim**. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em 10 de junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 66/281**. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/66/281>. Acesso em 26 de junho de 2021.

SPAGNOLO, Leo. **A visão utilitarista de John Stuart Mil sobre a felicidade**. Dissertação em Filosofia – Faculdade de Filosofia, Universidade de Caxias do Sul (UCS), Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/4691>, Acesso em 02 de junho de 2021.

PALDEN, Tsherin. Applying Bhutan's Tenets of Gross National Happiness as Blueprints For Sustainable Global Development, **Daily Bhutan, Bhutan**, 19 mar 2019. Disponível em: <https://www.dailybhutan.com/article/applying-bhutan-s-tenets-of-gross-national-happiness-as-lueprints-for-sustainable-global-development>. Acesso em 25 de junho de 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>, Acesso em 26 de junho de 2021.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: LaFonte, 2021.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÊNECA. **A Vida Feliz e a Tranquilidade da Alma**. São Paulo: Lafonte, 2020.

# O IMPACTO DA COVID-19 FRENTE AS MINORIAS

**Juliana Losnake Pereira**

Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)

**Suelaine Cristiane Nogueira Miranda**

Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba

## **Resumo:**

A Covid-19, sem sombra de dúvidas fora mais um marco mundial, alastrando-se numa crise que rompeu fronteiras, cruzou oceanos e atingiu de maneira abrangente e desenfreada a sociedade mundial como um todo. O que se questiona na presente pesquisa é a forma como o Brasil lidara com as minorias mais afetadas, o escopo primordial é identificar, meios para que se desenvolva uma conjectura de hipótese para que se resguarde referidas minorias. A epistemologia central identifica-se através de um estudo histórico, desenvolvendo-se através das eras, e identificando a partir de que momento referidas classes foram consideradas minoritárias frente a nação mundial, posteriormente, busca-se identificar o motivo de que foram elas as mais afetadas frente a crise pandêmica, por fim, conectar os dois países irmãos através do Direito comparado para que se chegue em um resultado protetivo que resguarde os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Pandemia; Minorias; Covid-19; Brasil; Portugal.

A história da humanidade poderia ser descrita através de uma trama caprichosa, desenvolvendo todos os momentos memoráveis ou catastróficos, que de certa forma conectaram e enlaçaram toda a sociedade mundial. Guerras, genocídio, conquistas, descobertas, colonização, escravidão e tantos outros eventos fizeram-nos ser o mundo que somos hoje, caminhando, a passos lentos, rumo a uma tentativa de redenção.

No ano de 2020 o mundo colapsou mais uma vez, mesmo com os res-

quícios do amontoado de crises que sucederam, enfrentara mais uma, a epidemia começou na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019, e se espalhou rapidamente a níveis continentais, o estado pandêmico fora decretado no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Para enfrentar referida crise sanitária, visando retardar a disseminação do vírus, fora adotado medidas de isolamentos e distanciamento social.

A pandemia da covid-19 além de tratar-se de uma crise sanitária, também afetou setores econômicos, empresas decretaram falência, houve aumento na taxa de desemprego, a desigualdade social ressaltada, o setor industrial fora afetado drasticamente, tais acontecimentos geraram um cenário de incertezas. Importante salientar que Schwarcz e Starling, destacam a existência daqueles que procuram colocar a economia na frente da saúde, abusando de argumentos ditos nacionais, animando o movimento das ruas e represtigiando o exercício das autoridades médicas. (Schwarcz e Starling, 2020, pg. 175), de fato, diante da pandemia muitos colocaram a economia frente a saúde, sacrificando a segunda para que a primeira encontrasse meios de sobreviver, olvidando-se de que para a existência da primeira, a segunda não deve ser suprimida.

A Educação, o trabalho infantil, a tripla jornada feminina, são exemplos notórios das classes afetadas pela pandemia, e há ainda uma preocupação evidente da falta de preparo para lidar com referidas questões no que diz respeito ao cenário brasileiro.

A Pandemia afetara diversos países, o que diferencia fora a forma de enfrentamento, de proteção, de resguardo de direitos, fora isso que tornara o Brasil o um epicentro mundial de Covid-19, tal fato transcendera as mais de três mil mortes diárias, a crise financeira, a fome e a miséria. A falta de estrutura nacional e de pretensão de uma melhora, nos leva ao desenvolvimento de análises, pesquisas e estudos da maneira que países diversos confrontaram referida situação atípica, tal fato exaspera a situação desenfreada e desesperada que os brasileiros enfrentam.

A autora Simone de Beauvoir salienta a importância de não nos esquecermos que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados, ressalta que mulheres não possuem direitos permanentes e que a vigia deve durar a vida toda (BEAUVOIR, 1949, p. 29).

Não se trata de um espanto constatar que as mulheres foram uma das minorias mais afetadas com a pandemia, os resquícios da subjugação feminina se fizeram novamente presentes, em meio a uma sociedade onde a epistemologia da individualidade se mostra notória, a mulher é novamente colocada num papel de inferioridade, em meio ao enfrentamento desta funesta sina.

Com relação a referido papel, as autoras Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, relatam que:

A garantia da supremacia masculina dependia única e exclusivamente

da inferioridade feminina. Daí a exigência de ataques acirrados à condição feminina, impondo forçosamente ideias acerca da incapacidade e incompetência das mulheres. Foram feitos esforços, em todos os níveis, para erradicar quaisquer vestígios da capacidade física, emocional e intelectual do segmento feminino, mesmo que para isso tivessem de empregar o uso da violência e da farsa. Não foi um processo pacífico; muitas e muitas mulheres resistiram, repudiaram e se rebelaram à submissão e à subordinação aos homens. O patriarcado investiu de maneira contundente e ambígua, obrigando homens e mulheres a acreditarem na inferioridade feminina. O pensamento de Santo Ambrósio revela como se impôs o procedimento: “Adão foi levado ao pecado por Eva, e não Eva por Adão. É justo e certo, então, que a mulher aceite como amo e senhor aquele que ela encaminhou para o pecado”. (TELES; MELO, 2017, pg.15)

Um dos fatores acentuados pela pandemia foi a desigualdade de gênero no que concerne ao mercado de trabalho, além da alta taxa de desemprego ocasionado pelo fechamento de postos formais e informais devido à crise econômica, o trabalho remoto também fora uma problemática, mulheres passaram a trabalhar diretamente de suas residências, deparando-se com multitarefa, uma vez que, se viam disponíveis em tempo integral para os cuidados domésticos.

O impacto negativo que o trabalho remoto causou na vida de milhares de mulheres acentua a heterogeneidade com que as tarefas domésticas são distribuídas, esse paradoxo estrutural de desigualdade que sobrecarrega de maneira desenfreada e que as condicionou a tripla jornada em tempos de pandemia.

Outra realidade escancarada durante a crise pandêmica fora a taxa de desemprego feminino, no primeiro trimestre do ano de 2021, a taxa de desocupação foi de 12,2% para os homens e 17,9% para as mulheres, segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cumpre salienta que elas também representavam 54,5% da população que está em busca de emprego.

Segundo a pesquisadora Adriana Beringuy:

Elas são maioria na desocupação, embora tenham escolaridade, em média, maior do que a dos homens. Isso tem a ver a com a forma que as mulheres estão conseguindo se inserir. Muitas têm ocupações temporárias, então elas têm maior rotatividade no mercado de trabalho. Muitas conseguem emprego, mas têm que sair para cuidar dos filhos ou de outros membros da família, gerando uma rotatividade ou pequena permanência no trabalho, o que faz com que, muitas vezes, elas estejam tentando se reinserir e constantemente pressionando o mercado de trabalho. Além desse aspecto, a atual crise no mercado de trabalho pode estar acentuando a desocupação entre as mulheres (IBGE, *online*, 2021)



A pandemia da Covid-19 acentuou problemas já existentes, o isolamento social manteve mulheres presas em suas residências cumprindo obrigações incutidas socialmente, lidando com jornadas exaustivas de trabalhos, seja devido as obrigações empregatícias ou o cuidado com a família, exauridas, desgastadas emocionalmente, fisicamente e psicologicamente, lidando com as dificuldades, incertezas e o medo das consequências que uma crise mundial traz consigo.

Na primeira atualização do relatório produzido a pedido do Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em um parecer intitulado Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19, destacou que os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril de 2020, em 12 estados do país, comparativamente ao ano anterior. Importante dizer que o contexto do isolamento social criado para conter a propagação do vírus contribuiu para que as vítimas ficassem mais próximas de seus agressores, a relação de domínio criada dentro dos lares perpetuada pelo patriarcado, acentuou ameaças e violações.

A emancipação feminina se mostra mais uma vez retardada frente a pandemia da covid-19, subjugadas em seus lares, objetificadas, assumindo triplas tarefas, as mulheres seguem enfrentando o medo diário do mal visível e do invisível, lidando com jornadas exaustivas, somatizando o home office, tarefas domésticas, cuidados com os filhos, e todos os trabalhos considerados culturalmente “serviço de mulher”, além de tal fator, viram-se oprimidas dentro de seus próprios lares, muitas vezes, tendo seus corpos violados, encontraram dificuldade em realizar denúncia, uma vez que, o isolamento social dificultara o acesso a meios físicos de auxílio, e muitas não contavam com suporte virtual para socorrer-se.

Outro cenário que sofrera interferência devido a pandemia, fora as crianças deixadas em abrigos. Cumpre ressaltar que a adoção estabelece vínculo de filiação e teve uma notória evolução histórica até os dias de hoje, cuja característica primordial é a proteção e seguridade do melhor interesse do adotado, visando garantir seu desenvolvimento saudável no âmbito familiar, assegurando direitos isonômicos no que tange aos filhos biológicos. No entanto, a morosidade do processo adotivo se mostra acentuada e tal fato, por muitas vezes, faz com que crianças e adolescentes padeçam em abrigos à espera de um lar.

Sobre o conceito de adoção, Maria Helena Diniz (2014, p. 572) sustenta que:

Adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante.

Tendo em vista tal fator, bem como, a pandemia que obrigara a todos manterem-se em suas residências como meio de prevenção da transmissibilidade do da covid-19, surge a Recomendação Conjunta nº 1 voltando-se diretamente a crianças e adolescentes que vivem em abrigos e estabelecendo medidas de proteção e acolhimento, desde a concessão de guarda provisória a pretendentes previamente habilitados, reintegração na família de origem quando possível, acolhimento familiar e diversos outros.

Nota-se então que, tais medidas de enfrentamento a covid-19 trazem à baila um programa de proteção de grande valia, uma vez que, norteiam o amparo individual a criança e ao adolescente colocados em adoção, além de estabelecer um novo rumo para a forma como se lida com crianças e adolescentes em abrigos. Desta forma, podemos identificar, mesmo em meio ao caos, um impacto positivo onde através de uma situação emergencial criou-se uma forma de acolhimento mais efetiva e que gera menos traumas em crianças e adolescentes colocados em adoção.

Sob outra ótica a educação, mesmo tratando-se direito fundamental e social, também fora altamente impactada pela pandemia da Covid-19, uma vez que o ensino remoto apesar de ser o caminho para o futuro tornou-se lamentavelmente um divisor das classes sociais, atingindo significativamente os mais vulneráveis e menos favorecidos, que durante o isolamento social ficaram lançados ao próprio azar.

O acesso à escola foi praticamente inviabilizado para as crianças e adolescentes abaixo da linha da pobreza em fase escolar, visto que a realidade financeira dessas famílias fora diretamente afetadas com os reflexos da pandemia da Covid-19, inúmeros estudantes abandonaram os bancos escolares para ajudar no complemento da renda familiar, ocasionando o aumentando da defasagem escolar.

Em 2020 no auge da pandemia as propagandas governamentais veiculadas nos meios de comunicação enfatizavam uma realidade totalmente divergente da maioria dos estudantes brasileiros, que lamentavelmente foram prejudicados ativamente pela ausência de meios digitais para o acesso à educação remota, a desigualdade não é apenas social, mas virtual.

A desigualdade social brasileira se tornou ainda mais latente com a pandemia, o ensino remoto, e a realidade de 4,8 milhões de crianças e adolescentes, na faixa de 9 a 17 anos, que não têm acesso à internet em casa, segundo a UNICEF.

Após 1(um) ano e 8(oito) meses de pandemia percebe-se que a educação remota continua inacessível para famílias que vivem com 1 salário mínimo, os obstáculos superam a vontade de estudar, apresentando um cenário catastrófico para educação brasileira,

É necessário progredir no todo e não pela metade, atingindo o estudante na sua individualidade, a maioria das nossas crianças e jovens são desprovidos de estrutura familiar e carecem de alimentação, saúde, moradia e educação que condizem com a realidade vivenciada.

Outro ponto a ser levantado é que 90 % dos professores das redes públicas municipais e estaduais, não tinham experiência com aulas remotas e não sabiam utilizar os meios virtuais, segundo uma pesquisa realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais, o que dificultou ainda mais o acesso.

Neste contexto nota-se que a falta de infraestrutura com o ensino remoto e os recursos escassos no enfrentamento da pandemia da Covid -19 na esfera educacional, impactará durante décadas na sociedade brasileira.

Segundo Amartya Sen, “quanto mais inclusiva for alcance a educação básica maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria”. Todavia deparamo-nos com uma realidade muito distinta, o reflexo da defasagem escolar brasileira durante a pandemia será sentido futuramente, é necessário que os olhos se voltem para esses alunos cujo ensino remoto não logrou êxito, é fundamental o desenvolvimento de políticas públicas que os atinjam.

Nota-se que o direito à educação como direito fundamental é protegido e reconhecido formalmente na Constituição Federal de 1988, como na lei infraconstitucional, contudo, a materialização é essencial e precisa ser concretizada, pertencendo ao Estado a responsabilidade de prover e formular meios que favoreçam a efetivação deste direito social, afastando à justificativa da reserva do possível, que em inúmeros casos é utilizada pelo Poder Público com alegação de insuficiência de recursos financeiros para cumprimento e satisfação da educação.

Paulo Freire na sua obra Educação e Mudança enfatiza que “ensinar não é transmitir conhecimento, mas criar as possibilidades para sua própria produção ou a sua construção.” Desse modo pertencendo ao Estado os meios para criação dessas possibilidades.

Nesta perspectiva conclui-se que o direito fundamental à educação é um valor intrínseco, constitucionalizado e inerente a todos os seres humanos, independente de idade, gênero, credo, classe social, nível de renda, raça ou cor, no entanto, os desafios e as dificuldades reais e notórias no campo educacional em particular na educação básica são evidentes e carecem urgentemente de melhorias estruturais, orçamentárias e organizacionais, repelindo ideologias infundadas e incoerentes, que retrocedem à períodos nebulosos.

Por fim, é importante elucidar que os direitos fundamentais são valores nucleares de um Estado Democrático de Direito e necessitam de efetividade, na esfera educacional é latente à ausência de qualidade no ensino, somente através da educação que abrimos os olhos para mundo e construímos nações desenvolvidas e livres de qualquer forma de discriminação e preconceito, centralizando o respeito e a proteção a dignidade humana.

Assim, verifica-se que a educação é inerente a condição humana e mesmo diante de caminhos espinhosos, o conhecimento e as experiências serão compartilhadas e transmitidas, iniciando-se um novo ciclo, a educação é a sustentação dos seres humanos e a única garantia de um mundo livre e justo.

## Conclusão

A história encarregara-se de excluir determinados grupos e elitizar outros. Através de um profundo estudo empírico nos deparamos que a marginalização de determinados indivíduos acompanhou a formação da sociedade. A evolução tecnológica, a globalização, a intensidade com que as mudanças sociais aconteceram, não integraram todos os indivíduos, pelo contrário, selecionou características determinadas, excluindo prontamente quem delas não fosse portador.

Cumpramos ressaltar que os grupos de indivíduos que guarnecem as minorias sociais brasileiras, foram atingidos pela pandemia de maneira muito mais intensa, tendo em vista o agravamento de situações preexistentes, a falta de visibilidade que já pairava anteriormente, dessa forma, viram-se em uma situação atroz.

A Constituição Federal Brasileira promulgada no ano de 1988 e vigente até a presente data, estabelece em seu artigo terceiro que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Deparamo-nos com um Vislumbre quase utópico dos objetivos determinados pelo texto constitucional, porque a realidade brasileira encontra-se distanciada dessa perspectiva.

O dever protetivo do Estado, resguardado pela Carta Magna, parece ser deixado em segundo plano, quando a principal preocupação governamental é omitir os dados das mortes diárias, sendo inclusive necessário uma Arguição de Preceito Fundamental, a ADPF 690 para que a população não seja deixada às cegas, parece que os objetivos Constitucionais são mais uma vez deixados de lado.

As minorias, a ralé brasileira, acostuma-se com o pouco, com a falta de visibilidade, com a miséria, com os restos, porque tampouco sabem que a elas o básico é constitucionalmente garantido. É necessário que nossos olhos se voltem para as minorias sociais, que preocupemo-nos com o desenvolvimento de políticas públicas e ações afirmativas efetivas, até que, finalmente, referida classe seja extinta e tornemo-nos todos integrantes da sociedade, com direitos e oportunidades isonômicas.

## Referências

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. 2. ed. São Paulo. Verbatim, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio da Silva. 2.ed. 4. Tiragem. Ed. Malheiros, 2015.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- BEVILACQUA Clovis. **Adopção. Soluções táticas de Direito (Pareceres)**. Rio de Janeiro: Correa Bastos, 1923.

- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6.ed. Livraria Almedina Coimbra, 1993.
- CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. 2.ed. Saraiva, São Paulo, 2012.
- \_\_\_\_\_. Educação e Direitos Humanos. Saraiva, São Paulo, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DURKHEIM, Emile. Educação e Sociologia. Tradução de Stephania Matousek. Petrópolis, RJ. Vozes, 2017.
- DWORKIN, Ronald. O direito como integridade. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 1999.
- FREIRE, Paulo. Educação e Mudança. 43.ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2021.
- FORUM Brasileiro de Segurança Pública. Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 – ed. 2., **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília, mai. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em 20 jul. 2021.
- HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Cadernos de Pesquisa, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **Censo 2021**. Norte e Nordeste puxam desocupação recorde no primeiro trimestre no país. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30785-norte-e-nordeste-puxam-desocupacao-recorde-no-primeiro-trimestre-no-pais>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- PAIVA, Leila Dutra. **Adoção: Significados e Possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Sociais São Direitos Fundamentais: Simples Assim. 1. ed. Ed. JusPodivm. Salvador, 2021.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. 8. reimpressão. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2010.
- UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. **CENSO 2021**. UNICEF alerta: garantir acesso livre à internet para famílias e crianças vulneráveis é essencial na resposta à Covid-19. Brasília: UNICEF, 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-alerta-essencial-garantir-acesso-livre-a-internet-para-familias-e-criancas-vulneraveis>. Acesso em: 20 jul.2021
- SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.
- SCHWARCZ, Lília M; STARLING, Heloisa M. A bailarina da Morte – A gripe Espanhola no Brasil. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- \_\_\_\_\_. Brasil uma biografia. 1. São Paulo: São Paulo. Companhia das Letras, 2020.

# A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS NAS COLÔNIAS DO NOROESTE DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL, INÍCIO DO SÉCULO XX)

**Carla Cristine Spies Stallbaum**

Mestranda em História – UPF

## **Resumo:**

Este trabalho trata-se de uma revisão historiográfica referente ao papel e atuação das Igrejas Luterana e Católica na formação e desenvolvimento das colônias da Região Noroeste do Rio Grande do Sul, Brasil. Muitos imigrantes europeus, no início do século XX, migraram para regiões ainda despovoadas do Rio Grande do Sul. Nestes territórios, geralmente financiados por empresas privadas ou cooperativas, os imigrantes europeus fundaram as novas colônias, visando a criação de novos núcleos e frentes de povoamento. A presença da religiosidade nas vidas desses colonos foi um marco regulatório em seus comportamentos e na sua convivência. Este “marco moral” é sempre apontado como causa do sucesso ou fracasso de empreendimentos colonizadores. Toda a vida das pessoas nesses confins girava em torno dos eventos religiosos e, geralmente, as relações amorosas eram permitidas apenas dentro deste círculo fechado, que era a comunidade religiosa à qual a família pertencia. Portanto, para entender a dinâmica das colônias de imigrantes europeus do sul do Brasil é preciso analisar a dinâmica do poder e a influência da religiosidade na organização dessas comunidades.

**Palavras-chave:** Poder Local; Religiosidade; Colonização.

## **Introdução**

Ao escrever acerca da formação das colônias de imigração germânica no Rio Grande do Sul faz-se necessário um recorte temporal que satisfaça a região estudada. A vinda de colonos germânicos para o Estado (na época, Província de São Pedro) faz parte de um projeto governamental de ocupação de espaço de terras devolutas e, talvez mais significativo, branqueamento da população.

A saída dos migrantes da Europa foi cercada pelas atribulações advindas das mudanças geradas pelo processo de industrialização que acontecia no continente. Outro fator significativo para o desejo de emigrar era a possibili-

dade de o migrante vir a ser o proprietário da sua própria terra, algo que era bastante difícil de acontecer em sua terra Natal.

Após cerca de 80 anos da chegada dos primeiros imigrantes, quando da aurora da República brasileira, houve nova movimentação dessa população: Incentivados tanto pelas colonizações públicas, como pelas empresas colonizadoras particulares, foram em busca de novas terras na Região do Planalto Rio-grandense e das antigas Reduções Jesuíticas Missioneiras.

As chamadas novas colônias são fundadas como redes fechadas em sua confessionalidade religiosa, sendo organizadas com o objetivo de que o colono alcançasse o progresso material, assim como garantir o aumento dos fiéis para as Igrejas. Com essas bases, é fundada em 1902 a Colônia Serro Azul, pela Bauerverein, com um projeto predominantemente católico. Em 1908, chegam a Serro Azul, vindos de São Sebastião do Caí, os primeiros imigrantes luteranos que, devido à sua orientação religiosa, são direcionados ao extremo oeste da colônia, vindo a formar núcleos de religiosidade evangélica que perduram até a atualidade.

## A colonização

A colonização de São Leopoldo iniciou-se oficialmente em 1824. Com o passar dos anos a população foi aumentando e dificultando a sobrevivência das famílias nos pequenos pedaços de terra, que tradicionalmente eram divididos entre os numerosos filhos. Como alternativa a essa situação difícil, os colonos resolveram expandir-se na imigração dentro do Estado num movimento que Roche classificou como “enxamagem”. Como o advento do governo republicano, em 1889, e a promulgação da Constituição de 1891 ocorrem significativas alterações no processo de colonização do país, conforme Wesz:

Pela carta Constitucional de 24 de fevereiro de 1891 o Governo Federal transferiu o domínio das terras públicas aos Governos Estaduais. Passou, assim, o Estado do Rio Grande do Sul a responsabilizar-se totalmente pela colonização, iniciando nova fase pela zona a noroeste do Estado, região onde foram fundadas as colônias de Guarani e Ijuí. Mais tarde, a estrada de ferro São Paulo-Rio Grande, passando pelo município de Passo Fundo, deu novo impulso à colonização dessa zona. Foi criada então a colônia de Erechim, que teve desenvolvimento rápido, tanto assim que, em apenas dez anos, foi elevada a município<sup>1</sup>.

A partir desta nova regulamentação na legislação nacional fez-se necessária uma nova abordagem em relação à legislação estadual referente ao tema. O Decreto 247 de 19 de agosto de 1899, traz o regramento para a implemen-

1 WESZ, Mauro Marx. **“O Reordenamento Do Espaço Agrário Na Região Florestal Das Missões Nas Primeiras Décadas Do Século XX.”** O processo de reordenamento do espaço agrário na Região Florestal das Missões nas primeiras décadas do século XX (2019): n. pag. 1 - 2 in [www.academia.edu](http://www.academia.edu) acessado em 05/11/2020

tação das novas colônias. Trazia inclusive a orientação sobre como deveria ser utilizada a área de floresta, predominante nas regiões da Novas Colônias. Conforme Neumann:

A legislação estadual de 1899, concernente ao regime das colônias no Estado, estabelecia nos artigos 111 a 113 que as matas existentes nos lotes só poderiam ser derrubadas uma vez, na extensão necessária para o estabelecimento e na extensão necessária para as plantações. Aquele que devastasse área superior ao permitido, estaria sujeito ao pagamento de multa, de acordo com a infração. A segunda derrubada só era permitida cinco anos após a primeira, indicando para a rotação de terras. Levando-se em conta que o trabalho era manual e a produção de subsistência, a área cultivada nos lotes era extremamente reduzida. A maior parte da madeira extraída era empregada para a construção das benfeitorias.<sup>2</sup>

A abordagem de uma colonização particular foi fomentada como uma maneira de se utilizar ao máximo o território, servindo principalmente a região Noroeste-Missões como região produtora e distribuidora de alimentos. Antes da chegada dos colonos, as terras de mata eram olhadas com certo desdém pelos grandes proprietários, pois estes investiam na pecuária de corte, que faz uso preferencial dos campos, não sendo de excepcional interesse dos mesmos as áreas para o plantio de alimentos. Conforme Wesz:

No contexto do início do século XX, quando o Partido Republicano RioGrandense (PRR) estabeleceu seu projeto de desenvolvimento econômico para o estado, a Região Noroeste, passou por um processo de mudanças acentuadas, devido à formação de novas colônias, e o papel que essa região deveria deter enquanto uma espécie de celeiro do estado, essencial para o abastecimento interno. Consequentemente, devido à chegada de descendentes de imigrantes, incentivados pelo Estado e também por iniciativas privadas, ocorreu o reagrupamento dos grupos sociais nestes locais, pois nesses espaços já encontravam-se indivíduos oriundos do passado colonial da região, lavradores nacionais, peões, fazendeiros, e mesmo que não apareçam na documentação cartorial, é difícil pensar que não houvesse indígenas em meio a esse processo.<sup>3</sup>

Os jesuítas começaram a chegar na província a partir de 1849, incentivando, principalmente, a educação e o bem-estar material como um pressuposto para a vida espiritual saudável. Concentraram maior atenção em assistência social e liderança em projetos que visavam à promoção da vida huma-

2 NEUMANN, Rosane Marcia. **A colonização do Planalto gaúcho por empresas privadas.** *Histórica* (São Paulo. Online), v. 17, p. 3, 2006.

3 WESZ, Mauro Marx. **“O Reordenamento Do Espaço Agrário Na Região Florestal Das Missões Nas Primeiras Décadas Do Século XX.”** *O processo de reordenamento do espaço agrário na Região Florestal das Missões nas primeiras décadas do século XX* (2019): n. pag. 1 - 2 in [www.academia.edu](http://www.academia.edu) acessado em 05/11/2020



na. Depois de 1869, quando da criação da Missão Sul-Brasileira, os jesuítas trabalharam ainda mais intensamente. “Os sacerdotes encontraram imigrantes católicos sem a prometida assistência religiosa e foi a partir de atividades paroquiais que eles passaram, em meio aos protestantes, a chamá-los às práticas sócio-religiosas católicas comunitárias”. (SILVA, 2003, p. 191). Foi com base nestes princípios de desenvolvimento material e espiritual, que foi criado o Bauerverein, Associação de Colonos, cujos estatutos foram aprovados em 1902. Conforme Salatino:

Essa associação teve como finalidade atender às questões sociais, religiosas e econômicas dos imigrantes alemães. Por intermédio da integração entre os colonos e da ajuda mútua, atreladas a uma atividade financeira, os líderes desse empreendimento acreditavam que pudessem dar conta da produção, da compra e da venda dos produtos agrícolas. Os motivadores para a criação da Associação foram: o jesuíta Theodor Amstad, o jesuíta Eugênio Steinhardt, e o Sr. Hugo Metzler. A ideia de criação foi difundida no Segundo Congresso Geral dos Católicos, realizado em Santa Catarina de Feliz, no ano de 1899. (2018)<sup>4</sup>

Podemos assim perceber que o papel definido pelos jesuítas é um papel de ocupar espaços, de aproveitar as terras. Além de ser uma história de colonização, de pioneirismo, esta é, também, uma história de resistência e destruição. Ao abrir colônias nas zonas “desabitadas” do Estado, abre-se uma frente pioneira que traz consigo, conforme Martins (1996), sonhos e esperanças, protestos e revoltas. Assim, com a atuação dessas associações, do Estado, abrem-se novas fronteiras e trazem consigo todas as consequências dessa situação, todas as lutas étnicas e sociais.

A formação destas fronteiras são marcadas pela alteridade. Pelo encontro entre os colonizadores com os moradores preexistentes na área (sejam eles caboclos, indígenas). Martins afirma:

A fronteira é essencialmente o lugar da alteridade. É isso o que faz dela uma realidade singular. À primeira vista é o lugar do encontro dos que por diferentes razões são diferentes entre si, como os índios de um lado e os civilizados de outro; como os grandes proprietários de terra, de um lado, e os camponeses pobres, de outro. Mas, o conflito faz com que a fronteira seja essencialmente, a um só tempo, um lugar de descoberta do outro e de desencontro.<sup>5</sup>

Estes encontros são, muitas vezes, de tempos históricos diferentes. En-

4 SALATINO, Alba Cristina Couto dos Santos. **“Tudo para todos”**. Um estudo comparado de princípios e de práticas cooperativas: de Pigüé (BS AS) e Nova Petrópolis (RS) (1898-1920) Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em História, 2018.

5 MARTINS, José de Souza. O tempo da fronteira. Retorno à controvérsia sobre o tempo histórico da frente de expansão e da frente pioneira. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(1): 25-70, maio de 1996.

quanto o colonizador estava “movendo” o século XX, vínhamos a ter um indígena que vivia numa realidade “pré-histórica”. Estes encontros, essas fricções, são experiências de construção de realidades absolutamente únicas. Cada região, cada povo, acaba por ter características únicas, somente suas, que são frutos destas fricções interétnicas, da própria geografia do lugar onde as mesmas acontecem. Martins vai além, ele afirma que as fronteiras só deixam de existir quando o conflito desaparece, quando ocorre uma concordância entre os pares. Ainda conforme Martins:

A concepção de frente pioneira compreende implicitamente a ideia de que na fronteira se cria o novo, nova sociabilidade, fundada no mercado e na contratualidade das relações sociais. No fundo, portanto, a frente pioneira é mais do que o deslocamento da população sobre territórios novos, mais do que supunham os que empregaram essa concepção no Brasil. A frente pioneira é também a situação espacial e social que convida ou induz à modernização, à formulação de novas concepções de vida, à mudança social.<sup>6</sup>

Essa formulação de novas concepções de vida, de mudança social, foram justamente as características assumidas por associações como a Bauerverein. As organizações religiosas, com o incentivo do Governo do Estado, instigaram a uma mudança no espaço físico, à um aproveitamento diferente da terra, do espaço. Enviavam religiosos ordenados a fim de viverem nestas novas colônias e zelar pelos bons costumes e pela religiosidade do povo.

Com a Lei do Orçamento, de 1830, cortaram-se as despesas com a colonização do Império do Brasil. As comunidades que se desenvolviam não tinham mais apoio governamental para expandir-se em novas colônias. Então, os colonos começaram uma expansão própria, para que suas terras não acabassem da mesma maneira que suas terras na Alemanha, tão divididas a ponto de dificultar a própria sobrevivência.

Com sua necessidade de novas terras, os colonos alemães desbravaram partes do Rio Grande do Sul, até antes conhecidas e habitadas apenas pelos nativos indígenas. Sem o apoio governamental, os colonos criaram sociedades que concediam empréstimos de longo prazo para que pudessem comprar as novas terras. Assim, os colonos acabaram chegando ao noroeste do Estado e à região das antigas Missões Jesuíticas (Sete Povos das Missões). Ao chegar ao noroeste, tanto imigrantes de religiosidade católica, quanto imigrantes de religiosidade luterana, procuraram estabelecer-se, desenvolver-se e progredir economicamente.

No início do séc. XX, o investimento em ferrovias abria frentes de expansão em meio a uma região de mata fechada. Esse aspecto é essencial para compreender a dinâmica da colonização neste período, assim com as dinâmi-

---

<sup>6</sup> MARTINS, José de Souza. O tempo da fronteira. Retorno à controvérsia sobre o tempo histórico da frente de expansão e da frente pioneira. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(1): 25-70, maio de 1996.

cas das relações de poder:

Em 1900, foi concluída a ferrovia Santa Maria - Cruz Alta, e o governo pretendia ligar Tupanciretã a São Luiz Gonzaga, São Borja, Uruguaiana, Palmeira das Missões e, mais tarde, a Lagoa Vermelha e Caxias do Sul. O Sr. Horst Hoffmann, diretor da firma alemã Pró-ferrovia, recebeu trinta mil marcos para inspecionar e dirigir a construção da via férrea. (...) Serro Azul foi criada para abrigar o excedente de colonos das colônias velhas, conservando os reunidos étnica e religiosamente (...) Dessa forma, em 1900, a recém fundada Associação de Colonos intitulada Bauerverein, com sede no município de São José do Hortêncio, interessou-se em colonizar uma área de terras na região noroeste, entre os rios Ijuí e Comandaí, que abrangia terras de propriedade da Nordwestbahn, uma companhia férrea alemã que havia adquirido as terras do governo do Estado (...) Pelo acordo o Bauerverein, comprometia-se a colonizar as terras em um prazo de 10 anos. Assim em 1902 o “Bauerverein” adquiriu duas áreas de terra da Nordwestbahn e comprometeu-se a colonizar a colônia Serro Azul, atual município de Cerro Largo e a colônia Boa Vista, atual município de Santo Cristo.<sup>7</sup>

O projeto de colonização da Nord-west-bahn estava fracassado até o final do ano de 1900. A Segunda Assembleia Geral da Bauerverein, ocorrida em São José do Hortência em fevereiro de 1902, aprovou a formação de uma comissão cujo objetivo era visitar as terras disponíveis para compra e avaliar se estas poderiam ser produtivas e render boas condições de desenvolvimento aos futuros colonos.

Após a visita da comissão chefiada pelo padre jesuíta Maximiliano Von Lassberg, verificou-se que havia condições de se instalar uma colônia e que esta teria meios de progredir. Assinou-se, portanto, o contrato em que o Bauerverein se comprometia a colonizar as terras num prazo de dez anos.

Após a assinatura deste contrato, iniciou-se o processo de comercialização das terras da colônia. Conforme cópia de um contrato de compra e venda disponível no Museu 25 de Julho de Cerro Largo, o metro quadrado de terras na colônia Serro Azul custava 2,4 réis, sendo que o terreno padrão era de 25 mil metros quadrados custava 60\$000 réis (sessenta mil réis). Havia o encargo de juros de 6% ao ano e o prazo de pagamento das terras era de 6 anos. No contrato também constam as obrigações de moradia e ocupação do lote de terras. EM caso de não cumprimento das cláusulas dispostas, o comprador corria o risco de perder todo o seu investimento, pois não havia previsão de devolução dos valores já pagos.

A grande maioria dos imigrantes que chegaram à Serro Azul era de religiosidade católica, e tinham partido das antigas colônias de São Leopoldo,

7 RAMOS, A. **A formação histórica dos municípios da região das Missões do Brasil.** Instituto Andaluz del Patrimonio Historico, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Patrimônio Nacional, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2006.

São Sebastião do Caí, Montenegro, Lajeado, Estrela, Venâncio Aires e Santa Cruz do Sul. Conforme Treib “a nova colônia, [...] recebia somente colonos católicos de origem alemã.” (2006, pag 43) <sup>8</sup>. No entanto, o projeto inicial pretendia que a colônia Serro Azul tivesse a presença também de colonos luteranos, conforme Rambo (2011), cerca de 50% dos associados da Bauerverein era composta por luteranos.

Com a chegada dos colonos foram medidos os lotes de terra, e posteriormente estes lotes foram divididos em linhas (comunidades). Cada lote tinha 25 hectares, o que popularmente é chamado de uma colônia de terra. Cada linha era demarcada de 2 em 2 km, no sentido norte-sul. Segundo Treib “foram criadas 12 linhas ou pequenas comunidades na sede Serro Azul. A oeste da sede, todas eram católicas, enquanto que a leste couberam apenas duas linhas que eram evangélicas.” (2006, pag. 44) <sup>9</sup>.

Segundo Thielke, em 31 de agosto de 1908 chegaram a Serro Azul os primeiros imigrantes luteranos. Os mesmos não teriam sido bem recebidos pela comunidade católica de Serro Azul, então o senhor Helmuth Schmidt, visando evitar disputas religiosas, encaminhou os imigrantes luteranos para as linhas 3, 4 e 5. Atualmente a antiga linha 3 chama-se linha Boa Esperança, município de São Pedro do Butiá. A Linha 4 chama-se Vila Dona Otília e a Linha 5 Chama-se linha Dona Helena, ambas pertencentes ao município de Roque Gonzales.

Os luteranos fixaram-se com mais expressividade em Linha Dona Otília e Linha Dona Helena, estabelecendo assim um forte núcleo de povoação luterana dentro da zona de Floresta. Após alguns anos, dentro do próprio núcleo luterano houve uma divisão de interesses, estabelecendo-se assim a criação de mais um núcleo de povoamento, hoje conhecido como Esquina Emanuel. Conforme Gertz: “Na história das confissões protestantes no Brasil a historiografia costuma distinguir três tipos de protestantismo: protestantismo de imigração, protestantismo de missão e protestantismo pentecostal” <sup>10</sup>.

Foi essa a principal causa da divisão dos colonos luteranos que acabaram por fundar a Comunidade de Esquina Emanuel, o fato de não sentirem-se atraídos pelo protestantismo de imigração e terem optado pelo protestantismo de missão, que advinha das missões coordenadas por pastores da região do Missouri, nos EUA. Amstad, em sua obra Cem Anos de Germanidade no Rio Grande do Sul, nos diz, em 1886 foi criado um Pré-Sínodo, cuja intenção era congregar as comunidades luteranas e organizar o trabalho do pastorado, a fim de que este acontecesse como uma evangelização organizada. Confor-

8 TREIB, Rafael Rodrigo Wolfart. **Serro Azul (1902-1927): início e evolução de uma colônia alemã no Rio Grande do Sul**. Trabalho de Conclusão de curso – monografia para a obtenção de grau de Licenciado em História na URI - Santo Ângelo, 2006.

9 TREIB, Rafael Rodrigo Wolfart. **Serro Azul (1902-1927): início e evolução de uma colônia alemã no Rio Grande do Sul**. Trabalho de Conclusão de curso – monografia para a obtenção de grau de Licenciado em História na URI - Santo Ângelo, 2006.

10 GERTZ, Renê. **Luteranos no Brasil**. Revista de História Regional 6(2): 9-33, Inverno 2001

me Gertz:

A Constituição monárquica do Brasil garantia a liberdade de consciência e, portanto, a liberdade de confessar uma religião não católica. Havia, porém, ao mesmo tempo, restrições ao exercício do culto e também da cidadania plena para os não-católicos<sup>11</sup>

Já no final do século XIX a organização dos luteranos permitiu que os mesmos pudessem celebrar seus cultos em templos, algo que não era permitido pelo artigo 5º da Constituição de 1824. Após a mobilização dos colonos luteranos e Governo Imperial fez alterações no texto do artigo, flexibilizando tais regras, por receio de causar revolta nesta significativa parte da população que vivia nas colônias.

Segundo Gertz, essa semi clandestinidade na sua vida religiosa deixou marcas em sua confessionalidade revelado pelo seguinte: mesmo que uma parte muito grande de luteranos dos séculos XIX e XX não tenha sido de adeptos fanáticos de sua confissão religiosa, e especialmente da instituição igreja, constitui um fenômeno interessante o fato de que não tenham aberto mão de sua religiosidade específica, mesmo sob condições adversas, criando núcleos de povoamento e colonização organizados e baseados em sua religiosidade protestante.

Para Dreher, o Sínodo Rio-grandense, até a Primeira Guerra Mundial, era muito mais uma associação de pastores do que propriamente uma organização de comunidades religiosas, fator que contribuiu para que a proposta trazida pelos missionários norte-americanos se tornasse tão atraente para uma significativa parcela dos colonos. Este fato reflete a tendência maior das comunidades luteranas de se organizarem de maneira preferencialmente autônoma, sem obedecer a comandos de superiores.

Conforme Gertz:

A resistência contra organizações eclesíásticas abrangentes é uma característica que é citada em todos os lugares em que se estabeleceram luteranos. A emigração para o Brasil foi vista, pela maioria dos emigrantes alemães, como uma libertação das imposições sociais e políticas, mas também das religiosas. São abundantes as manifestações de que não se desejava submeter-se a um pastorado imposto de fora, por uma autoridade eclesíástica, por exemplo.<sup>12</sup>

11 Sobre a constituição do Império e os protestantes, cf. COSTA, Hermisten Maia Pereira de. **A influência da Constituição de 1824 na implantação do protestantismo no Brasil**. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 1999 (dissertação de mestrado); cf. ainda, RIBEIRO, Boanerges. **Protestantismo no Brasil monárquico, 1822-1888: aspectos culturais de aceitação do protestantismo no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1973. Concretamente, os protestantes não podiam construir prédios para seus cultos com forma exterior de templo, seus registros de nascimento, casamento e óbito tinham reconhecimento controverso, havia restrições ao exercício do voto, de cargos públicos, etc.

12 GERTZ, Renê. **Luteranos no Brasil**. Revista de História Regional 6(2): 9-33, Inverno 2001

Isso implica, portanto, que não foram apenas os luteranos do Rio Grande do Sul que assumiram estas características de buscas de autonomia em relação à sua religiosidade. Essa autonomia se mostra presente, pelo menos até a década de 1960, quando ainda muitas comunidades eram atendidas por pastores regularmente formados, mas instituídos pelas próprias comunidades e fortemente subordinados aos interesses dos seus membros.

Por causa da expansão territorial promovida pelos colonos, e com a interrupção da entrada de novos imigrantes, houve uma insuficiência de pastores luteranos para guiar as comunidades. Foi então que o princípio teórico-luterano do sacerdócio geral foi posto em prática. Conforme Dreher:

Surgiu assim o pastor-colono. Ao lado de suas atividades na agricultura, ele também assumia funções pastorais. Mais tarde, quando chegaram ao Brasil os Pastores ordenados, formados em seminários Teológicos ou em universidades, esses pastores colonos foram pejorativamente designados de pseudo pastores.<sup>13</sup>

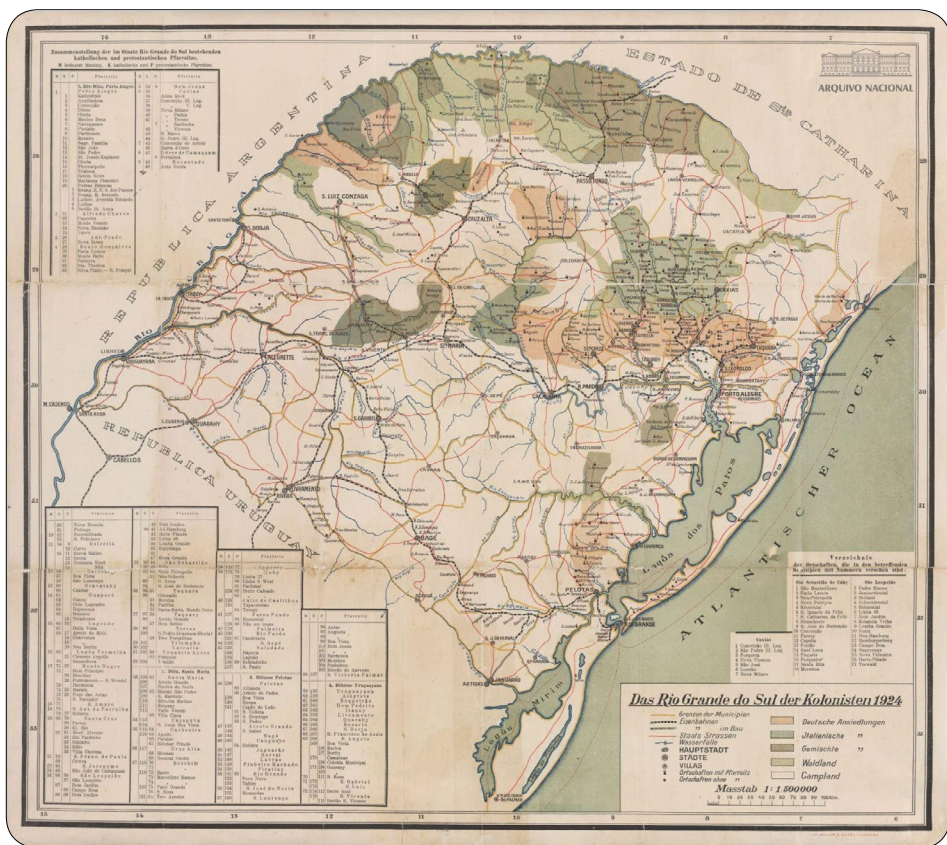
A expansão luterana, comandada pelos “pseudo pastores” fez com que o território colonizado no Rio Grande do Sul se estendesse de maneira extraordinária. Segundo Cunha, “ao final do período imperial no Brasil, a região colonizada por imigrantes alemães no Rio Grande do Sul estendia-se do litoral até o centro do território da província.”<sup>14</sup>. As colônias alemãs estendiam-se dos contrafortes da Serra Geral, em direção ao sul. Era interrompida por cerca de 60 km de grandes propriedades, para depois continuar da Colônia Novo Mundo em direção ao oeste, numa extensão aproximada de 300 km.

O mapa abaixo mostra as diversas “manchas” de colonização promovidas no interior do Rio Grande do Sul. Percebe-se, com alguma clareza, o movimento partindo da região leste e indo em direção à região Noroeste, colonizando o território que antes era ocupado pela Mata Atlântica. Estas regiões foram ocupadas por migrantes das mais diversas origens e com diferentes técnicas e objetivos, alterando significativamente a paisagem ao longo do tempo de ocupação.

---

13 DREHER, Martin N. Tempos difíceis, tempos de fé. JOREV Luterano. Nº727 abril 2010 pag.13

14 CUNHA, Jorge Luiz da. Coleção História do Rio Grande do Sul. Editora Méritos; Passo Fundo, 2007. pag. 299



Dentre os grupos de luteranos que vieram ao Rio Grande do Sul cujas características mais marcantes são essa autonomia eclesiástica, devemos destacar principalmente os pequenos proprietários de terra, que migraram para a zona rural, desbravando as fronteiras em busca de melhores condições de vida. Gertz diz:

Organizavam suas comunidades e escolhiam um dentre eles como pastor, o qual mais tarde foi chamado de “pseudo-pastor” por pastores com formação teológica e ordenação - a história eclesiástica mais recente fala de “pastores-colonos”. Além da realização dos ofícios religiosos tradicionais (batizados, casamentos, enterros), essas comunidades exerciam um papel muito importante na alfabetização das crianças, tarefa que, muitas vezes, também era atribuída ao “pastor”<sup>15</sup>.

Esta talvez seja uma das principais características das colônias de imigrantes germânicos, sejam eles católicos ou protestantes: todas elas têm como

15 GERTZ, Renê. **Luteranos no Brasil**. Revista de História Regional 6(2): 9-33, Inverno 2001

uma de suas premissas básicas a presença de uma escola, coordenada pela entidade religiosa, que garantiu uma alfabetização mínima para os membros da comunidade. Segundo Amstad, por volta do ano de 1924, haviam cerca de 29 mil crianças e jovens matriculados nas escolas religiosas fundadas nas colônias alemãs. Amstad destaca também que esse número refere-se a mais de 800 escolas criadas e mantidas pelos pais dos alunos, com pouca ou nenhuma ajuda por parte do Governo Federal.

Ao ter a presença constante destes jovens em sala de aula, as organizações religiosas, tanto luteranas como católicas, conseguiram incutir um profundo fervor religioso em algumas pessoas, promovendo a manutenção e crescimento de suas redes, promovendo uniões de família. Na grande maioria das vezes os costumes obrigavam que qualquer relação acontecesse somente dentro das famílias de mesma religiosidade. Qualquer relação entre um luterano e uma católica, ou vice-versa, era tratada como uma abominação e era duramente criticada.

Os aspectos destacados em relação aos luteranos não permitem traçar um quadro linear de sua trajetória. Eles - ou parte deles - certamente tiveram um papel desbravador de territórios em certos momentos e sob certos pontos de vista podemos dizer que foram responsáveis pela fixação das fronteiras do Estado do Rio Grande do Sul.

Certamente não são muito diferentes do que toda a história da humanidade: tiveram altos e baixos, avanços e recuos, contribuíram com papéis e obras mais e menos edificantes, mas com toda a certeza, foram responsáveis por considerável parte da epopeia da Imigração Germânica para o Brasil.

As relações estabelecidas pelos padres e pastores para com a população das colônias vão além das simples ordens religiosas. Os padres e pastores eram a maior ligação que os colonos tinham com o mundo exterior, responsáveis por trazer e levar notícias. Eram considerados respeitáveis e merecedores de todo o respeito. Desse modo, tinham um controle expressivo sobre as populações, de uma maneira que pode ser comparada aos coronéis.

Essas relações de poder se tornam, de certa forma, um espécie de clientelismo, onde os religiosos aproveitam-se de sua posição de poder para obter vantagens sobre os colonos. É dentro dessa perspectiva que criam-se, por exemplo, instituições como as Caixas Rurais, que ficam sob o comando das instituições geridas pelos religiosos. Dessa forma, os religiosos detêm o poder moral, político e econômico da sociedade rural.

O reforço a esse mandonismo dos religiosos vem com a publicação de periódicos que são distribuídos para a população. Um dos mais destacados é o Bauerfreund, revista editada e publicada pela Bauerverein, como forma de difundir o conhecimento e notícias.

## **Considerações finais**

Alguns pontos devem ser levados em consideração, pois trata-se de uma



pesquisa em sua fase inicial. Mas o que a análise dessas sociedades demonstra, é que são comunidades que apesar da existência de diferentes confessionalidades religiosas, a convivência entre seus adeptos não foi fomentada, sendo que os representantes da minoria (evangélicos luteranos) foram redirecionados para o ponto mais distante e remoto da colônia.

Demonstrar esses aspectos específicos de uma região que contribui de forma significativa para o desenvolvimento do Rio Grande do Sul, permite explicar as particularidades existentes em cada uma das regiões da Colônia Serro Azul que ainda serão mais profundamente analisadas. Nesse sentido, conforme o avanço desta pesquisa, pretende-se continuar construindo um estudo de forma consistente, que demonstre como ocorreu a formação e estabelecimento das diferentes religiosidades nesses espaços.

Por fim, o estudo do desenvolvimento da Colônia Serro Azul, por meio de novos dados e informações, possibilita o avanço da historiografia, proporcionando novos questionamentos, e reflexões acerca das diferenças de cunho religioso enfrentadas no início do Séc XX, a fim de que essas comunidades, nascidas das rupturas confessionais, reconheçam e se apropriem de sua história. O que faz do conhecimento científico tão útil e necessário nesse decorrer do século XXI.

## Referências

RAMOS, A. **A formação histórica dos municípios da região das Missões do Brasil**. Instituto Andaluz del Patrimonio Historico, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Patrimônio Nacional, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2006.

CARVALHO, José Murilo de **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual**. Dados [online]. 1997, v. 40, n. 2 [Acessado 15 Setembro 2021], p. 229-250. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>>. Epub 30 Out 1998. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>.

DEWES, Miguel José. **A História de Cerro Largo**. Porto Alegre: Editora da Alvorada, 1966.

GERTZ, Renê. **Luteranos no Brasil**. Revista de História Regional 6(2): 9-33, Inverno 2001

HUNSCHE, Carlos Henrique. **O biênio 1824/25 da imigração e colonização alemã no Rio Grande do Sul (Província de São Pedro)**. Porto Alegre: Nação, 1975.

LANDO, Adair Marli e BARROS, Elaine Cruxén. **A Colonização Alemã no Rio Grande do Sul, uma interpretação sociológica**. Editora Movimento, Porto Alegre, 1981.

NEUMANN, Rosane Marcia. **A colonização do Planalto gaúcho por empresas privadas**. *Histórica* (São Paulo. Online), v. 17, p. 3, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Zagonel de Análise geo-espacial de sobrenomes em genética

médica populacional no Brasil. Tese de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Genética e Biologia Molecular UFRGS. Porto Alegre. 2013 Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/84964/000908055.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acessado em 07/11/2020.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. **História Do Rio Grande Do Sul**. Mercado Aberto. Porto Alegre, 1982

PIASSINI, C. E. **Imigração Alemã e Política: os deputados provinciais Koseritz, Kahlden, Haensel, Brügggen e Bartholomay**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=iH-mijL5ohM%3D&tabid=5360> acessado em 05/11/2020.

PICCOLO, Helga Iracema Landgraf. **Levantamento E Apreciação Da Problemática De São Leopoldo No Período De 1824-1889**, in Estudos Leopoldenses. UNISINOS São Leopoldo. 1974.

SANTOS, Júlio Ricardo Quevedo dos. **Rio Grande Do Sul Aspectos Da História**. Martins Livreiro Editor Porto Alegre. 1989

THIELKE, Asildo. **Dona Otilia**. São Luiz Gonzaga: Gráfica A Notícia, 1990.

TREIB, Rafael Rodrigo Wolfart. **Serro Azul (1902-1927): início e evolução de uma colônia alemã no Rio Grande do Sul**. Trabalho de Conclusão de curso – monografia para a obtenção de grau de Licenciado em História na URI - Santo Ângelo, 2006.

WESZ, Mauro Marx. **“O Reordenamento Do Espaço Agrário Na Região Florestal Das Missões Nas Primeiras Décadas Do Século XX.” O processo de reordenamento do espaço agrário na Região Florestal das Missões nas primeiras décadas do século XX** - Dissertação de Mestrado UFSM.

# RELAÇÕES DE PODER E DE LOCAL: UM CASO SOBRE A TEOLOGIA DA LIBERTAÇÃO

**Gabriel Varreira Gasperin**

Mestrando em História pela Universidade de Passo Fundo

## **Resumo:**

O presente trabalho objetiva analisar a Teologia da Libertação como forma de poder, principalmente pelo seu aspecto religioso. Para Pierre Bourdieu (1989), o poder simbólico que a religião impera sobre a sociedade, torna-se necessário, principalmente pelo fato de que há uma estrutura que a mantém dominante. Outro aspecto da pesquisa visa analisar a Teologia da Libertação sob o aspecto do conceito de Poder Local, conceito este que analisa as formas de organização de um determinado espaço. O objetivo que permeia esta pesquisa é tentar entender em que momento esta corrente teológica tornou-se relevante para a propagação da ideia da libertação, conforme está apresentado em seu corpo teórico, além da tentativa de compreender em que medida utilizou do poder simbólico para se firmar no contexto na América Latina.

**Palavras-chave:** Teologia da Libertação; Poder Local; Poder Simbólico.

## **A Teologia da Libertação: uma gênese histórica**

Para iniciarmos nossa compreensão dos assuntos tratados, é necessário que seja realizada uma análise histórica da Teologia da Libertação, a fim de entendemos nosso objeto de estudo. O objetivo desta seção, trata-se desta análise, pois, uma vez analisada, conseguimos ter um ponto de partida e com isso, podemos construir com o leitor que não conhece a TdL, um breve estudo para conseguir situá-lo.

É imprescindível que haja um breve comentário em relação à igreja europeia, em especial, acerca dos católicos franceses, que iniciaram o pensamento progressista cristão. Quem explica isso é o historiador Eduardo Matheus de Souza Dianna, em seu artigo A Teologia da Libertação e o Movimento dos Cristãos para o Socialismo no Chile entre os anos de 1970 e 1973 (2016). O autor salienta que “é interessante observar as aspirações socialistas dos padres franceses desde os anos 1930 que culminaram num processo de ‘abertura’ da Igreja europeia, a partir dos anos 1960, e da Igreja latino-americana, a partir dos anos 1970”. (DIANNA, 2016, p. 3).

Portanto, a TdL recebeu influência de pensadores europeus, em especial de Charles Péguy (1873-1914), católico francês e membro do Partido Socialista, que colaborou teoricamente para o processo de abertura eclesial acima mencionado.

Pensando historicamente, a Teologia da Libertação tem seu berço nos anos 1960, quando surgiu uma nova consciência sobre “ser igreja”, em especial com o Concílio Vaticano II, convocado pelo Papa João XXIII. O Concílio foi um marco histórico para os católicos, pois diversas mudanças ocorreram nesse processo. Conforme consta no Cadernos Teologia Pública<sup>1</sup>, o Concílio Vaticano II (LIBÂNEO, 2005, p. 5)

encerrou a longa etapa da Contra-Reforma e da neocristandade, modificando profundamente o clima da igreja. A sua contextualização implica vários passos:

1. Alguns traços da Igreja Contra-Reforma;
2. Realidades socioculturais que provocam a crise deste modelo;
3. A crise dentro da Igreja, provocada pela entrada da modernidade;
4. Fatores imediatos que decidiram sobre a convocação e a orientação do Concílio nos seus inícios;
5. Evento Conciliar;

Nesse sentido, é perceptível que a igreja tenha tentado atrair seus fiéis tornando-se mais acessível, principalmente, para a juventude.

Outra conferência a ser destacada é a II Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano, que ocorreu em Medellín, em 1968. A partir desses dois encontros, a Teologia da Libertação começou a ganhar forma, por meio da análise social sobre o subcontinente latino-americano.

Portanto, alguns teólogos e intelectuais, como o peruano Gustavo Gutiérrez e o brasileiro Leonardo Boff, começaram a construir a ideia de que era necessário cada vez mais olhar para as classes subalternas e ajudá-las em sua libertação, a exemplo do povo israelita que se libertou da escravidão no Egito, conforme o livro do Êxodo.

A Teologia da Libertação se constitui sob uma ótica, sobretudo da igreja, para com os oprimidos. É a experiência e a opção pelos pobres, “é lutar a favor dos direitos humanos violados” (BOFF, 1975, p. 9), seguindo o exemplo de Jesus. Interpretar esse tipo de teologia é fazer a opção pela libertação. Para Boff, essa característica se dá pelo processo de romper com a dominação da burguesia sobre os pobres e, conseqüentemente, romper com a opressão que se dá por meio da chamada luta de classes.

Segundo Boff, em sua obra Teologia do Cativo e da Libertação (1975), os países subdesenvolvidos estão à margem dos países desenvolvidos, e cada vez mais excluídos pelo projeto liberal. Para isso, o autor defende ser necessária a construção de um projeto de libertação, opondo-se ao assistencialismo prestado pela igreja.

O historiador Sandro Ramon Ferreira da Silva também analisa a TdL a partir de uma perspectiva histórica. A escolha desse autor foi baseada em sua dissertação *Teologia da Libertação: Revolução e Reação Interiorizadas na Igreja* (2006), que, por sua vez, apresenta a construção da TdL no âmbito histórico e social. Em outras palavras, traz relações – assim como Michael Löwy – entre a TdL e os processos revolucionários, além de incluir no estudo o exemplo do Brasil com as Comunidades Eclesiais de Base.

Aqui, cabe destacar a importância do papel de Medellín, cidade pertencente à Colômbia, o berço da Teologia da Libertação. Significativamente, é expressivo e representativo que seja em um país latino-americano. Quem relata melhor essa relação é o doutor em Ciências Teológicas, Agenor Brighenti, no seu artigo *Medellín e Teologia da Libertação: muito mais que uma relação histórica* (2018). Segundo o autor, não haveria Teologia da Libertação sem Medellín (BRIGHENTI, 2018, p. 545). Por essa razão, começa ali, em um país sul americano, a ascensão de uma teologia que viria ser um corpo teórico importante.

## **Teologia da Libertação e suas relações de poder**

O objetivo desta seção é pensar e analisar a TdL a partir do seu poder simbólico, conceito este utilizado por Pierre Bourdieu, visto que devemos partir do ponto que ela se encontra dentro de uma instituição hierarquizada, neste caso, a igreja católica. No encontro destas ideias, embora a TdL busque construir a libertação dos oprimidos, ela constitui um movimento de refletir sobre as posições da igreja católica, visto que há uma hierarquia e uma ala conservadora que não compactua com suas ideias.

Nas primeiras escritas da obra *O Poder Simbólico* (1989), o autor Pierre Bourdieu descreve a importância do poder dos símbolos para a estruturação da sociedade, uma vez que o mito, a língua, arte e ciência são como instrumentos de conhecimento e de construção do mundo dos objetos, como formas simbólicas (p. 8). Diante disso, os símbolos tornam-se instrumentos de integração social (p. 10) e pontos fundamentais para que transcorra um envolvimento social entre as pessoas.

Importante observar que do ponto de vista das classes sociais, ocorre a utilização do poder simbólico por parte da classe dominante, a fim de continuar se perpetuando como classe dominante. Neste viés, o autor dialoga com dois importantes sociólogos: Karl Marx e Émile Durkheim, em que insere uma visão social para constituir a análise do poder simbólico.

Destaco a forma como há uma contradição: se por um lado, há uma teologia que busca a libertação dos oprimidos, por outro, necessita de relações de poder para que se sustente e se desenvolva. Isso não necessariamente quer dizer algo negativo, isso mostra as contradições existentes.

Portanto é necessário que seja constituída uma análise referente ao papel da Teologia da Libertação enquanto movimento interno da igreja católica, principalmente no que se refere as suas contradições. Como mencionado, é

importante refletir: como se articula a TdL, tanto externamente, quanto internamente? como ela se desenvolveu, sem chegar a um fim? É possível que haja contradições em suas ideologias ou dogmas?

Outro conceito que dialoga com o Poder Simbólico, é o Poder Local. Segundo a professora Janaína Rigo Santin em seu artigo *O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal* (2007), o Poder Local é

num Estado Democrático de Direito, o Poder Local apresenta-se como um novo paradigma de exercício do poder político, fundado na emancipação de uma nova cidadania, rompendo as fronteiras burocráticas que separam o Estado do cidadão e recuperando o controle do cidadão no seu Município mediante a reconstrução de uma esfera pública comunitária e democrática. Conjugar práticas de democracia participativa à representação tradicional, em que os cidadãos, agindo de forma conjunta com o poder público, passarão a ser responsáveis pelo seu destino e pelo destino de toda a sociedade. (p. 72-73).

Portanto, a noção de Poder Local está diretamente ligado com a participação popular em um gestão presente em um estado democrático de direito, o que faz com que a Teologia da Libertação se relacione com o conceito, na medida que busca a participação popular e a emancipação dos oprimidos também em um estado de direito democrático.

Em seu trabalho *A historiografia da Teologia da Libertação e a Questão dos Pares Assimétricos* (2012), o historiador Mairon Escorsi Valério se prontifica a analisar a trajetória da Teologia da Libertação, mas, além disso, discorre sobre os pares assimétricos. Os pares constituem o confronto de dois pensamentos: a “igreja popular”, também chamada de “basismo”, versus a “igreja oficial” ou “vertical”. Nessa perspectiva, pode-se analisar mais a fundo por qual razão é relacionada a Teologia da Libertação com a ideia da igreja popular e o que isso significa. Conforme afirma o autor, há um

embate bipolar entre o catolicismo oficial e a Igreja influenciada pela teologia da libertação, denominada de Igreja Popular. O primeiro era sempre denunciado pelo status quo da miséria social. A segunda declarava fundamentar-se numa aliança entre a ação conscientizadora de seus agentes eclesiais e suas bases populares conscientizadas. Estabelecia-se assim, uma série de oposições assimétricas bem simplistas entre: o progressivo e o conservadorismo católico; o surgimento de um projeto eclesial construído desde as bases e o apego da instituição ao seu princípio vertical de autoridade; uma teologia propriamente latino-americana, concreta e dialética, e a teologia europeia, abstrata e exógena; entre religião libertadora e alienação religiosa (VALÉRIO, 2012, p. 162).

Observa-se que há esse conflito interno da Igreja Católica. Se por um lado há uma igreja que visa conservar os costumes e tradições, sem romper com o *status quo* - isso por diversas razões, mas destaca-se, aqui, a questão

econômica -, por outro lado, existe uma igreja que busca romper com o *status quo* e proporcionar outras interpretações da vida política, social, econômica e eclesial.

Contudo, Valério ressalta que não se pode ater a essa simples divisão. A igreja possui diversas ramificações de pensamentos e leituras e isso é válido tanto para a corrente conservadora, quanto para a corrente progressista, e limitá-los a essa relação ambígua não proporciona aberturas para o fortalecimento de outras ideias e interpretações. Conforme afirma o autor, “a conceituação bipolar assimétrica entre Igreja Oficial versus Igreja Popular obscurece a grande diversidade interna à Igreja e uma grande multiplicidade de práticas religiosas que não podem ser encaixadas nessa estrutura binomial” (VALÉRIO, 2012, p. 168). Mesmo que esta ambiguidade ainda exista, a igreja popular ganha força a partir de participações em processos revolucionários em alguns países, como por exemplo, em Cuba e na Nicarágua. Quem traz estas experiências, de modo mais afincado, é o historiador Sandro Ramon Ferreira da Silva em sua dissertação *Teologia Da Libertação: Revolução e Reação Interiorizadas na Igreja* (2006), defendida na Universidade Federal Fluminense.

Silva (2006, p. 38-39) afirma que:

A fase de formulação da Teologia da Libertação (1968 - 1975), corresponde ao período de maior efervescência política do continente. Como já afirmado, não somente a teologia versava sobre libertação, mas toda a esquerda do continente, principalmente a partir da teoria da dependência. Na década de 1960, a América Latina esteve em estado de ebulição com golpes e contra-golpes de Estado. Com uma crescente ação de guerrilheiros e a firme crença de que seria possível repetir, do México à Argentina, aquilo que Fidel realizara em Cuba, a partir de 1959. A própria figura de Che Guevara, ainda vivo até 1967, aumentava a expectativa de mudanças e rupturas da ordem estabelecida, e espalhava o sonho revolucionário, principalmente entre os jovens que iriam mitificá-lo.

Nesse sentido, pode-se observar que a Revolução Cubana foi um processo chave para o desenvolvimento da Teologia da Libertação. Esse processo revolucionário, inspirado nas figuras de Che Guevara e Fidel Castro, libertou a ilha do sistema ditatorial de Fulgêncio Batista e implantou as ideias comunistas. Isso impactou toda a América Latina. E, nesta concepção, vários movimentos sociais e movimentos revolucionários sentiram-se motivados a continuar o legado do povo cubano. Então, inspirados nesse processo revolucionário, o historiador destaca alguns destes movimentos revolucionários. São eles:

Sendero Luminoso, do Peru; diversas organizações no Brasil, tais como, Ação Libertadora Nacional (ALN), Frente de Libertação Nacional (FLN), o Colina; e tantos outros; as Forças Revolucionárias Colombianas (Farc); a Frente Sandinista de Libertação Nacional (FSLN) na Nicarágua; a Frente Marti Faribundo de Libertação Nacional (FMLN), em El Salvador (SILVA, 2006, p. 32).

Destaca-se, no contexto de influências da TdL, a Frente Sandinista de Libertação Nacional, que derrubou o Anastácio Somoza e iniciou um novo regime de caráter socialista na América Latina (SILVA, 2006, p. 87).

A FSLN é destacável pelo fato de que a Teologia da Libertação foi fortemente envolvida e influenciou de maneira simbólica, principalmente pela participação da juventude. O autor Sandro Ramon Ferreira da Silva (2006, p. 102) ainda afirma:

Em contexto de imperiosa eferescência política, a Igreja da Nicarágua foi certamente a que mais se polarizou no continente entre favoráveis e contrários à Teologia da Libertação. Até porque, foi aquela que teve certamente uma das experiências mais intensas na ação dos padres progressistas. A divisão do clero no país foi, certamente, uma das causas para a reação vaticana contra a TL a partir de 1983, quando o Papa em visita ao país presenciou a dramática situação interna da instituição religiosa daquele país.

Sandro Ramon Ferreira da Silva (2006, p. 102) alega que:

Um clérigo de atuação preponderante na Igreja popular local foi Fernando Cardenal. Adepto da TL dedicou-se ao trabalho com jovens aplicando retiros e exercícios espirituais. Em 1973 fundou o Movimento Cristão Revolucionário que daria muitos líderes a Frente Sandinista. Centenas de jovens católicos participaram da luta contra o regime e a Guarda Nacional. Jovens saídos de movimentos de caráter eclesial como os Universitários Cristãos Revolucionários, Estudantes Cristãos por la Revolución, ou Comunidades Cristãs Juveniles de Base.

Em relação ao papel protagonista da juventude, o autor Michael Löwy destaca, além da Frente Sandinista, o exemplo do Brasil, com as Comunidades Eclesiais de Base (CEB's), fundamentais para o desenvolvimento da TdL no país.

Löwy (2016, p. 95) define:

Com relação à Igreja como estrutura institucional, a grande mudança que ocorreu a partir da década de 1960 foi o surgimento das Comunidades Eclesiais de Base, as CEBs – sobretudo no Brasil, onde elas reúnem centenas de milhares (talvez milhões) de cristãos, e, em menor escala, em todo o continente. A comunidade de base é um pequeno grupo de vizinhos que pertencem à mesma comunidade, favela, aldeia ou zona rural populares e que se reúnem regularmente para rezar, cantar, comemorar, ler a Bíblia e discuti-la à luz de sua própria existência de vida. É preciso enfatizar que as CEBs são muito mais convencionalmente religiosas do que se imagina geralmente: elas apreciam e praticam uma série de orações e ritos tradicionais (o rosário, vigílias noturnas, adoração, e comemorações como procissões e peregrinações) que pertencem à religião popular.



É nos encontros das Comunidades Eclesiais de Base que ocorre uma aproximação entre a TdL e os católicos da base, ou seja, aqueles fiéis das pequenas comunidades e paróquias eclesiais. A ideia de uma igreja popular, voltada para os oprimidos, vem à tona nesses encontros da base da igreja católica. Na análise de Michael Löwy, os agentes participantes das Comunidades Eclesiais de Base têm diversos objetivos, entre os quais os teólogos da libertação ganham um papel fundamental, principalmente na luta contra a modernidade capitalista. Como destaca Löwy (2016, p. 111-112):

uma das atividades principais das pastorais populares, tais como a pastoral da terra ou a pastoral indígena, é a defesa das comunidades tradicionais (de camponeses pobres ou de tribos indígenas) ameaçadas pela voracidade das grandes empresas agroindustriais ou pelos imensos projetos estatais de modernização. Na periferia caótica dos centros urbanos, seu objetivo é reconstruir, através das CEBs, um estilo de vida comunitário, com a ajuda das tradições do passado rural que ainda estão presentes na memória coletiva dos pobres hábitos de cooperação, solidariedade e ajuda mútua.

Então, é possível afirmar que há uma relação entre a TdL e as CEB's, no sentido de que uma fornece a teoria para a práxis da outra. Entretanto, uma crítica necessita ser feita. Conforme afirma o historiador Mairon Escorsi Valério, há um distanciamento entre os principais teólogos da libertação e os fiéis da base da igreja católica.

Apesar do discurso dos teólogos da libertação buscar essa identificação constante com os de baixo quando se trata de pensar a gênese da teologia da libertação, o surgimento e desenvolvimento dela estão mais relacionados, por um lado, com uma religiosidade vivenciada por leigos e clérigos comprometidos com o catolicismo social radicalizado do início dos anos 1960 e que era denominado de esquerda católica, e por outro, relacionado à alta hierarquia que por meio de bispos e instituições estimulou os teólogos a uma produção crítica (VALÉRIO, 2012, p. 172-173).

A crítica é ao fato de que a TdL não foi construída pelas pessoas da base, mas sim por bispos - como o Gustavo Gutiérrez - e outros considerados do “alto escalão” da igreja católica. Nesse caso, poderia-se afirmar que apenas uma elite católica participou da elaboração e estruturação da Teologia da Libertação, sem a participação dos leigos. Embora, como visto acima, a aproximação da TdL com as CEB's tenha sido um processo de aproximar a base às ideias de uma igreja popular, por muito tempo as mantiveram afastadas, principalmente pelo fato de terem sido construídas por bispos.

A reflexão acima mostra como há diversas falhas nos níveis hierárquicos da Igreja Católica, portanto, torna-se uma contradição, visto que a libertação do povo não foi discutida com o próprio povo mas, sim, com os bispos considerados do alto escalão.

Para concluir esta seção, podemos observar como a TL influenciou em diversos países, nos mais diversos âmbitos. Observamos que o seu poder simbólico enquanto parte de uma instituição também corrobora para acentuar processos revolucionários e processos de discussões nos espaços que ocupa. Podemos notar também que o poder local foi influenciado pela TL, visto que houveram modificações em diversos cenários políticos e sociais.

## Considerações finais

Este texto buscou contemplar a Teologia da Libertação e suas contradições, uma vez que ela encontra-se dentro de um contexto hierárquico, neste caso, a Igreja Católica. A Teologia da Libertação que busca um olhar para os oprimidos foi criada a partir da elite eclesial, composta principalmente pelos bispos. Com isso, há um poder simbólico em que a Igreja Católica se sustenta e, conseqüentemente, a TdL também se utiliza. Sabemos que a manutenção da fé é um artifício que busca manter os fiéis ligados a uma instituição religiosa, contribuindo para a sua manutenção e propagando as ideias pregadas.

A pesquisa mostrou que a igreja popular, no qual a TdL é adepta, se mostra em disputa com a parte da igreja conservadora. Porém, um fato as une: o poder exercido em seus adeptos. Enquanto a igreja conservadora busca se manter no poder para firmar o status-quo e manter os seus privilégios, a igreja popular busca não só quebrar o status-quo, mas fornecer poder aos oprimidos.

Por fim, este trabalho encontra-se em aberto para as mais diversas contribuições referentes ao assunto. É visto que muitas colunas podem ser preenchidas, com outros atores e outras leituras, a fim de reforçar ou contrariar as argumentações apresentadas.

## Referências

- BOFF, Leonardo. **Teologia do Cativo e da Libertação**. Rio de Janeiro: Multi-nova, 1975. 132 p. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/354702851/Boff-Leonardo-Teologia-Do-Cativo-e-Da-Libertacao>. Acesso em: 13 mar. 2020.
- BOGDAN, ROBERT; BIKLEN, SARI. **Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos**. Portugal: Porto Editora, 1994. cap. 1 e 2.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989. 311 p.
- BRIGHENTI, Agenor. **Medellín e Teologia da Libertação: muito mais que uma relação histórica**. Revista Horizonte, Belo Horizonte, v. 16, n. 50, p. 544-575, ago. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/P.2175-5841.2018v16n50p544/13553>. Acesso em: 07 out. 2020.
- DIANNA, Eduardo Matheus de Souza. **A teologia da libertação e o movimento dos cristãos para o socialismo no Chile entre os anos de 1970 e 1973**. In: XIII Encontro DA ANPUH-MS: Histórias, democracia e possibilidades do saber histó-

rico. Anais [...] Coxim: AnPUH-MS, 2016. p. 1-13. Disponível em: [http://www.encontro2016.ms.anpuh.org/resources/anais/47/1477398528\\_ARQUIVO\\_texto-completo\\_Anpuh\\_EduardoDianna.pdf](http://www.encontro2016.ms.anpuh.org/resources/anais/47/1477398528_ARQUIVO_texto-completo_Anpuh_EduardoDianna.pdf). Acesso em: 15 set. 2020.

GUTIÉRREZ, Gustavo. **Teologia da Libertação Perspectivas**. Editora Loyola, 2000, p 368.

LIBÂNEO, Carlos José. **Cadernos Teologia Pública**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. 2005. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/teopublica/016cadernosteologiapublica.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

LÖWY, Michael. **O que é Cristianismo da Libertação: Religião e Política na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2016. p. 7-254.

SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local e a Gestão Democrática Municipal. Revista Estudos Jurídicos (Unisinos). v. 40, n. 2, jul./dez. 2007.

SILVA, Sandro Ramon Ferreira da. **Teologia da Libertação: revolução e reação interiorizadas na igreja**. 2006. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de História, Universidade Federal de Fluminense, Niterói, 2006. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/924.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

VALÉRIO, Mairon Escorsi. A **Historiografia da Teologia da Libertação na América Latina e a Questão dos Pares Assimétricos**. Fronteiras, Dourados – Mato Grosso do Sul, v. 14, n. 25, p. 161-181, 2012a. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/FRONTEIRAS/article/view/1729/1512>. Acesso em: 10 jun. 2020.

# PRECEDENTE JUDICIAL ESTRANGEIRO APLICADO NO BRASIL EM TEMPO DE PANDÊMIA: LIBERAÇÃO TEMPORÁRIA DE CULTOS RELIGIOSOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL

**Guilherme Rigo Berndsen**

Doutorando da Universidade do Vale do Itajaí, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Advogado.

## **Resumo:**

O presente estudo tem por finalidade verificar se existe no Brasil a compreensão dos direitos provenientes da *Common Law*, a partir do Código de Processo Civil brasileiro, que introduziu os Precedentes Judiciais no território pátrio, em especial, a correta aplicação do Precedente Judicial estrangeiro utilizado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 701 pelo Supremo Tribunal Federal durante a pandemia. A partir dessa delimitação, o objeto é investigar a importância desse acréscimo no sistema jurídico brasileiro, pois tal alteração veio para dar maior unidade ao Direito, e de forma consequente, diminuir a loteria judiciária que resulta em decisões diferentes para casos idênticos. Com a utilização do método indutivo e a partir de pesquisa bibliográfica, conclui-se pela necessidade de adequada compreensão e aplicação do instituto como importante instrumento de pacificação social e unidade do Direito, impedindo-se a ocorrência da insegurança jurídica.

**Palavras-chave:** *Civil law*; *Common law*; Precedente judicial; Decisão judicial.

## **Introdução**

Os direitos existentes no Brasil, em sua maior parte, provieram do sistema *Civil Law*, ou seja, são provenientes de leis e demais normas jurídicas criadas pelo Congresso Nacional e suas consequentes codificações, sendo esta produção de normas legais, uma tradição bastante arraigada no sistema jurídico brasileiro, que sempre teve enorme influência e adotou o sistema romano-germânico desde sua concepção.

Ocorre que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a qual criou o Código De Processo Civil brasileiro (CPC/2015), também acrescentou os Pre-

cedentes Judiciais como mais uma fonte de Direito no ordenamento jurídico nacional.

Inclusive, essa nova fonte jurídica vem ganhando cada vez mais força no direito pátrio, diante da realização de inúmeros estudos e pesquisas sobre o tema por parte das Cortes Superiores, criando-se outra realidade, mais precisamente, um novo sistema jurídico brasileiro, conhecido como sistema “Híbrido”, pois encontra-se utilizando características e peculiaridades dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*.

Registra-se que além da fonte legislativa que outrora já era existente no país, o sistema brasileiro também passou adotar os Precedentes Judiciais como outra alavanca criadora de normas jurídicas.

Logo, além de julgar, o Poder Judiciário se tornou um importante hermenêutica no processo de continuidade e atualização das leis e do Direito como um todo. Registra-se que tal alteração veio para dar maior unidade ao direito, e de forma coerente, diminuir a “loteria judiciária” que resulta em decisões diferentes para casos idênticos.

Ocorre que na véspera da Páscoa do ano de 2021, quando o Brasil já alcançava a marca superior a 300.000.00 mortes em decorrência da pandemia, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 701, afastou as restrições municipais e estaduais de distanciamento social existentes na pandemia.

E, de forma consequente, liberou a realização de todos os cultos religiosos presenciais no território nacional, sob o fundamento / utilização de um Precedente Judicial estadunidense (*Court Supreme 592 U.S 2021*) que anulou as restrições a cultos religiosos na Califórnia.

Registra-se que supracitada decisão, diga-se de passagem, de forma monocrática e liminar, foi proferida em oposição do que o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal já havia decidido em data pretérita em relação a casos equivalentes.

A partir dessa delimitação, o objeto deste estudo é investigar a efetividade da aplicação das decisões judiciais – Precedentes Judiciais - como fonte de normas jurídicas no Brasil, analisando-se as suas consequentes utilizações pelo Poder Judiciário a partir dos fundamentos dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*.

Inclusive, verificar a correta observância, aplicação e tratamento dos Precedentes Judiciais criados durante a pandemia causada pelo coronavírus (COVID – 19 – SARS – COV-2), em especial, o caso supracitado, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo. Na fase de Tratamento dos Dados, utilizou-se o Método Cartesiano (PASOLD, 2015) para se propiciar indagações sobre o tema.

As técnicas utilizadas nesse estudo serão da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Conceito Operacional, quando necessário (PASOLD, 2015, p.

215, 27 e 39). Outros instrumentos de Pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal desse estudo se torne esclarecedor ao leitor.

## 1. Breve apresentação dos sistemas: *civil law* e *common law*

A maioria da comunidade jurídica e grande parte dos bancos escolares de Direito sempre ensinaram como forma de introdução ao universo forense a existência de dois grandes modelos jurídicos difundidos no mundo ocidental.

O sistema *Civil law*, que tem tradição romano-germânica e é o sistema adotado principalmente no Brasil, uma vez que a legislação é a fonte primária do direito. Nesse caso, a tarefa do Magistrado é primordialmente transformar em comando legal o que existe em abstrato proveniente do Legislador para os casos que lhe chegam para julgamento.

Norberto Bobbio, em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, ao discorrer sobre o ordenamento jurídico, inicia conceituando-o de forma geral, como simplesmente um conjunto de normas, partindo do pressuposto de que na formação de um ordenamento jurídico faz-se necessário a concorrência de mais de uma norma, ou seja, pelo menos duas normas.

Portanto, constituindo-se o ordenamento jurídico necessariamente de mais de uma norma, regra geral, composto de milhares de normas, como se observa atualmente em todos os Estados, fundamental que o conjunto normativo seja coerente e harmônico, inclusive, que as normas sejam dispostas de forma hierárquica e concatenadas entre si. (BOBBIO, 2014, p. 34)

Na realidade, é consabido que os ordenamentos são compostos por inúmeras normas, muitas vezes, sendo até mesmo incontáveis, diante de tamanha complexidade normativa em certos Estados. Principalmente os Estados de origem Romana, que possuem vasta e prolixas legislações, conforme é o caso brasileiro.

Ocorre que, se um dia existiu o pensamento de que as leis abarcariam todos os problemas da vida, atualmente, esse pensamento se encontra ultrapassado e não pode mais ser expressado com tanta facilidade.

Isso está muito claro, pois a evolução da sociedade caminha num ritmo muito mais acelerado do que a produção do Direito codificado. Como solução a esse problema, ao invés de se criar leis, a legislação passou a ser muito mais interpretada pelo Poder Judiciário para se manter atualizada.

Norberto Bobbio, bem sintetiza o assunto em sua obra:

É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contém somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis. A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, as quais podem às vezes ser consideradas como os regu-

lamentos executivos das diretrizes de princípio contidas na Constituição. (BOBBIO, 2014, p. 40)

Atualmente, diante da complexidade existente nas sociedades, bem como a sua própria transformação diária, o Poder Público e o próprio Estado não são mais apenas criadores de sanções normativas. São responsáveis, também, pelo próprio estímulo do mercado, coordenação da economia, assistência à saúde, educação etc., denominadas nas obras de Bobbio como “sanções positivas” ou sanções promocionais.

Hans Kelsen, em seu livro *Teoria Pura do Direito*, também afirma que os ordenamentos jurídicos se enquadram como sistemas dinâmicos, ou seja:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma definida por uma norma fundamental pressuposta, levando-a a pertencer à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. A norma fundamental de uma ordem jurídica não consiste em uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas - como o particular do geral - normas de conduta humana através de uma operação lógica. (KELSEN, 1998, p. 139)

Já o sistema *Common Law*, que tem tradição anglo-saxônica, surge das práticas sociais e dos costumes na Inglaterra. Portanto, esse sistema nasceu dos casos apresentados ao Poder Judiciário, e, caso por caso, teve gradativa ampliação do Direito consuetudinário pelos julgamentos proferidos.

Segundo Marco Félix Jobin e Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, cada julgamento realizado pelos tribunais expande os confins do *Common Law* e esta nasce do cadinho dos casos, caso por caso, procedendo em parte por analogia, em uma gradativa ampliação do direito pelos julgamentos proferidos. Em outras palavras, a sociedade acompanha a Corte, ao passo que esta acompanha a sociedade. (JOBIN; OLIVEIRA JÚNIOR, 2021, p. 30)

Sobre o sistema anglo-americano, Toni Fine também apresenta as seguintes considerações em seu livro:

O sistema jurídico norte-americano distingue-se pela primazia de uma dessas fontes – ou seja, o *case law* (precedente). Sob determinadas circunstâncias, o *case law* é obrigatório, de acordo com o princípio do *stare decisis*, uma política segundo a qual decisões judiciais são seguidas em casos subsequentes que envolvam a mesma questão jurídica e fatos materiais similares. (FINE, 2011, p. 1)

Portanto, os países da *Common Law* usam os Precedentes Judiciais como uma obrigação qualificada de cumprir as decisões anteriores (*stare decisis*), sendo tais decisões fontes vinculantes e primárias do direito, tais como as leis.

No Reino Unido, há séculos a *House of Lords* considera vinculante o Precedente Judicial anteriormente decidido, não podendo ser simplesmente desconsiderado. Mesmo porque, somente com respeito às decisões anteriores se assegura a expansão do direito jurisprudencial que é próprio aos países da *Common Law*. (JOBIN; OLIVEIRA JÚNIOR, 2021, p. 32).

Isso não quer dizer que a legislação emanada pelo Poder Legislativo não tenha qualquer valor, mas no sistema da *Common Law*. Ocorre que as leis, propriamente dita, assumem uma posição secundária, sendo, nesse ponto, um sistema totalmente antagônico ao sistema da *Civil Law*.

Nesse sentido, Claus Wilhelm Canaris, destaca que o sistema jurídico – independentemente da sua origem - cumpre duas tarefas primordiais na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico, conduzindo-a a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica. Serve, ainda, para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, resultando no aperfeiçoamento do Direito, tanto pela identificação de contradições de valores quanto para a determinação de lacunas. (CANARIS, 2002, p. 283-4)

Portanto, o sistema jurídico sempre pressupõe uma unidade e a coerência das regras/normas que o compõe, devendo-se, em casos de antinomias próprias, realizar, pelos critérios adrede mencionados, a exclusão das regras conflitantes, sob pena de gerar incertezas nos cidadãos, que não saberão qual conduta é permitida ou proibida, resultando em possíveis injustiças, já que diante de duas normas contraditórias, poder-se-á aplicar uma delas a depender de seus destinatários, o que fere a isonomia.

## 2. O sistema híbrido brasileiro

No Brasil, a norma jurídica fundamental que se encontra no ápice do sistema jurídico e sobre todas as demais normas legais é a Constituição Federal, tendo a Carta Magna seu fundamento no Poder Constituinte Originário.

Nesse rol legislativo fundamental, deve ser incluído, ainda, 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, os quais serão equivalentes às emendas constitucionais, bem como os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos que não forem aprovados na forma adrede mencionada, ou que versem sobre outros assuntos, que após incorporados ao ordenamento jurídico, passam a ter caráter supralegal, ocupando espaço hierárquico normativo abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias.

Logo, a questão da unidade do ordenamento jurídico está relacionada as Fontes do Direito, a qual Norberto Bobbio traz a seguinte lição:

Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse



ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento. Chamamos esse poder originário de *fonte das fontes*. (BOBBIO, 2014, p. 71)

Não obstante a tais fatos, para promover a facilidade em admitir o novo modelo de normas jurídicas, é imprescindível que as fontes do ordenamento sejam conhecidas e legítimas, sob pena de existir uma infinidade de normas que jamais alguém conseguirá contar.

A denominação utilizada “fonte das fontes”, para descrever o poder originário ou norma fundamental pode ser entendido como aquele poder inicial que atribui para outros órgãos executivos o poder de estabelecer normas integradoras do sistema, aliadas a consequente subordinação legislativa, tornando-se, assim, um verdadeiro ordenamento jurídico.

No Brasil, conforme já dito anteriormente, é previsto na própria Constituição, tratando-se de norma processual civil, a fonte legislativa deve ser privativa da União, através do seu Parlamento, que fará lei específica para tanto.

Portanto, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro concebe que a supremacia das normas constitucionais bem como a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público demandam do intérprete constitucional a preferência, sempre, ao sentido da norma que se adapte à Constituição Federal (CADEMARTORI, 2009, p. 34).

No caso do sistema jurídico brasileiro, a partir do ano de 2016, com o advento do novel Código de Processo Civil, houve um acréscimo nas fontes do Direito pátrio: ou seja, foi acrescido os Precedentes Judiciais.

Dessa forma, foi criado o que alguns chamam de Sistema Híbrido brasileiro, pois o sistema jurídico nacional, atualmente, possui como fontes de Direito técnicas utilizadas tanto pelo sistema da *Common Law*, bem como o sistema da *Civil Law*, diga-se de passagem, este último sendo preponderante.

Sobre a introdução do sistema jurídico anglo-americano no modelo brasileiro, os Precedentes Judiciais (*stare decisis*) são tratados pelo Poder Judiciário como matéria de elevada importância, pois o Brasil ainda dá os primeiros passos na construção desse novo sistema judicial híbrido.

Logo, o sistema jurídico do Brasil, atualmente, possui como fontes do direito: a Lei, o sistema de Jurisprudência e Súmulas (vinculantes ou não) e os Precedentes Judiciais, denominando-se, assim, de sistema Híbrido brasileiro.

Assim, mesmo sendo impossível que o Poder Legislativo possa criar todas as normas possíveis para que se regule a vida social, também é inegável o papel das decisões judiciais na estabilização do direito; da mesma forma na sua contribuição na evolução do direito, na atualização do seu sentido e alcance, pois recai sobre o Judiciário a tarefa de mediar a relação entre o direito positivo e a realidade social. (JOBIN; OLIVEIRA JÚNIOR, 2021, p. 59)

Entretanto, existe uma grande preocupação de que o Poder Judiciário

brasileiro, adotando cada vez mais o denominado Sistema Híbrido, não dê conta de uma das suas tarefas primordiais: dar unidade ao direito e de forma consequente eliminando a insegurança jurídica ou loteria judiciária.

### **3. A utilização do precedente judicial estrangeiro que permitiu a realização dos cultos presenciais na páscoa**

No começo deste tópico registra-se que na data do julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 701) que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no ano de 2021 em plena pandemia do coronavírus (COVID – 19 – SARS – COV-2), o Brasil alcançava uma marca superior a 300.000.00 mortes em decorrência da pandemia.

Nesse contexto, o caso supracitado é utilizado como paradigma, pois em decisão liminar proferida de forma monocrática no dia 03 de abril, sábado, véspera da Páscoa de 2021, o Ministro Kassio Nunes Marques do Supremo Tribunal Federal, afastou em todo território nacional, as restrições de distanciamento social, tanto municipais, como estaduais, existentes em relação ao comparecimento presencial a cultos religiosos.

EMENTA: Proibição da realização de cultos religiosos presenciais. Extrapolação de poderes incompatível com a ordem constitucional vigente. Liberdade de consciência e de crença. Livre exercício dos cultos religiosos. Garantia de proteção aos locais e suas liturgias. Reunião de fiéis. Aspecto absolutamente essencial da religião. (ADPF 701 / MG)

Essa liberação aos cultos religiosos presenciais, teve como principal fundamento normativo, a utilização de um Precedente Judicial da Suprema Corte americana que anulou as restrições presenciais a cultos Religiosos na Califórnia. Observe-se abaixo:

No recente julgamento do caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (592 U.S. \_\_ 2021), a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou legítima a restrição e público em cultos religiosos (tolerando a ocupação de até 25% da capacidade dos templos), mas considerou inconstitucional a proibição completa dos cultos religiosos. (ADPF 701 / MG)

Ocorre que dois dias depois, ou seja, 05 de abril de 2021, segunda-feira, outro Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Ministro Gilmar Mendes, proferiu decisão no sentido de declarar constitucional o ato do Estado de São Paulo que vetou os eventos religiosos presenciais.

Com isso, naquele momento, o Supremo Tribunal Federal possuía duas decisões conflitantes e antagônicas sobre a mesma demanda. Logo, diante desse impasse jurídico, a questão foi decidida na quarta-feira (7) pelo plenário

da Corte para saber qual das duas decisões deveria prevalecer.

O placar foi 9x2 no sentido de ser contra a permissão a realização presencial de missas e cultos durante a pandemia naquele momento. Mas a questão proposta neste trabalho, não é a discussão em si de ser a favor ou contra qualquer restrição a missas e aos cultos presenciais.

O principal tema aqui trazido, é mostrar que o uso dos Precedentes Judiciais, inclusive, estrangeiros, deve ser utilizado com a devida cautela e técnica processual, sob pena de aumentar-se ainda mais a insegurança jurídica, ou a “loteria judiciária”, que resulta em decisões diferentes para casos idênticos, conforme o caso acima citado.

Por óbvio, a utilização de Precedentes Judiciais estrangeiros é uma medida salutar ao Direito brasileiro, pois trata-se de verdadeira tendência mundial o diálogo entre jurisdições e instituições constitucionais.

Todavia, não se pode simplesmente aplicar sem nenhuma crítica no Brasil, a mesma conclusão a que chegou determinado Tribunal Constitucional estrangeiro, sem antes fazer a devida análise dos fundamentos daquele julgamento adventício.

Inclusive, se deve observar, minimamente: 1) se existe a constitucionalidade da decisão tomando como paradigma a Constituição Federal de 1988, ou seja, a fonte fundamental de direito brasileiro, também conhecida como “fonte das fontes”; 2) à situação fática brasileira; e, 3) à relevância e necessidade de utilização do Precedente Judicial estrangeiro.

Isso tudo, sob a base de princípios norteadores da atividade interpretativa, tais como o da unidade da constituição (a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas); do efeito integrador (na resolução de problemas constitucionais, deverá ser dada primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, assim como ao do reforço da unidade política) entre inúmeros outros fatores de concordância prática e constitucional (CADEMARTORI, 2009, p. 34).

Não obstante a tais fatos, na decisão liminar proferida de forma monocrática, o ministro Nunes Marques sequer discute a jurisprudência nacional do Supremo Tribunal Federal já existente sobre os fatores da pandemia, até porque, o próprio Plenário da casa guardiã da Constituição já havia permitido a realização de variadas restrições por autoridades municipais e estaduais.

Em outras palavras, muito embora o uso de Precedentes Judiciais estrangeiros em decisões judiciais brasileiras tenha crescido nos últimos anos, esses Precedentes Judiciais não podem ser utilizados de forma oportuna ou somente quando interessa ao julgador do processo, principalmente o Precedente Judicial Norte-americano, que é fruto de uma realidade totalmente diversa da vivida no Brasil, seja na esfera jurídica, econômica, social, histórica e até mesmo cultural.

Portanto, embora o Ministro Nunes Marques tenha mencionado e adotado a solução apresentada pela Suprema Corte Americana, ele não trouxe para a decisão qualquer discussão acerca da substância apresentada na decisão

estrangeira, fazendo apenas uma breve citação do julgado.

Nesse contexto, a fundamentação de tamanha decisão tendo como base um único Precedente Judicial estrangeiro, que, diga-se de passagem, foi formado em um Estado totalmente diverso do vivido no Brasil, encontra-se mal utilizado no ponto de vista jurídico.

No caso aqui trazido, mais pareceu que se versou de mero expediente argumentativo para se alcançar à decisão que se almejava de antemão. Ou seja, o uso disfarçado e não metodológico de um Precedente estrangeiro.

Não é demais citar novamente, que o Ministro Nunes Marques e sua decisão monocrática foi na contramão do que o próprio plenário do Supremo Tribunal Federal já havia decidido acerca da matéria em momento pretérito (2020). Em outros termos, foi uma decisão individual de um ministro contra o poder do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que como essa decisão liminar de forma monocrática foi proferida no sábado, garantiu-se que a decisão em questão produzisse todos os seus efeitos antes de o colegiado apreciá-la, já que a Páscoa era no domingo.

No caso sob análise, é inconteste que uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América não dispensa uma séria e devida discussão da jurisprudência nacional, principalmente, quando já existe jurisprudência nacional sobre o assunto e o Precedente forasteiro vai na contramão do que já foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Não se trata, logicamente, de um congelamento das posições do Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas, sim, reconhecimento de que um tribunal, em especial a Suprema Corte brasileiro, somente o seu Plenário, é juiz natural da superação ou manutenção de seus próprios posicionamentos.

Logo, o juiz constitucional já não interpreta, simplesmente, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo, inclusive, as formas de participação ampliam-se acentuadamente. (HABERLE, 2002, p. 41)

Registra-se que a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 701) havia chegado ao Supremo Tribunal Federal em junho do ano de 2020, e a decisão foi tomada apenas no sábado, um dia antes no final de semana das festividades da Páscoa de 2021.

Sintetizando, o ministro Nunes Marques poderia ter solicitado pauta no Plenário ou até mesmo iniciado um julgamento no plenário virtual para debater tamanha matéria, dando oportunidade a seus colegas para se manifestar sobre o assunto. Entretanto, não fez nenhuma nem outra alternativa.

Por fim, o Ministro Marques sequer menciona na sua decisão que o caso 592 US (2021) dividiu profundamente a Suprema Corte Americana, inclusive, em decisão anterior, proferida em junho de 2020, antes da substituição da *justice* Ruth Bader Ginsburg por Amy Coney Barret, existia outra decisão sobre a mesma questão em sentido totalmente oposto.

Em outras palavras, a questão não era tão pacífica nem mesmo no Tribunal Constitucional Norte-americano, se tornando plenamente temerária sua

utilização em sede de liminar aqui no Brasil. O tema flagrantemente é delicado, tanto lá nos Estados Unidos, como aqui no Brasil, mas os contextos são totalmente diferentes.

Lá a nova *justice* foi voto decisivo para mudar um placar apertado, em julgamento colegiado em um tribunal dividido. No Brasil, a utilização do Precedente teve como objetivo a prolação de uma decisão monocrática liminar por um ministro, contra um Supremo tribunal Federal que até então sempre esteve unido com relação as medidas restritivas na pandemia do Covid-19.

#### 4. Considerações finais

O hermeneuta é aquele que interpreta o texto legal e o seu significado vem do nome do Deus Hermes. Segundo a mitologia, Hermes fazia a comunicação entre os Deuses e homens, portanto, hermenêutica é extrair a verdade do texto.

Nesse contexto, quanto maior a sofisticação do Direito, e, portanto, da própria sociedade, mais provável torna-se uma efetiva (e legítima) capacidade de resposta do sistema jurídico às demandas sociais.

Montesquieu trouxe o famoso juiz “Boca da lei”, que é uma ideia mais simplista. Kelsen deu um salto qualitativa na Teoria Pura do Direito, o qual fala da interpretação e comenta que existe mais de um sentido no mesmo texto legal

Portanto, a norma jurídica é o produto da interpretação jurídica existente no texto. Sendo o enunciado (texto) a moldura, e a norma jurídica o quadro em si, que pode divergir de cada intérprete.

Isso quer dizer que o sentido do texto interpretado não é descoberto, mas ele é construído. Esse processo não pode ser ilimitado e atender anseios pessoais ou corporativos, precisa estar, necessariamente, vinculado ao texto.

Logo, a decisão monocrática proferida pelo ministro Nunes Marques na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 701) foi ao que parece mais ativista do que técnica, porquanto substituiu o direito aplicável e reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por uma convicção pessoal do julgador de que a impossibilidade de cultos de Páscoa presenciais violavam a liberdade religiosa constitucionalmente garantida.

Ou seja, o supracitado posicionamento encontra-se isolado numa ilha interpretativa, pois fora confeccionada por julgador que ignorou as posições pretéritas do Plenário da corte, encontrando-se em flagrante contradição com outras inúmeras normas, bem como ao próprio texto da Constituição da República vigente.

Entende-se, assim, que em sociedades complexas como as de hoje, em que as disputas políticas são mais difundidas, as raízes do próprio direito estão cada vez mais enfraquecidas, gerando respostas judiciais antagônicas, e, de forma consequente, tornar-se um fato altamente problemático.

Por fim, conclui-se que existe no Brasil a grande necessidade de adequa-

da compreensão dos direitos provenientes da *Common Law* e a correta aplicação e tratamento dos precedentes judiciais em geral, sob pena de aumentar ainda mais a segurança jurídica ora existente.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. Ed. São Paulo: EDI-PRO, 2014

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009

CANARIS, Wilhelm Claus. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

JOBIM, Marcos Félix. **Súmula, Jurisprudência e Precedente: da Distinção à Superação** / Marco Félix Jobim, Zulmar de Oliveira Júnior, 2ª Ed. ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 701 MG**, rel. min. Nunes Marques, julg. 03.04.2021.

# MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA, DIREITO À MORADIA E PODER LOCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS BASES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**Caroline Isabela Capelesso Ceni**

Advogada. Professora universitária. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Santo Ângelo, com Bolsa Taxa Capes.

**Giana Lisa Zanardo Sartori**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudência pela Università di Perugia, Itália (2013). Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Erechim. Mediadora Judicial.

## **Resumo:**

Em respeito aos ideais do Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a implementação de meios de participação social que ultrapassem a esfera representativa e alcancem uma efetiva participação da sociedade em decisões do Estado. Torna-se salutar a promoção de meios que viabilizem a concretização prática da democracia participativa. O trabalho objetiva analisar a (im)possibilidade de utilização da mediação comunitária como mecanismo de participação direta das pessoas na efetivação do seu direito à moradia. A mediação pode ser estimulada como cultura no espaço local para que os atores e atrizes sociais concretizem seus direitos, dentre eles o direito à moradia. A abordagem é crítico-dialética, pois intenta desenvolver uma crítica a apatia da sociedade na efetivação de seus direitos e propor a mediação comunitária como ferramenta de instrumentalização do poder local.

**Palavras-chave:** Autonomia; Democracia participativa; Democracia representativa emancipação.

## **Introdução**

Os conflitos sociais na contemporaneidade alcançam uma complexidade que ultrapassa a capacidade de tratamento dispensada pelo Estado por meio do processo através do Poder Judiciário. Essa condição de conflituosidade ocorre não apenas em relações privadas, interpessoais, mas também na busca da efetivação dos direitos sociais, entre eles o direito à moradia.

O direito à moradia é tido como um direito humano e, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito social que concretiza outros direitos, como o direito à saúde, educação, uma dignidade qualidade de vida, o que pode se traduzir na concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, para a sua concretização são necessárias políticas públicas efetivas que permitam a organização dos grupos na busca desse direito. Dessa maneira, torna-se necessária uma maior organização social, condição que pode se dar a partir de um poder local instituído por meio de associações de moradores de bairros a partir de um diálogo da sociedade com o Estado.

Essa situação pode se dar pelas bases de uma mediação comunitária, proposta apresentada na presente pesquisa para a concretização do direito à moradia. A partir de uma abordagem crítico-dialética se intenta desenvolver uma crítica a apatia da sociedade na efetivação de seus direitos e propor a mediação comunitária como ferramenta de instrumentalização do poder local.

## **O estado democrático de direito e o conflito**

O Estado está em constante mutação em razão do desenvolvimento social e das finalidades a que se propõe. Tal condição se dá uma vez que esse se apresenta como uma forma de organização social e não pode ser dissociado da sociedade e das relações sociais que a envolvem (BOBBIO, 1987).

De uma maneira geral, a sociedade contemporânea se organiza em grupos e estratos pela cultura e posição social e as ligações se formam por redes de relações hierarquizadas complicadas (MIRANDA, 2019). E o Estado nesse meio é “[...] a resultante existência de uma sociedade complexa e, por sua vez, um dos fatores de criação de uma sociedade cada vez mais complexa” (MIRANDA, 2019, p. 8).

É necessário que o Estado adote uma atuação positiva para, não apenas garantir, mas, também, efetivar os direitos sociais básicos<sup>1</sup> para todas as pessoas. E todos esses direitos sociais básicos se relacionam de maneira direta ao direito à moradia, pois efetivando-se esse – com dignidade – as pessoas adquirem condições estruturais e emocionais de alcançar os demais direitos.

O Estado Democrático de Direito surge com a fragilização do Estado Social de Direito. E aquele objetiva a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Além de assegurar o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça “[...] como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida [...] com a solução pacífica das controvérsias [...]” (BRASIL, CF, 1988). Os direitos sociais passaram, então, a ser integrados aos

[...] “valores” das Cartas Constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, em defesa da garantia de uma sociedade livre, justa, frater-

1 Cappelletti e Garth (1988) elencam esses direitos, a partir da Constituição Francesa de 1946, como direitos ao trabalho, à saúde, segurança material e à educação e, nesse sentido, o direito de acesso à justiça ganhou atenção.



na, solidária, pacífica, democrática, comprometida com o desenvolvimento socioambiental e em consonância com os ideais de bem-estar e de justiça social (SOUZA, 2019, p. 28, grifo do autor).

As Constituições expressam os princípios do Estado Democrático de Direito e esses devem agir na luta contra desigualdades e injustiças, incluindo no sistema todos os atores e atrizes sociais, efetivando a participação e o reconhecimento da sociedade a partir de ações do Estado e do Direito. E em decorrência do aumento da complexidade social – em função dos novos direitos e novas formas de relacionamentos interpessoais – a conflitualidade social é maior. É necessário que o Estado aja de maneira dialógica, a fim de “[...] tornar possível uma convivência entre indivíduos e grupos que representam interesses diversos [...]” (BOBBIO, 1994, p. 94).

No Estado Democrático de Direito são necessários elementos que vão além das previsões normativo-simbólicas e da sentença judicial. Aquele sentido democrático “[...] de uma forma social pode se perder se as dimensões simbólicas organizadas por sua lei têm aversão a tudo quanto é novo, rejeitam o devir, sempre incerto e conflitivo, das práticas sociais” (WARAT, 1994, p. 23).

É necessário rediscutir o papel que o Poder Judiciário tem no Estado, bem como o papel do próprio Estado como mediador e pacificador social. Tal condição se dá em razão da existência do Estado Democrático de Direito que deve ser pautada na concretização de uma vida digna aos atores e atrizes sociais, mas também como instrumento fomentador de participação pública na construção do projeto de sociedade; reforça-se tal ideal a partir do princípio<sup>2</sup> da justiça social presente no Estado Democrático e que visa corrigir as desigualdades (STRECK; MORAIS, 2008).

É preciso repensar a maneira com que os conflitos são solucionados e tratados no Estado Democrático a fim de que ocorra a implantação de mecanismos de pacificação social mais eficientes (MORAIS, 1999). A Sociedade (com seus conflitos) e o Estado (como ente promotor do acesso à justiça e mediador social) se cingem na medida em que ambos objetivam a justiça social. Para tanto são necessários meios que possibilitem que os próprios atores e atrizes sociais tratem seus conflitos de maneira a reconhecer o outro e empoderar a si próprios, uma vez que a conflitualidade decorre da naturalidade das relações humanas.

A “[...] atividade jurisdicional não propõe uma alternativa adequada. A resposta pronta e definida pelo Poder Judiciário esquece [...] de saber ouvir as angústias invisíveis das pessoas, demonstrando-se a fragilidade desse procedimento adotado” (AQUINO, 2011, p. 106). Contudo, as relações humanas

2 Streck e Morais (2008) elencam como princípios do Estado Democrático de Direito, além da justiça social, a constitucionalidade, a organização democrática da sociedade, o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, a igualdade formal e como articulação de uma sociedade justa, a divisão dos poderes ou de funções, a legalidade e a segurança e certezas jurídicas.

na contemporaneidade são mais complexas do que esse binômio dual impõe, colocando em dúvida a solução ofertada pelo Poder Judiciário.

O modelo de jurisdição do Estado, nesse século XXI, não responde com satisfatoriedade as demandas da sociedade em razão da complexidade das relações sociais e, assim, “[...] torna-se necessário rever como o Estado manterá seu diálogo com a Sociedade sem sucumbir às regras de mercado” (AQUINO, 2010, p. 108). O Estado como manifestação humana – axiológica, social, econômica – se relaciona com o desenvolvimento da qualidade de vida das pessoas e, portanto, é necessário que esse e a sociedade dialoguem e promovam reflexões e ações a fim de consolidar um cenário de paz (AQUINO, 2010).

A gestão dos conflitos a partir do Poder Judiciário, nos moldes contemporâneos, não se mostra mais apta a propiciar o acesso à justiça e nem mesmo a garantir um tratamento adequado aos atores sociais face às diversas fragilidades supramencionadas. Tais condições repercutem na credibilidade e na compreensão social da justiça, que resta abalada em razão das ineficiências estatais. A partir disso, faz-se necessária a compreensão de que as dificuldades no tratamento dos conflitos pelo Estado podem dificultar a concretização do direito à moradia, esse direito humano, social e fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988.

## **O direito fundamental à moradia e o poder local**

O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro é um direito social fundamental que já está garantido legalmente e decorre da própria construção do Estado Democrático de Direito. Contudo, a sua efetividade prática encontra diversas barreiras diante dos poderes instituídos. Assim, é preciso uma análise dos instrumentos legais a fim de que se possibilitem ferramentas efetivas na construção do diálogo sociedade-Estado.

Frente as dificuldades de concretização do direito à moradia em razão da falta de efetivas políticas públicas e de instrumentos legais, torna-se necessária uma nova abordagem para o alcance desse direito social. É inegável a dificuldade de diálogo da sociedade com o Poder Público, apesar de diversos instrumentos de regularização disponíveis, assim – face a uma sociedade complexa – a necessidade de um novo paradigma para a mediação desse direito é primordial.

Do cenário contemporâneo extraem-se inúmeros elementos que comprovam a crescente desigualdade social e, por consequência, o afastamento da efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o acesso à justiça e o direito à moradia, esse como direito social. A resposta que o ordenamento jurídico, por meio do Estado, fornece para os problemas e injustiças sociais é a judicialização e essa condição afasta a justiça dos atores e atrizes sociais, uma vez que no processo judicial as partes não reconhecem sua capacidade de amadurecimento pessoal e auto responsabilização e apenas esperam uma solução

ofertada por um terceiro.

No que tange ao direito à moradia, esse configura-se como um direito social e fundamental, correlato à concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Constituição Federal de 1988. Além disso, a sua consolidação garante, também, a efetivação de outros direitos sociais básicos, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, à justiça, ou seja, a participação social, de uma maneira geral. Inclusive, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, reconheceu o direito à moradia pela primeira vez – mesmo que de maneira implícita – como integrante do rol dos direitos humanos<sup>3</sup>.

Em razão da positivação do direito à moradia – esse como direito fundamental e social – houve uma implícita imposição de que a *práxis* jurídica encontrasse ferramentas de efetivação. Contudo, a prestação jurisdicional por meio de decisões condenatórias, não pode ser o único mecanismo para a concretização desse direito.

No que tange ao direito à moradia esse não se encontra distante das práticas de mediação, encontrando – inclusive – previsão no ordenamento jurídico. O próprio Conselho das Cidades, na Resolução 87/2009 “recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos” (BRASIL, Resolução 87/2009, Conselho das Cidades, p. 01). Referida resolução estabelece no art. 3º, III que a mediação de conflitos fundiários urbanos é o “[...] processo envolvendo as partes afetadas pelo conflito, instituições e órgãos públicos e entidades da sociedade civil vinculados ao tema, que busca a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos” (BRASIL, Resolução 87/2009, Conselho das Cidades, p. 03).

Nessa linha de raciocínio, propõem-se a mediação comunitária como um meio promotor de uma sociedade que incentiva à participação e reconhece todas as pessoas em sua capacidade de, autonomamente e de maneira pacífica, concretizarem os direitos, no presente caso o direito à moradia. Vem de encontro a isso o fato de que para o pleno desenvolvimento da cidade deve-se adotar como diretrizes gerais a gestão democrática “[...] por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano [...]” (BRASIL, Lei 10.257/2011, art. 2º, II).

Tais condições repercutem em consequências como o aumento exponencial dos conflitos interpessoais, o desconhecimento de direitos e uma falta de avaliação crítica do sistema jurídico atual (WATANABE, 1988), que, por

3 Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, Art. 25).

meio da função estatal, não responde de maneira satisfatória aos anseios sociais. Nesse contexto de complexas transformações que dificultam a concretização dos direitos sociais fundamentais é necessário compreender as bases nas quais o direito à moradia foi construído, a fim de possibilitar um reconhecimento da realidade na contemporaneidade.

O Estado intervencionista objetiva uma sociedade mais justa e a erradicação da pobreza, essa condição dá ensejo na necessária concretização dos direitos sociais, como o direito à moradia. Dessa maneira, é necessário que o Poder Executivo e o Legislativo cumpram os direitos fundamentais que estão especificados na Constituição Federal (STRECK, 2011). O Estado precisa não apenas garantir, mas fomentar outros meios – além do Poder Judiciário – como a mediação comunitária, para que as pessoas reivindiquem seus direitos.

Dessa maneira, tornam-se necessárias políticas públicas que promovam na sociedade a mediação comunitária, que permitirá o protagonismo das lideranças locais na busca da efetivação do direito à moradia. A mediação nesses termos “[...] reproduz a situação ideal de fala habermasiana, na medida em que capacita pessoas, grupos e instituições a trilhar caminhos possíveis para a solução de seus problemas [...]” (FOLEY, 2010, p. 125). A mediação deve ser estimulada como cultura no espaço local – como ferramenta de um poder local organizado. Nesses termos, a mediação objetiva ser um instrumento de diálogo do Estado com os poderes locais na busca pela consolidação dos direitos fundamentais-sociais.

Uma sociedade justa se dá com o envolvimento de todos/as – atores e atrizes sociais, instituições e Estado – na esfera social e não apenas concretizando a garantia de voto ou o direito de poder demandar junto ao Poder Judiciário. Dessa maneira, é necessária uma reflexão quanto às consequências de uma sociedade dependente do Estado, que não se autodetermina nos próprios conflitos.

Assim, é preciso implementar novas conjunturas que garantam a concretização dos direitos sociais e fundamentais a partir de uma perspectiva de implementação do poder local – levando em consideração as bases propostas pela mediação. É, necessário então a retomada do controle pelos atores sociais no seu bairro e em sua comunidade (DOWBOR, 2016), uma vez que

o ceticismo quanto à importância estratégica dos mecanismos participativos no nível local ainda é grande. É comum a visão de que a organização comunitária que luta por uma casa de saúde ou pela canalização de um córrego, desaparece necessariamente apenas tenha obtido a sua reivindicação. Esta visão está evoluindo gradualmente para a compreensão de que as comunidades estão simplesmente aprendendo a participar da organização do seu espaço de vida, e de que o processo está mudando profundamente a forma como nos organizamos como sociedade, na medida em que assegura a transição de uma democracia representativa, exercida a cada quatro anos na boca da urna, para uma democracia participativa e permanente (DOWBOR, 2016, s/p).

Essa compreensão de uma formatação organizada e sólida do poder local “apresenta-se como um novo paradigma para o exercício do poder, aproximando a gestão administrativa das reais necessidades da sociedade” (SANTIN; TEIXEIRA, p. 2020, p. 07). E o espaço para a concretização desses direitos e necessidades são os municípios, os bairros, as comunidades.

Espaços esses que podem se utilizar da mediação para a efetivação do direito à moradia. Afinal, “[...] na instância municipal, as dinâmicas sociais apresentam-se com maior intensidade e os munícipes tornam-se os principais envolvidos com o desfecho das tomadas de decisão governamentais [...]” (SANTIN; TEIXEIRA, p. 2020, p. 07).

## **A mediação comunitária e o empoderamento social**

A mediação pode ser compreendida como uma ferramenta capaz de fomentar nas pessoas uma autonomia a fim de que essas, por suas próprias decisões, resolvam os seus conflitos pessoais. Conflitos esses que podem ser relacionados tanto à esfera individual – sendo conflitos interpessoais – quanto conflitos sociais que se desenrolaram de maneira a envolver não apenas pessoas, mas o Estado de maneira geral. Nessa perspectiva, tem-se a mediação como um método complementar de tratamento de conflitos<sup>4</sup>.

A compreensão geral é que a mediação é um mecanismo de tratamento de conflitos em que os atores sociais buscam uma solução para o conflito que os envolve com o auxílio de um terceiro imparcial, qual seja o mediador. A solução do conflito é conduzida “[...] pelo terceiro que ajuda. Esse tem que ser imparcial; isto é um sujeito que unicamente tem o poder de ajuda, não tem poder para decidir o conflito. O poder do mediador é para criar espaços transacionais (entre “entre-nós” afetivo [...]) [...]” (WARAT, 2004b, p. 64).

Apesar da participação do mediador, esse é alguém que facilita, mas não decide o conflito, portanto sua comunicação – verbal e não verbal – deve ser condizente com essa característica. O mediador trabalha “[...] para o lugar das transferências, o outro ou os outros envolvidos no conflito, tentando que cada um, olhando-se a partir do olhar do outro, possa transformar-se, reencontrando-se em suas pulsões de vida [...]” (WARAT, 2001, p. 86). Trabalha-se de maneira a proporcionar o reconhecimento do outro, uma vez que “[...] sem o outro não há convivência, não há produção da diferença nem construção do novo. Sem o outro não há mediação possível” (GOULART, 2018, s/p).

Compreende-se que a mediação tem a capacidade de gerar, nos atores sociais, o empoderamento e o reconhecimento. Nessa perspectiva, o empoderamento “[...] significa a restauração do senso de valor do indivíduo, fortalecendo a sua capacidade de conduzir os problemas da vida. Reconhecimento significa a consciência da situação e dos problemas do outro [...]” (FOLEY,

---

<sup>4</sup> Essa compreensão de complementariedade decorre do dever do Estado em distribuir justiça, mas da “[...] desatualização do sistema jurídico processual e uma profunda ineficiência e insuficiência do próprio aparato do Estado” (MORAIS, 1999, p. 105).

2010, p. 106, grifo da autora).

A partir do conflito os mediandos desenvolvem uma nova visão quanto à situação vivenciada e também quanto ao outro ator social envolvido naquela situação. Possibilita-se a troca de lentes que antes compreendia o conflito como prejudicial e negativo – nos moldes do litígio judicial – e passa-se a enxergá-lo a partir de um viés positivo e de aprimoramento das relações e também um aprimoramento pessoal. Tais condições ocorrem pelo poder inscrito no procedimento de mediação.

Dessa maneira, confirma-se que a mediação permite uma retomada de consciência dos problemas que envolvem os atores e atrizes sociais, problemas esses não apenas de ordem individual, mas também social, no que tange à concretização dos direitos sociais básicos, como é o direito à moradia. Com a evolução dos estudos na área da mediação já se percebem ações sociais com a finalidade de permitir a retomada de consciência dos atores sociais. A mediação, nesses termos propostos, é conhecida como mediação comunitária que “[...] reproduz a *situação ideal de fala* habermasiana, na medida em que capacita pessoas, grupos e instituições a trilhar caminhos possíveis para a solução de seus problemas [...]” (FOLEY, 2010, p. 125, grifo da autora).

Como exemplo de (re)tomada de consciência pelos atores e atrizes sociais, tem-se um programa desenvolvido no Brasil, especificamente no Distrito Federal, o qual dissemina por meio de ações junto à comunidade um formato de justiça desenvolvido diretamente na comunidade, constituindo-se como um “[...] movimento contra-hegemônico a desafiar a imposição de um modelo de realização da justiça monolítico e pretensamente universal” (FOLEY, 2010, p. 132). A justiça desenvolvida junto, e pelos atores sociais, “[...] cria uma cadeia circular entre o conflito, o diálogo, a solidariedade, a comunidade em rede e o Estado, sob o qual novas práticas sociais emergem” (FOLEY, 2010, p. 132). Tal condição ocorre na comunidade a partir de uma relação horizontal em que os atores sociais se tornam mediadores da própria comunidade.

Ela se traduz como uma mediação ‘para a comunidade’, mas mais do que isso ‘na comunidade’ e ‘pela comunidade’, uma vez que são os próprios atores sociais daquele espaço que dão andamento ao Programa. Essa iniciativa nasceu em outubro de 2000, em parceria com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e tem a pretensão de transformar as “[...] comunidades fragmentadas em espaços abertos para o desenvolvimento do diálogo, da autoterminação, da solidariedade e da paz” (BRASÍLIA, 2018). Os projetos que o Programa desenvolve são realizados por agentes comunitários que são

[...] credenciados no Programa, por meio de um processo de seleção levado a efeito por uma equipe multidisciplinar. Encerrada essa etapa, os selecionados iniciam uma capacitação permanente no Núcleo de Formação e Pesquisa em Justiça Comunitária, onde recebem noções básicas de Direito, treinamento nas técnicas de mediação comunitária e de animação de redes sociais, além da participação nos debates

sobre direitos humanos e sociais [...] as atividades desenvolvidas pelos Agentes Comunitários são as seguintes: educação para os direitos, mediação comunitária e animação de redes sociais (BRASÍLIA, 2018).

No interior das comunidades, a partir das ações do Programa, se democratiza o acesso às informações dos direitos básicos dos atores e atrizes sociais a partir de uma linguagem acessível, o que pode ser concretizado com cartilhas, filmes, teatros; isso permite a concretização dos direitos, pois os atores sociais são empoderados e se emancipam de um controle externo de suas vidas nos seus conflitos que são transformados a partir dessa rede solidária criada no interior da comunidade (FOLEY, 2010).

“Atualmente, o Programa está instalado nas regiões administrativas da Ceilândia, Taguatinga e Samambaia [...] com aproximadamente 80 Agentes Comunitários [...]” (FOLEY, 2010, p. 137). Esses agentes no seu próprio *locus* comunitário promovem a integração e a pacificação social. A comunidade é aqui entendida como o espaço geográfico em que vivem diversos atores sociais e que partilham dos mesmos serviços, ou da ausência deles, bem como do mesmo código de conduta, linguagem e valores (FOLEY, 2010).

O programa se desenvolve a partir de três pilares, quais sejam a ‘educação para os direitos’, a ‘mediação comunitária’ e a ‘animação de redes sociais’ (BRASÍLIA, 2018). A educação para os direitos procura diminuir o formalismo e a complexidade do acesso à justiça, e atua de maneira preventiva no sentido de evitar litígios futuros em razão de ausência de informação, de maneira emancipatória a partir do empoderamento dos atores sociais para que esses resolvam seus conflitos por meio do diálogo e de forma pedagógica ao reunir ferramentas para que o cidadão possa – e saiba como – buscar seus direitos (FOLEY, 2010). Extrai-se do ‘Relatório das Atividades do Programa Justiça Comunitária’ que no ano de 2018 (do período de janeiro/dezembro 2018), levou-se a partir das ações de ‘educação para os direitos’ “[...] informação a 3.682 pessoas através de palestras, encaminhamentos, cursos e outros eventos” (BRASÍLIA, 2018, p. 8).

Essas condições permitem que as pessoas (re)conheçam o que é o direito à moradia, bem como busquem junto ao Estado e à sua comunidade maneira de concretizá-lo. Se supera o normativismo jurídico, se supera a compreensão de justiça como Poder Judiciário e se alcança uma responsabilidade na transformação do *status* quo dos atores e atrizes sociais.

## Considerações finais

O Estado Democrático de Direito traz como fundamento a efetivação – prática – dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário ultrapassar a esfera da previsão legal, como direito simbólico. Essa situação é de essencial relevância no que tange ao direito à moradia, uma vez que a concretização desse direito – a partir das bases do poder local – permite o alcance de outros

direitos fundamentais sociais básicos, como à saúde, a educação e principalmente a dignidade da pessoa humana.

É possível reconhecer a capacidade da mediação para a emancipação das pessoas envolvidas, uma vez que essa trabalha a partir da perspectiva de reconhecimento da autonomia e do empoderamento das pessoas envolvidas. Na contemporaneidade, verifica-se a fragilidade da democracia representativa e, ao mesmo tempo, uma passividade e dependência dos atores e atrizes sociais ao paternalismo estatal para a resolução de seus problemas e conflitos, sem um maior envolvimento efetivo desses.

A partir dessa perspectiva, pode-se fomentar a mediação comunitária – que acontece diretamente no espaço da comunidade fomentando o diálogo e desenvolvendo valores humanistas – como uma forma na qual os atores e atrizes sociais exerçam, de maneira local, um poder que lhes possibilite a reivindicação por direitos em situações que lhes atingem de maneira direta, como a violação ao direito fundamental à moradia.

## Referências

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de Direito e Estado Constitucional: Qual o Dever de Sua Função Social Contemporânea Diante da Globalização Econômica? In: PASOLD, Cesar Luis (Coord.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010. P. 107-131.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A Mediação como Experiência de Humanização do Direito na Pós-Modernidade: Inquietações a Partir do Pensamento Complexo. **Revista Húmus**, Jan/Fev/Mar/Abr. 2011. N° 1. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1645>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: por uma Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Brasília**, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, **Brasília**, DF, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em> 18 out. 2021.

BRASIL. Resolução Recomendada nº 87, de 8 de Dezembro de 2009. Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. Diário Oficial da União, **Brasília**, DF, 2009. Disponível em: [https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/resolucao\\_87\\_2009\\_condidades.pdf](https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/resolucao_87_2009_condidades.pdf). Acesso em: 18 out. 2021.

BRASÍLIA. **Justiça Comunitária TJDFT Período Janeiro-Dezembro/2018**.



Brasília-DF, Dezembro/2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/justica-comunitaria/publicacoes/relatorios/relatorio-2018-final.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BUSH, R. A. Baruch; FOLGER, J. P. **La Promesa de Mediación: Cómo Afrontar el Conflicto a Través del Fortalecimiento Próprio y el Reconocimiento de los Otros**. Barcelona: Granica, 1996.

DOWBOR, Ladislau. **O Que é Poder Local**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2016. 2. ed. ver. e atual. E-book.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária: Por Uma Justiça de Emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOULART, Juliana Ribeiro. Uma Leitura Particular da Mediação em Luis Alberto Warat. **Justificando**, 10 de agosto de 2018. Disponível em: <[http://www.justificando.com/2018/08/10/uma-leitura-particular-da-mediacao-em-luis-alberto-warat/#\\_ftn26](http://www.justificando.com/2018/08/10/uma-leitura-particular-da-mediacao-em-luis-alberto-warat/#_ftn26)>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As Crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e as Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

SANTIN, Janaína Rigo; TEIXEIRA, Carlos. Instituições do poder local no Brasil e em Angola. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 03, 2020, p. 1571-1596. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/W8bBQzMtjy6wQWRsrNnPx-wr/?lang=pt>. Acesso em: 18 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Leonardo Barbosa de. **O Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito: a reforma trabalhista na contramão do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita**. 2019. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/599>>. Acesso em: 02 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei: temas**

para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. P. 128-135.

# MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS – OS IMPACTOS DA PANDEMIA NO COMPLIANCE E IDENTIDADE GLOCAL

**Gabriel de Almeida Braga**

Mestrando(a) no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de  
Caxias do Sul, Advogado, e-mail: gabraga@ucs.br

**Ícaro da Silveira Frota**

Mestrando(a) no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias  
do Sul, Advogado, e-mail: isfrota@ucs.br

## **Resumo:**

Considerando a séria dificuldade em se garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade da pessoa humana na atual conjuntura social proporcionada pela COVID-19 e sua mudança de paradigmas é que temos como problemática central o seguinte questionamento: Em que medida os mecanismos de compliance são eficazes para adequar a identidade empresarial aos de direitos humanos e ambientais? A hipótese aqui apresentada é a de que é possível a consolidação de uma identidade glocal de compliance ambiental nas empresas multinacionais, desde que haja o interesse empresarial na modificação do comportamento de seus colaboradores e tomadores de decisão. Como conclusão principal – e contribuições ao meio acadêmico – reconhecemos que nossa hipótese foi confirmada, sendo plenamente viável a modificação da conduta e identidade das empresas para que entrem em conformidade com preceitos ambientais e humanitários de identidades glociais, afetadas diretamente pela pandemia.

**Palavras-chave:** Aplicabilidade; Direito ambiental; Glocalização; Princípio da sustentabilidade.

## **Introdução**

A indispensabilidade da implementação de programas de compliance ambiental tem se fortalecido como elementos indispensáveis às empresas nas últimas décadas, justificando a realização do presente estudo ante os constantes casos de inobservâncias às questões ambientais que levam a situações qua-

se irreversíveis de degradação ambiental e desrespeito aos direitos humanos, se tornando o núcleo de debates por parte dos Estados e clamores de uma sociedade glocal preocupada com a sustentabilidade e com o enquadramento das empresas com as necessidades socioambientais da atualidade.

Considerando a séria dificuldade em se garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade da pessoa humana na atual conjuntura social proporcionada pela COVID-19 e sua mudança de paradigmas é que temos como problemática central o seguinte questionamento: Em que medida os mecanismos de compliance são eficazes para adequar a identidade empresarial aos de direitos humanos e ambientais?

O objetivo geral de nosso estudo é o de examinar as etapas necessárias ao desenvolvimento e implementação – em multinacionais – de programas de compliance ambiental condizentes com os interesses glociais centrados na manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e digno aos seres humanos em uma realidade alterada pela pandemia.

Acerca da metodologia, optamos por utilizar a metodologia de pesquisa de revisão de literatura narrativa, tendo se adotado para sua realização a técnica de pesquisa exploratória para melhor nos aproximarmos da temática e problema de pesquisa delimitados, contando como instrumentos bibliográficos e documentais os periódicos digitais, publicações acadêmicas, artigos e obras relacionadas ao tema. A hipótese aqui apresentada é a de que é possível a consolidação de uma identidade glocal de compliance ambiental nas empresas multinacionais, desde que haja o interesse empresarial na modificação do comportamento de seus colaboradores e tomadores de decisão, desde que valores pós-materialistas sejam observados durante a estruturação do programa de compliance, alinhando os interesses empresariais às necessidades que surgiram com a pandemia e a modificação das relações e interesses socioambientais. Para tanto, entendemos por pertinente diferenciar as esferas locais, globais e glociais e a possibilidade de ampliação da efetivação do direito fundamental ao meio ambiente através da transformação do comportamento empresarial.

## **O paradigma *glocal* e seu significado frente à Covid 19**

Para enfrentar os problemas que surgiram com a pandemia é que empresas, trabalhadores e novos atores iniciaram sua busca por alternativas para conter os impactos desta nova realidade. Conexões estruturais se formam de maneiras peculiares em cada nação e região, realizando-se ações que direta e indiretamente expõem suas demandas ao mundo, com identidades coletivas que se aproveitam de artifícios midiáticos para criar relações entre territórios e disciplinas antes não interligadas.

Constata-se, com este cenário, um verdadeiro paradoxo entre direitos ambientais, humanos e o desenvolvimento econômico que tem como um dilema concomitante ao aquecimento global o da Covid-19. A urgente re-

dução de emissões requeridas e sua efetivação demonstram que há muito o que se realizar ainda. Não bastando, estudos como os de Tisatto, Lopes e Bento<sup>1</sup>, de Gonçalves<sup>2</sup> e da Cepedisa<sup>3</sup> apontam uma certa mobilização em favor da defesa do meio ambiente e redução dos impactos das mudanças climáticas, mas tais posicionamentos são pontuais, ainda que tenha se considerado que tais eventos abalarão a humanidade de uma maneira superior àquela que se vivencia com a Covid-19. Estas lutas são travadas em esferas separadas e distanciadas, com demandas – por vezes vagas – sobre as modificações individuais e coletivas necessárias em prol de nossa sobrevivência de maneira digna. Efeitos como a inobservância de direitos primários que conferem aos cidadãos uma vida digna estão sendo cada vez mais presenciados, fazendo com que novos mecanismos e estratégias se façam imprescindíveis para promoção de status socioambiental condizente com as demandas atuais.<sup>4</sup>

O verdadeiro sucesso reside, no entanto, em uma progressiva construção de identidades *glocals* de conformidade, tendo como desafios primários – dentre outros menos relevantes ao presente estudo – a coordenação das demandas presentes em diferentes esferas – transnacionais, nacionais e locais – para que seja possível identificar os elementos comuns entre os pleitos, da mesma maneira que deve se levar em conta as especificidades que emergem com a esfera *glocal*. Para melhor esclarecer o que vem a ser esta nova esfera é que se recorre aos ensinamentos de Roland Robertson:

Devemos, portanto, reconhecer diretamente as tentativas do “mundo real” de trazer o global, no sentido do aspecto macroscópico da vida contemporânea, em conjunção com o local, no sentido do lado microscópico da vida no final do século XX. A própria formulação, aparentemente no Japão, de um termo como *glocalizar* (do *dochakuka*, que significa “localização global”) é talvez o melhor exemplo disso.<sup>5</sup> (tradução nossa).

Este imaginário social deve ser compreendido através da análise dos membros, interações, relacionamentos e circunstâncias da situação presente nestas localidades unidas por um contexto que supera o global. É por isso que a crise formada pela Covid-19 parece ser um momento privilegiado para

1 TISATTO, Cristian Andrei; LOPES, Luiza Boeira; BENTO, Juliane Santana. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA: O DEBATE SOBRE O IMPACTO DA COVID-19 NOS DIREITOS HUMANOS. **Humanidades & Inovação**, v. 8, n. 51, p. 244-259, 2021.

2 GONÇALVES, Verônica Korber. Covid-19 e a emergência climática: conexões e desafios. **Le monde diplomatique Brasil**. São Paulo, SP, (17 abr. 2020), online., 2020.

3 CEPEDISA. **Boletim nº10 Direitos na Pandemia**. Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta à Covid-19 no Brasil. Conectas: São Paulo. 2021.

4 GALVÃO, Luiz Augusto Cassanha et al. **Os impactos da mudança climática nas populações em situação de rua após a pandemia**. 2021.

5 ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social theory and global culture**. Thousand Oaks: Sage, 1992. p. 173

se estudar a relevância dos mecanismos de *compliance* para resguardar direitos humanos e ambientais.

O contexto desta crise indaga como as identidades empresariais se portam frente à experiência vivida pelas sociedades *glocais* e seu caráter peculiar de uma sociedade interativa e expositiva que busca valores pós-materiais<sup>6</sup>.

A relevância de se interessar por mecanismos ambivalentes de proteção e controle é conciliar duas características fortes que envolvem o direito ambiental e os direitos humanos com a associação de significados imaginários socioambientais, dignidade e progresso. Por tais razões é que a pandemia é vista como um especial período da história onde o questionamento intrapessoal e transformação coletiva, individual ou social são projetados em dimensões *glocais*.

Essa complexa interrelação entre povos suscita questões concernentes à sociedade de vigilância<sup>7</sup>, onde os meios de comunicação inserem no indivíduo sentimentos de exposição vinculados à uma falsa expectativa de aceitação, levando ao envolvimento cidadão e sua presença digital para exercer uma espécie de regulação da vida social desviada de problemáticas como os direitos humanos e socioambientais.<sup>8</sup>

A literatura tem revelado uma natureza contextual e dinâmica dos eventos socioambientais verificados na pandemia<sup>9</sup>, ponderando sobre a relação entre interesses locais e globais, daí a ascensão da consideração sobre o caráter *glocal* do patrimônio ambiental e direitos humanos. Em suas definições Teixeira e Caldas<sup>10</sup> indicam que uma série de iniciativas poderiam ser – potencialmente – executadas pelos empreendedores dos mais variados portes e setores de atividade nas cidades, regiões e país, até mesmo superando estas barreiras territoriais. O termo *glocal* acaba por ser utilizado com o propósito de descrever a natureza dos eventos contemporâneos que se passam em diferentes níveis dentro de uma comunidade local, bem como na – macroesfera – comunidade global, fazendo surgir as notórias vilas globais.

Como demonstrado acima, a diversidade cultural e o diálogo inter-

6 INGLEHART, Ronald; WELZEL, Christian. **Modernização, mudança cultural e democracia**: a seqüência do desenvolvimento humano. São Paulo: Francis, 2009.

7 BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

8 BONDS, Eric; DOWNEY, Liam. Green technology and ecologically unequal exchange: The environmental and social consequences of ecological modernization in the world-system. **Journal of World-Systems Research**, p. 167-186, 2012.

9 VOSS, Hinrich. Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains. **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 2, 2020.

10 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Gobernanza glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs. derechos humanos. **Opinión Jurídica**: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020.

cultural permitem que o universal transforme seu foco de representações dominantes. No tocante à territorialidade e os círculos locais, estes permitem a emergência de uma perspectiva de universalismo concreto e multifacetado. Nesse sentido a territorialidade concretiza estudos que observam a relação humanos e meio ambiente.

Esta questão permite se construir pontes entre demandas semelhantes, mas que ocorrem em localidades distantes, encontrando no próximo um ponto de suporte graças à glocalidade, com esta dando vida à pluralidade de atores através de um espaço de diálogo transformador mais horizontalizado. Nesta ontologia, a defesa aos princípios socioambientais e princípios de direitos humanos se faz necessária por ser a fonte de nossa existência e pluralidade.

Neste diapasão, é importante se ter consciência dos locais em que as práticas e pensamentos se expressam, compreendendo assim que o mundo se passa, em sua maioria, nesta nova dimensão *glocal*. Em sua obra Robertson<sup>11</sup> defende a noção de que o espaço é, de fato, organizado por elos que ligam as várias dimensões territoriais, não se omitindo aqui as ações devem ser tomadas localmente para que seus efeitos sejam também observados em panoramas mais amplos.

A problemática dos direitos humanos e ambientais demanda tal pensamento em caráter de urgência, com medidas concretas e imediatas. Assim, a aldeia global pode ser o lugar que permite simultaneamente repensar as prioridades e reunir as diferentes perspectivas o que, sob o ponto de vista de uma identidade empresarial voltada exclusivamente ao lucro, exige uma transformação capaz de comportar preceitos humanitários e ambientais.<sup>12</sup>

Aplicada aos direitos aqui reiteradamente mencionados, a *glocalidade* e sua pluralidade propõe a universalização de culturas, consolidando a diversidade dos locais e a forma como absorvem a cultura global. Tal consideração é especialmente importante se considerarmos o atual panorama instaurado pela pandemia, com o desrespeito à dignidade da pessoa humana sendo algo frequentemente vivenciado pelos trabalhadores, incitando assim a busca por novos mecanismos de combate à práticas imorais.

## **Compliance e seu papel de adequação da identidade empresarial em tempos de pandemia**

As estruturas jurídicas desempenham um papel central nos casos de corrupção e violação de direitos humanos e socioambientais porque os infratores tentam ao máximo não serem identificados. A criação de

11 ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social theory and global culture**. Thousand Oaks: Sage, 1992.

12 VOSS, Hinrich. Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains. **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 2, 2020.

empresas nas quais se realizam atos de corrupção e que vão de encontro com preceitos basilares do humanismo permite que elas deixem de figurar como objetos de interesse de investidores e, ainda possibilita que estas empresas venham a um dia ser objeto de investigação. Essas estruturas extensivamente se aproveitam de lacunas legais existentes nesta – universal – luta em prol da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup>

Ao considerar a sociedade como um coletivo de individualidades é possível reconhecer que, mesmo sendo o processo de mudanças de valores observado pelo autor considerar as mudanças em nível nacional, quem efetivamente passou por esse processo foram os indivíduos que compõem as nações. Quando os valores que orientam suas preferências e comportamentos foram apresentando gradual modificação até transcenderem o materialismo as sociedades, por eles formadas, alcançaram valores pós-materialistas, sendo a manutenção deste status oportunizada pelo caráter intergeracional deste processo de mudança cultural.<sup>14</sup>

Os setores primários estão particularmente expostos, caracterizado pelos elevados riscos de se adentrar em um estado de não conformidade e optar por práticas que dão preferências à ganhos – potenciais – elevados em detrimento de elementos básicos aptos a conferir um mínimo de dignidade para os trabalhadores, algo facilitado pela ausência de regulamentos específicos, normas internacionais que regem e, com destaque, à fiscalização de sua observância por parte das empresas.<sup>15</sup>

O combate à estas condutas – no mínimo – imorais exige a instauração de medidas de prevenção. No entanto, apesar do grande número de escândalos envolvendo casos de trabalhos análogos à escravidão, condenações criminais propriamente ditas são muito raras. As investigações criminais neste âmbito são extremamente complexas e comumente enfrentam longas durações para chegar ao seu fim, o que em muitos casos é o equivalente à sanções branda.

Para evitar seu colapso econômico e reduzir os efeitos de uma possível depressão, as empresas tomaram medidas substanciais para superar prejuízos sofridos através da contratação de trabalhadores em valores e condições abaixo das moralmente aceitáveis.<sup>16</sup> Somando-se à isto, ao to-

---

13 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Gobernanza glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs. derechos humanos. **Opinión Jurídica**: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020.

14 INGLEHART, Ronald. The Silent Revolution: Changing Values and Political Styles Among Western Publics. 1977. p. 19-176.

15 VOSS, Hinrich. Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains. **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 2, 2020.

16 BONDS, Eric; DOWNEY, Liam. Green technology and ecologically unequal exchange: The environmental and social consequences of ecological modernization in the world-system. **Journal of World-Systems Research**, p. 167-186, 2012.



mar medidas emergenciais para estabilizar a economia nacional os Estados acabaram por relaxar seus meios de fiscalização e prevenção, trocando conformidade, controle e responsabilidade em benefício de uma resposta imediata e alcançando um impacto rápido, o que leva à criação de oportunidades consideráveis para o florescimento da imoralidade da violação dos direitos humanos.<sup>17, 18</sup>

Em seus programas de *compliance* as empresas têm o dever de investigar e avaliar a integridade de seus colaboradores, acionistas e clientes em geral, processo que requer uma análise de risco minuciosa para que suas atividades não afetem seu desempenho. Deste modo, com a facilidade de acesso à informação e meios de comunicação de alta velocidade é que as empresas devem buscar ao máximo o respeito aos seus funcionários para demonstrar seu interesse em se inserir nestas realidades locais.<sup>19, 20</sup>

Não há mais espaço para situações de trabalho análogas à escravidão, sendo imperativo que empresas avaliem critérios de conformidade para selecionar seus planos de ação, colaboradores e público alvo, incluindo-se aqui a consideração pelas peculiaridades – normas legais, morais e culturais – das localidades em que irão realizar suas atividades.<sup>21, 22</sup>

Além disso os empreendimentos que não estiverem suficientemente cientes e preparadas para adequar suas práticas e oferecer condições dignas de trabalho estarão indo de encontro com uma séria de normas transnacionais que, ainda que continuem apresentando forte deficiência em termos de ferramentas de vigilância regulamentar ou de serviço estruturado dedicado a estas questões.

O conhecimento e o domínio de assuntos envolvidos na temática ambiental e de direitos humanos são comumente menos desenvolvidos em empresas que apresentam pouca presença/impacto como figuras públicas e, estando cientes disso, geralmente carecem de recursos humanos e financeiros, bem como da experiência necessária para lidar com esse tipo de assunto. Empresas de pequeno e médio porte com um programa de conformidade são extremamente raras, aliás, é comum que até mesmo não rea-

---

17 CEPEDISA. **Boletim nº10 Direitos na Pandemia**. Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta à Covid-19 no Brasil. Conectas: São Paulo. 2021.

18 GALVÃO, Luiz Augusto Cassanha et al. **Os impactos da mudança climática nas populações em situação de rua após a pandemia**. 2021.

19 ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social theory and global culture**. Thousand Oaks: Sage, 1992.

20 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Gobernanza glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs. derechos humanos. **Opinión Jurídica**: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020.

21 VOSS, Hinrich. Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains. **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 2, 2020.

22 BIEGELMAN, Martin T. **Building a world-class compliance program: Best practices and strategies for success**. 2008.

lizem auditorias internas ou que contém com um setor jurídico.

De todo modo, independentemente do porte da empresa é imprescindível que tenha em sua estrutura alguma espécie de programa de *compliance* para que seja capaz de enfrentar os desafios inerentes às suas atividades, instaurando códigos de conduta e práticas que incentivem o debate de temas importantes para a contribuição socioambiental da empresa.<sup>23</sup> Ainda, caso considerem que a implementação dos sistemas de *compliance* seja algo muito complexo e trabalhoso, poderão contar com o apoio de consultores para melhor adequar estes mecanismos aos seus interesses.<sup>24</sup>

No contexto da pandemia COVID-19, é importante recordar que o objetivo das recentes respostas dos empreendimentos não é relançar suas atividades econômicas e sim o de se resguardar frente a um possível desastre econômico, reajustando suas práticas para se manter de maneira competitiva no mercado, o que claramente demandaria alterações em sua identidade. Assim, a pandemia formada pela COVID-19 afetou categorias variadas de pessoas e empreendimentos que se virem em um estado de necessidade de assistência imediata, sem qual empresas recorreriam à métodos imorais para manutenção de sua competitividade enquanto seus colaboradores são submetidos à condições degradantes que violam seus direitos mais básicos, lhe retiram a liberdade e os colocam em posição de bem móvel, vinculando seus interesses ao de seus empregadores.

## Considerações finais

Juntamente com a pandemia as empresas vivenciaram situações que colocaram sua existência em crise, ultrapassando limiares que jamais devem ser cruzados e colocando em risco toda uma população que igualmente se encontro à mercê das atividades laborais que lhe eram oportunizadas em um momento de grande fragilidade social proporcionada pela Covid-19. Para evitar incorrer neste tipo de situação, as empresas devem criar canais de comunicação transparentes e hábeis para garantir que suas atividades estejam de acordo com as normas sociais, culturais e legais impostas pelas localidades e este novo panorama *glocal*.

Os procedimentos devem ser simplificados para garantir a consistência de seus resultados, permitindo uma rápida adaptação por parte dos empreendimentos. Embora reconhecendo a necessidade de ação urgente para impedir seu colapso econômico, a falta de mecanismos suficientes de controle e responsabilidade em empreendimentos aumenta o risco de violação de direitos humanos de seus colaboradores.

Como conclusão principal – e contribuições ao meio acadêmico –

23 ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: Uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2018.

24 BREGER, David; EDMONDS, Mark; ORTEGREN, Marc. Internal audit standard compliance, potentially competing duties, and external auditors' reliance decision. **Journal of Corporate Accounting & Finance**, v. 31, n. 1, p. 112-124, 2020.

reconhecemos que nossa hipótese foi confirmada, sendo plenamente viável a modificação da conduta e identidade das empresas para que entrem em conformidade com preceitos ambientais e humanitários de identidades locais, afetadas diretamente pela pandemia. Defendemos – com base no estudo realizado – que os programas de *compliance* evitam eventuais prejuízos financeiros por não conformidade e, ainda, permitem que se enraízem princípios que enaltecem a sustentabilidade, humanismo e a responsabilidade socioambiental do meio empresarial.

## Referências

- ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: Uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BIEGELMAN, Martin T. **Building a world-class compliance program: Best practices and strategies for success**. 2008.
- BONDS, Eric; DOWNEY, Liam. Green technology and ecologically unequal exchange: The environmental and social consequences of ecological modernization in the world-system. **Journal of World-Systems Research**, p. 167-186, 2012.
- BREGER, David; EDMONDS, Mark; ORTEGREN, Marc. Internal audit standard compliance, potentially competing duties, and external auditors' reliance decision. **Journal of Corporate Accounting & Finance**, v. 31, n. 1, p. 112-124, 2020.
- CEPEDISA. **Boletim nº10 Direitos na Pandemia**. Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta à Covid-19 no Brasil. Conectas: São Paulo. 2021.
- GALVÃO, Luiz Augusto Cassanha et al. **Os impactos da mudança climática nas populações em situação de rua após a pandemia**. 2021.
- GONÇALVES, Verônica Korber. Covid-19 e a emergência climática: conexões e desafios. **Le monde diplomatique Brasil**. São Paulo, SP. (17 abr. 2020), online., 2020.
- INGLEHART, Ronald. The Silent Revolution: Changing Values and Political Styles Among Western Publics. 1977. p. 19-176.
- ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social theory and global culture**. Thousand Oaks: Sage, 1992.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Gobernanza glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs. derechos humanos. **Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín**, v. 19, n. 40, p. 393-419, 2020.
- TISATTO, Cristian Andrei; LOPES, Luiza Boeira; BENTO, Juliane Santana. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA: O DEBATE SOBRE O IMPACTO DA COVID-19 NOS DIREITOS HUMANOS. **Humanidades & Inovação**, v. 8, n. 51, p. 244-259, 2021

VOSS, Hinrich. Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains. **Transnational Corporations Journal**, v. 27, n. 2, 2020.

# MECANISMOS DE AUTO-TRANSFORMAÇÃO NA SOCIEDADE CIVIL: REFLEXÃO SOBRE O CONCEITO DE AUTO-AJUDA-MÚTUA (SELBSTHÜLFE) NO DESENVOLVIMENTO DO COOPERATIVISMO NO SUL DO BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO XX

**Josei Fernandes Pereira**

Professor da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutorando em História pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Passo Fundo (UPF)

## **Resumo:**

Parte do conceito de auto-transformação como chave para a compreensão da implantação das primeiras cooperativas rurais no sul do Brasil, entre o final do século XIX e início do XX, paralelamente ao desenvolvimento de comunidades coloniais de imigrantes europeus nesse mesmo contexto. Valendo-se de documentação arquivada em diferentes cooperativas, o artigo busca refletir sobre a atuação destes grupos sociais na ação pública das regiões coloniais, discutindo a presença de uma mentalidade associativa, originada nas contradições da revolução industrial, e verificando elementos para a análise das práticas de poder local. Os resultados apontam para a tese de que estas experiências produziram originalmente um modelo cooperativista pautado tanto por ideais originados no socialismo utópico (pós-revolução industrial) quanto em práticas liberal-burguesas, como a auto-ajuda (selbsthülfe), constituindo um campo de mobilizações, associações e forças sociais que buscaram a satisfação das necessidades locais, a qualidade de vida e, também, a conquista do poder no âmbito local.

**Palavras-chave:** Cooperativismo; Auto-Ajuda-Mútua; Sociedade civil; Poder local.

## **Introdução: auto-transformação e qualidade de vida**

A busca dos indivíduos e das sociedades por qualidade de vida é um fenômeno bastante presente na contemporaneidade, estudado por pesquisa-

dores tanto do ponto de vista da melhoria das condições ambientais de vida, num determinado local, quanto do ponto de vista da melhoria das condições econômicas e sociais de vida. Nessa busca por *liveability* (DOWBOR, 1999), outros fenômenos se somam ao esforço pela melhoria das condições locais, em especial, aqueles ligados a auto-transformação econômica e social do local em que se vive. Conceitos como o de auto-transformação, poder local e posituação do poder, representam importantes chaves teóricas para a compreensão deste movimento que se amplia, de forma mais expressiva, em países desenvolvidos. Para Dawbor, a incompatibilidade entre qualidade de vida e desenvolvimento econômico leva determinados agrupamentos humanos, em condições específicas, à mobilizar racionalmente o seu entorno, com o intuito de organizar suas condições de vida e romper o condicionamento à passividade, marcada, ao longo do século XX, pela dualidade estatização e liberalização, ou seja: deixar um plano central decidir os rumos das nossas vidas ou deixar o mercado guiar para a o seu projeto de mundo (DOWBOR, 1999, p. 12)

A criação de mecanismos auto-transformação da realidade econômica e social local passa, contudo, pela necessidade de descentralização, desburocratização e, principalmente, participação: “O poder local não é condição suficiente para mudar o mundo, sem dúvida, mas é sim condição necessária: à democracia começa por casa” (DOWBOR, 1999, p. 14). No caso do desenvolvimento da sociedade brasileira, verifica-se uma herança de desequilíbrios, somados à cultura da espera passiva pelos ajustes feitos “de cima”, numa alusão ao paternalismo político manifestado pelas experiências políticas do final do império e início da república (final do século XIX e início do XX). Dentre estas heranças, encontram-se o círculo vicioso de relações desiguais de dependência, troca de favores e a prática do clientelismo, cujas causas são de um modo geral apontados por Dowbor como:

A dramática centralização de poder político e econômico que caracteriza a nossa forma de organização como sociedade leva, em última instância, a um divórcio profundo entre as nossas necessidades e o conteúdo do desenvolvimento econômico e social (DOWBOR, 1999, p. 20)

Já na esfera política, a ideia de *poder local* pode ser pensada de dois modos antagônicos, situados em contextos diferentes da história política do Brasil: o primeiro, ligado à formação histórica do patrimonialismo, e em suas manifestações mais perceptíveis nas tradições políticas do coronelismo, do clientelismo e do pessoalismo. O segundo, mais atual, fruto das movimentações políticas da redemocratização em 1988, que trata da descentralização, da participação e da criação de mecanismos eficientes para o exercício da cidadania, num esforço de reinvenção do próprio conceito de poder local, unindo a dimensão sociológica à espacial (*empowerment*) e promovendo maior interação entre redes

sociais, instituições locais, Estado e sociedade-civil (SANTIN, 2007).

Sabemos que o conceito de *estado federal* tem origem na Constituição dos Estados Unidos (1787), com a ideia de união das coletividades autônomas, ou seja, a criação de vários centros sobre os quais orbitam os interesses locais. Têm, portanto, suas raízes no absolutismo (Inglês e Francês), que “empurrou” grupos contrários à concentração de poder para os novos territórios coloniais, e possuindo, em tese, a capacidade de dificultar a acumulação de poder num único órgão, impedindo, assim, o aparecimento de regimes totalitários. Nas 13 colônias, estas ideias encontram território fértil e florescem, dando origem a um dos mais importantes eventos políticos do final da era moderna.

Não obstante o federalismo clássico tenha surgido da união, analogamente à uma força centrífuga, de estados independentes, por força da cultura e das origens étnicas em comum (como no exemplo das 13 colônias), o federalismo brasileiro surgiu a partir da experiência de um Estado Unitário descentralizado, criado em 1824, caracterizado por possuir um território de proporções continentais com profundas diferenças regionais. Assim, a “revolução republicana” de 1889, que deu origem ao sistema federativo brasileiro, surgiu de modo análogo à uma força centrípeta, uma vez que tentou seguir o modelo absolutista, concentrando poderes no governo federal e apenas reconhecendo a soberania das províncias. O federalismo brasileiro era principalmente fiscal, voltado principalmente ao sistema tributário nacional, mas concentrando as grandes decisões políticas no governo federal, o que causou diversos conflitos na esfera local.

Ao contrário dos Estados Unidos e da França, a República brasileira não surgiu de uma guerra pela independência de seus Estados ou de um levante popular, mas por meio de um golpe militar sofrido pela Monarquia, objetivando restaurar a “dignidade” das forças armadas” (SANTIN, 2012, p. 60)

Verifica-se, dessa forma, uma sequência de movimentos políticos e sociais de caráter regional, desde meados do século XIX e estendendo-se até o início do século XX, marcados pela atuação repressiva e violenta do estado brasileiro na manutenção da unidade nacional, e pelas disputas de poder em torno da capital federal, no Rio de Janeiro e, nos âmbitos estaduais, nas suas respectivas capitais. É neste período que se verifica o surgimento e a expansão do fenômeno do coronelismo como expressão política da articulação dos interesses econômicos das elites agrárias, em consonância aos interesses políticos das esferas federais, consolidados no mecanismo que ficou conhecido como a “política dos governadores”. No interior do país, no entanto, os municípios acabaram sendo controlados pela força destes interesses, pela ação direta do coronelismo.

É neste contexto que verificamos uma situação paradoxal pois, ao mes-

mo tempo em que eram controladas politicamente pelos interesses das elites agrárias, permaneciam à margem das políticas públicas para o desenvolvimento regional. Contudo, verificou-se que no interior do Estado do Rio Grande do Sul, surgiram novas modalidades de auto-organização das realidades locais. O RS foi “o único caso bem sucedido de desenvolvimento voltado para dentro” (CASTRO apud FONSECA, p. 15), de forma semelhante à verificada nas 13 colônias (porém, quase dois séculos depois). Seu crescimento econômico no período, reflete em mudanças sociais significativas, como o desenvolvimento de pequenas indústrias, uma elevada taxa de nascimento (especialmente nas áreas de colonização italianas e alemãs), aumento significativo nas taxas de alfabetização (índice de crescimento superior à região sudeste). Entre 1872 e 1890, a população da província quase dobrou devido à imigração: de 447 para 897 mil habitantes (LOVE, 1975 p. 19-20). Estes colonos dedicavam-se à policultura de cereais tradicionais no velho mundo: centeio e batata (alemães) e uvas (italianos), num processo de desenvolvimento que guarda certas semelhanças com o processo verificado nas 13 colônias, porém, quase 2 séculos depois.<sup>1</sup>

Estas regiões de colonização europeia, situadas no interior do RS, encontravam-se em situação de relativo abandono do poder público. Relativo pois, do ponto de vista político, o controle dos coronéis do Partido Republicano Riograndense sobre os processos eleitorais era quase absoluto; mas do ponto de vista econômico, os interesses políticos se concentravam em manter condições favoráveis para os principais produtos da balança comercial, em especial, a produção de charque. Sobre esse abandono, reflete Love:

os habitantes da Serra sentiram-se tão abandonados pelo governo provincial que, por duas vezes, a Câmara Municipal de Cruz Alta apelou pela criação de nova província na Serra. Em 1884, a Câmara acusava que seus habitantes sofriam ‘completo abandono: Não temos uma ponte, uma estrada, qualquer obra pública’. De fato, queixava-se a Câmara, o governo provincial jamais enviara um alto funcionário para visitar a região, e os porto-alegrenses pensavam que a Serra fosse habitada apenas por índios selvagens” (LOVE, 1983, p. 21)

Em comunidades de forte identificação étnica, estes grupos desenvolveram-se numa dinâmica que envolvia uma economia voltada para dentro da própria comunidade, e um intrincado mecanismo de auto-ajuda-mútua (*Selbsthilfe*), manifestado tanto na realização de mutirões para construção de obras comunitárias, quanto na organização de entidades sociais para o desenvolvimento local, em geral com a participação e orientação das igrejas (católica e

1 A região da Serra Central do RS estava em situação melhor do ponto de vista do desenvolvimento social: elevou, em 1872, o RS ao 3º lugar entre as províncias em relação à taxa de alfabetizado (21,9% em todas as idades), 1º lugar em 1891; 10º lugar a contagem de escravos em 1887 (última contagem oficial), com 8.442 escravos (1/5 da população total), a maioria no sul do litoral e na campanha (1º POA, 2º Pelotas e 3º Bagé) (LOVE, 1975 p. 21)



protestante). Esse espírito tradicionalista, manifestado através de um *ethos* de vocação para o trabalho (cfe. WEBER, 1994, p. 65), encontrou nas comunidades coloniais de orientação alemã um forte apelo na organização de cooperativas de crédito, voltadas para o atendimento das necessidades comunitárias.

## A auto-ajuda na gênese do cooperativismo

As primeiras sociedades de crédito cooperativas foram criadas para combater a usura das casas bancárias que atuavam nas regiões coloniais. As *Caixas Rurais Raiffeisen*<sup>2</sup> atuaram livremente no Rio Grande do Sul no início do século XX, reinvestindo as poupanças da comunidade na construção de obras de interesse público. Valendo-se de algumas experiências verificadas nestas caixas rurais, ampliamos nossa reflexão sobre práticas de poder local a partir da atuação destes grupos sociais na condução de políticas públicas na esfera local. A ausência do Estado e a ação supletiva das entidades cooperativas na primeira metade do século XX, especialmente em comunidades formadas por imigrantes alemães no sul do Brasil, já foi objeto de estudo deste autor, publicado em 2012 sob o título “Elos & Correntes” (PEREIRA, 2012).

O cooperativismo, em todas as suas diferentes formas de apresentação, oferece uma forma de se pensar os indivíduos no interior deste complexo de relações sociais e econômicas, verificadas na formalização/institucionalização dessas relações no próprio ato cooperativo. Ou seja, o conjunto de relações invisíveis entre os sujeitos corporifica-se na criação de instituições que teriam como característica fundamental a própria interação entre os indivíduos que a integram.

Em José de Souza Martins (1973) entendemos o conceito de *sociedade* em oposição ao conceito de *comunidade*. Para ele, a comunidade é uma idealização utópica, um sinônimo de resistência à expansão do sistema capitalista. Para Bauman (2003, p. 20) também contrapõem comunidade e sociedade, referindo-se a primeira como parte de um entendimento compartilhado por seus membros, e a segunda como o consenso, típico acordo de pessoas de opiniões diferentes, caracterizada pela disputa e pela contrariedade. Se pensarmos na aplicação dessa terminologia à fase de implantação do capitalismo no Brasil, veremos que ela será convencionalmente utilizada pelos trabalhadores deslocados da periferia europeia para o contexto brasileiro. Apresentando-se como uma “sociedade local”, a comunidade e suas características singulares são conduzidas sem mediações contratuais ou societárias, como uma esfera

---

2 Raiffeisen: As chamadas “Associações de Amparo aos Agricultores sem Recursos”, ou *Darlehenskasse* (fundo de empréstimo), se popularizaram no Brasil com o nome de Caixas Rurais Raiffeisen. Foram criadas na Alemanha, por volta de 1848, para eliminar a figura do intermediador, reunindo as economias dos agricultores e convertendo-as em empréstimos a juros mínimos para os que necessitavam financiamento, além de pagamento de juros a todos que deixassem suas economias aplicadas, caracterizando uma forma de crédito rural, ou seja, crédito destinado para investimento em atividades agrícolas, segundo a concepção teórica de Luz Filho (1933).

não racionalizada da vida social onde os homens, em estado natural, “permanecem unidos apesar de todas as separações.” (MARTINS, 1973, p. 32).

Martins também conceitua a migração como o processo de transição de um ou mais sujeitos de uma sociedade para outra; mas não apenas de unidades físicas num contexto geográfico, mas sim um complexo sistema de valores e culturas. A socialização não está apenas na sociedade de adoção, mas na

evidência de que a própria sociedade de origem está mergulhada num processo de transformação social que provoca o desencontro de sujeitos e as mudanças que estão ocorrendo [e] a imigração é, pois, um evento historicamente determinado pela expansão do modo capitalista de produção. (MARTINS, 1973, p. 19-22)

Apresentamos até aqui dois importantes modelos conceituais que se propõem a esclarecer as estruturas de ligação entre as pessoas em condições diferenciadas de evolução social: a comunidade e a sociedade. Ambos os conceitos possuem importância basilar, na medida em que nos auxiliam a compreender a complexidade das relações socioeconômicas ocorridas no movimento cooperativista, nascido, por sua vez, dentro de um complexo contexto de revoluções da matriz produtiva europeia no século XIX, e que migrou, juntamente com os sujeitos oriundos dessas transformações, para um espaço e tempo específicos: o interior do Rio Grande do Sul no início do século XX.

Criada para conter o avanço do desemprego e da pauperização dos antigos tecelões, a cooperativa de consumo de Rochdale (experiência tradicionalmente conhecida como os “Pioneiros de Rochdale”) era uma sociedade de compra e distribuição de mantimentos que buscava na capitalização das míseras economias dos seus associados uma alternativa frente às transformações geradas pelo processo revolucionário industrial, eliminando os intermediários e adquirindo os seus produtos de consumo (e posteriormente de produção) diretamente dos fabricantes. Assim, vemos que as primeiras experiências do cooperativismo formalmente organizado foram surgindo como “uma alternativa econômica a situações históricas específicas, sendo reconhecido como um dos mais eficientes instrumentos de desenvolvimento e de possível transformação social” (DUARTE, 1986, p. 13).

Segundo Thompson (1998), a venda de alimentos em tempos de escassez, bem como emoções despertadas pelo desabastecimento, reivindicações populares junto às autoridades, e o lucro em situações de emergência, eram ações que davam um “peso moral” aos protestos de camponeses e trabalhadores urbanos e, em conjunto, formavam a “economia moral dos pobres” justificada pelo autor como: “a maneira como muitas relações ‘econômicas’ são reguladas segundo normas não monetárias nas comunidades industriais e camponesas” (THOMPSON, 1998, p. 258). Assim, ela não seria uma forma estática de organização econômica, mas sim um sistema dinâmico voltado para o tradicional, surgindo como resultado da ascensão da cultura capitalista,

como uma crítica ou como um movimento de resistência.

A *economia moral dos pobres* surge então como uma espécie de precursor do movimento cooperativista moderno; por meio de grupos de “reguladores de preços” que apreendiam produtos agrícolas de fazendeiros locais ou comerciantes em passagem pela comunidade e os vendiam a preços considerados justos, repassando o valor das vendas aos proprietários numa transação característica dos costumes e da moral da comunidade local:

O avanço da nova economia política foi também o colapso da antiga economia moral das provisões (...). A economia moral da multidão levou mais tempo para morrer: é adotada pelas primeiras cooperativas de moinhos de farinha, por alguns socialistas owenitas, e continuou a existir durante anos nas entranhas da Sociedade Cooperativa de Vendas por Atacado (THOMPSON, 1998, p. 202).

Hobsbawm (2008, p. 60) cita a imigração e a formação das cooperativas como as duas reações não governamentais mais comuns da parte dos camponeses, “principalmente dos sem-terra e dos proprietários de terras sem bem líquidos, estes sobretudo camponeses com propriedades potencialmente viáveis”. Na Inglaterra, por exemplo, a diminuição da produção de alimentos e as mudanças na economia doméstica provocaram uma carestia generalizada de alimentos, o que explicaria a experiência pioneira no vilarejo de Rochdale, em 1844, com a criação de uma cooperativa de consumo. Poucos anos depois, na França, Alemanha e Itália, a experiência foi com cooperativas de trabalho e de crédito. Walter Frantz (2003, p. 30) explica que:

o movimento social pela organização cooperativa não é um bloco único. Trata-se de um movimento que toma formas e sentidos de organização, segundo as estruturas sociais, as concepções políticas, as categorias econômicas, as nacionalidades e as crenças religiosas, as diferentes concepções e interpretações do sentido da cooperação.

Entre os séculos XVIII e XIX, fatores como o avanço tecnológico e o êxodo rural contribuíram para a chamada “Revolução Industrial”, convertendo oficinas artesanais em fábricas e impingindo profundas mudanças, especialmente para as classes camponesas e operárias, subordinadas ao poder econômico. O cooperativismo emerge deste contexto, proposto como uma ferramenta de enfrentamento das dificuldades econômicas e dos problemas sociais originados nestas dificuldades. Esta concepção alternativa de enfrentamento das dificuldades, inerentes ao sistema econômico liberalista, atravessou o Atlântico junto dos imigrantes que colonizaram o Rio Grande do Sul a partir do século XIX, constituindo-se numa forma de ação igualmente proposta para suprir a ausência do Estado.

## Cooperativismo e colonização no Rio Grande do Sul: entre o abandono e o autoritarismo

Criadas para combater a usura das casas bancárias que atuavam nas regiões coloniais, as *Caixas Rurais Raiffeisen* atuaram livremente no Rio Grande do Sul no início do século XX, reinvestindo as poupanças da comunidade na construção de obras de interesse público. Estas caixas rurais eram inspiradas no modelo alemão de Raiffeisen, constituindo caixas econômicas municipais de reinvestimento local que criavam uma modalidade de investimento produtivo, sem especulação nem mercado futuro, procurando eliminar (ou ao menos minimizar) o que Dowbor chama de eterno problema do atravessador, manifestado pela cartelização do comércio e das finanças locais e pelo alto custo social do sistema de intermediação financeira: “Controlar o uso e a produtividade dos recursos financeiros é essencial para justamente desenvolver as atividades que interessam às comunidades” (DOWBOR, 1999, p. 61)

A história dos bancos no Brasil começa e se desenvolve como uma atividade de estímulo aos interesses de grupos restritos. Nas primeiras décadas do século XX, verificamos no Rio Grande do Sul a existência de pouquíssimos bancos nacionais privados, e alguns outros de capital internacional, atuando nos grandes centros econômicos estaduais, e no interior do estado através de casas bancárias particulares e/ou correspondentes. Estes eram geralmente comerciantes influentes nas regiões coloniais, e submetiam os colonos a procedimentos financeiros usurários. Roche faz alusão a este tipo de atividade comercial:

Eis, enfim, a última parte do papel do comerciante na economia das zonas rurais, sobretudo em fase pioneira: pelo jogo do mecanismo da conta corrente, não somente ele foi levado a conceder crédito a seus fregueses (à taxa de 12%), mas também se tornou seu banqueiro. Os colonos efetuavam, como no guichê de um banco, verdadeiros depósitos na caixa do comerciante. Alguns colonos até lhe pagavam uma taxa, para que guardasse o seu dinheiro, isso existe desde 1890 e correntemente se encontra, durante todo o século XX, nas contas de casas de comércio das colônias (ROCHE, 1969, p. 422)

Partindo dessa análise geral da conjuntura que envolve a criação das caixas de crédito rural no sul Brasil, vemos em todas estas cooperativas de crédito criadas no Rio Grande do Sul até os anos 1930, foram estimuladas e divulgadas especialmente pela ação de religiosos de diversas ordens, mas principalmente de jesuítas que integraram primeiramente a *Bauerverein* e posteriormente a *Volksverein* – Sociedade União Popular. Para Frantz, “o envolvimento, tanto da Igreja evangélica quanto católica, para a implantação do cooperativismo, no Estado do Rio Grande do Sul, foi decisivo. O cooperativismo teve especial importância na economia dos colonos. Ao longo de décadas, constituiu-se em instrumento de inserção no mercado” (2006, p. 41)

SchalleMBERGER (2004) também irá se referir ao fenômeno de expansão

das caixas rurais pela ação da igreja, definindo esta última como a “Igreja da Imigração”, cujo objetivo era buscar soluções para as famílias e para as comunidades através da valorização do espaço econômico agrícola no mercado local e internacional. O apelo ao cooperativismo e a responsabilidade das cooperativas na busca dessas soluções para as comunidades estiveram, de certa forma, relacionados à ineficiência do Estado e à impotência do poder político em atender as necessidades locais.

É agindo neste sentido, e baseados no tradicional discurso cooperativista da auto-ajuda-mútua, que inúmeras comunidades coloniais organizaram suas caixas rurais nos moldes do sistema Raiffeisen alemão. Esse semi-abandono da política oficial do estado paralelamente a criação de uma classe de produtores pequenos proprietários durante a Primeira República, é que produziu um empoderamento das Igrejas na ordenação do projeto de colonização em diversas frentes de expansão, organizando social e economicamente e interferindo na condução da vida pública dessas comunidades pelo o cooperativismo de crédito, que financiará a atividade agrícola e a mercantilização da produção, além de reaplicar os resultados dessa atividade na execução de obras de infraestrutura local defendendo interesses dos colonos organizados.

São exemplos dessa experiência as Caixas Rurais União Popular de Nova Petrópolis (a primeira, fundada em 1902), de Serro Azul (fundada em 1913) e a de Serra Cadeado (fundada em 1925). Em comum o fato de que todas as caixas citadas permanecem em atividade ininterrupta desde sua fundação, compondo atualmente um amplo sistema bancário de crédito cooperativo (Sicredi).

A primeira Caixa de Crédito Rural do Brasil, fundada em 1902, em Nova Petrópolis, pela Associação Rio-Grandense de Agricultores – *Bauerverein*, que possuía caráter interconfessional, foi posteriormente substituída pela Sociedade União Popular Católica – *Volksverein*, entidade criada durante o Congresso de Teutos em Venâncio Aires, no ano de 1912. Nesta altura o Brasil já possuía também uma referência legal para o cooperativismo de crédito, embora muito vaga: o Decreto do Poder Legislativo nº 979, de 06 de janeiro de 1903, que permitia aos sindicatos a organização de caixas rurais de crédito agrícola, bem como cooperativas de produção ou de consumo, porém, sem qualquer detalhamento do assunto. Em 05 de janeiro de 1907 o Decreto nº 1637 dá novas instruções às cooperativas. Segundo ele, elas poderiam ser organizadas como sociedades autônomas, em nome coletivo ou comanditas, e regidas por leis específicas (art.10). Já o artigo 23 dizia:

as cooperativas de crédito agrícola que se organizarem em pequenas circunscrições rurais, com ou sem capital social, sob a responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos associados, para o fim de emprestar dinheiro aos sócios e receber em depósito suas economias, gozarão de isenção de selo de operações e transações de valor não excedente a 1:000\$ (um conto de réis) e para os seus depósitos.

Debruçamo-nos sobre a documentação de um desses exemplos, fundada em 1925 na região noroeste do Rio Grande do Sul, no interior do então Município de Ijuí: a Caixa Rural União Popular de Serra Cadeado – CRUPSC, cuja ata de fundação já demonstra parte dos objetivos que este estudo se propõem elucidar: “Combater a usura, fornecendo a juros módicos, a seus sócios e somente a eles, os capitais necessários à exploração de seu pequeno trabalho, facilitando-lhe o exercício de sua profissão”.<sup>3</sup>

A fundação da Caixa Rural União Popular de Serra Cadeado (colônia situada nos arredores de Ijuí) deu-se pelo trabalho de orientação da comunidade por um padre da ordem jesuíta, pe. João Evangelista Rick. Tanto a Associação Rio-grandense de Agricultores (Bauerverein) quanto sua substituta, a Sociedade União Popular (Volksverein) possuíam caráter associativo, sendo sugeridas e organizadas também por um padre da ordem jesuíta, o suíço Theodor Amstad. Verifica-se esta característica na totalidade das caixas rurais fundadas no Rio Grande do Sul e Santa Catarina, além do nordeste da Argentina, qual seja a participação decisiva de padres de diversas ordens religiosas:

o envolvimento, tanto da Igreja evangélica quanto católica, para a implantação do cooperativismo, no Estado do Rio Grande do Sul, foi decisivo. O cooperativismo teve especial importância na economia dos colonos. Ao longo de décadas, constitui-se em instrumento de inserção no mercado. (FRANTZ, 2006, p. 41)

No entanto, o meio religioso não era unânime quanto à fundação das Caixas de Crédito Rural e elas encontraram resistência de muitos dos clérigos da própria igreja católica, que consideravam prematuras as idéias de Amstad e Rick. Em suas memórias, pe. Rick menciona que muitos de seus colegas de batina consideravam a idéia das caixas rurais “pouco eficientes para um povo sem formação escolar e pouca compreensão para grandes metas de caráter comum”. Mas o descrédito desses clérigos foi desaparecendo conforme os resultados começavam a aparecer. As Caixas de Crédito, consideradas “prematuras”, passaram a contribuir para o desenvolvimento das comunidades, re-investindo parte dos resultados da atividade cooperativo-financeira na construção de escolas, hospitais, salões comunitários e inclusive igrejas, dentre outras obras de caráter comunitário.

Os objetivos que inicialmente orientavam os associados da Caixa eram bastante claros e precisos, ligados às necessidades financeiras dos moradores da localidade; obtenção de recursos necessários para a manutenção da atividade produtiva e para o investimento em melhorias na propriedade. A ata de fundação da Caixa de Serra Cadeado refere-se aos seguintes objetivos específicos:

Combater a usura, fornecendo a juros módicos, a seus sócios e so-

---

3 Ata de Fundação da Caixa Rural União Popular de Serra Cadeado, em 25 de maio de 1925. Fonte: Arquivo Sicredi Augusto Pestana.

mente a eles, os capitais necessários à exploração de seu pequeno trabalho, facilitando-lhe o exercício de sua profissão; Fazer empréstimos a curto e a longo prazo, reembolsáveis por amortização periódica, mediante garantia e de acordo com as regras estabelecidas pela direção; Os empréstimos deveriam ter lugar para certo e determinado fim, julgado útil e reprodutivo pela direção; Os juros seriam calculados pelo saldo efetivamente devido; A sociedade poderia também receber, em depósito a prazo fixo ou em conta-corrente limitada ou de movimento dinheiro a juros não só de sócios como de pessoas não pertencentes à sociedade; Os valores máximos de empréstimos e a soma total dos encargos da sociedade seriam fixados anualmente pela Assembleia Geral (Ata de Fundação da Caixa Rural União Popular de Serra Cadeado).

Citando a “usura” o texto da ata de fundação faz referência a atividade realizada por comerciantes instalados na linha colonial que, diretamente ou indiretamente, atuavam como agentes creditícios dos colonos, seja na aquisição e revenda da produção (compra com preço mínimo e revende nos centros urbanos a altos preços), como também emprestando dinheiro à juros, pelo empréstimo direto ou pela venda de bens de consumo para pagamento com a produção adquirida. Maestri fornece importantes detalhes desta atividade:

eram pequenos, médios e grandes comerciantes que acaparavam a maior parte da riqueza produzida na colônia, ao comprarem a produção colonial por baixo preço e ao venderem o que o colono necessitava por alto valor (...). O comerciante pagava ao colono apenas após vender seus produtos e servia-lhe de banco, emprestando-lhe dinheiro a juros e guardando suas economias sem remuneração. Portanto, financiava com os recursos do colono os produtos que lhe vendia. Era forte a dependência cultural, ideológica e política do colono ao vendeiro. Ele aconselhava-o nas iniciativas econômicas, na introdução de novas plantas, representava-o em algumas ocasiões, etc. (MAESTRI, 1996, p. 83)

Convém lembrarmos que o nascimento da instituição bancária formalmente organizada no Brasil dá-se em 1808, com a criação do Banco do Brasil, banco particular com participação do Estado que foi capitalizado com recursos privados e, principalmente, com impostos criados especialmente para esta finalidade. Para Langemann (2007) o Banco do Brasil não teve a preocupação de estimular a atividade econômica, mas sim a obtenção de fundos para manter a família real portuguesa na colônia, emitindo papel moeda para reduzir o déficit do tesouro.

Em relação aos bancos gaúchos, Langemann diz que “uma característica peculiar do cenário financeiro gaúcho pré-1930 foi a ausência quase total de bancos nacionais privados” (2007, p. 231). Após 1930, verifica-se que os bancos nacionais de depósito e desconto que foram sendo implantados tinham iniciativa local, para atender aos desdobramentos da economia regional onde

surgiram e atuam. Assim, mesmo quando filiais eram abertas em outras localidades, prevaleciam os interesses do grupo econômico originado na sua sede.

Ao lado dos bancos atuavam empreendimentos menores, as casas bancárias particulares. Sem dúvida, em situação mais favorável para exercer essa atividade se encontrava o comerciante. Era, pois, muito comum que ele combinasse a atuação comercial com a representação de bancos, dos quais era correspondente. Mas também atuava em faixa própria, realizando empréstimos e até aceitando depósitos. Nesse sentido, entende-se a preocupação do Decreto 14.728 de 16 de março de 1921, por exemplo, que buscava organizar essa atividade paralela ao sistema financeiro realizada por particulares.

As comunidades do interior do Estado, focos de colonização por imigrantes (como a região noroeste do RS), quando se deparavam com a necessidade de capitais para investimento na atividade produtiva, buscavam-no junto aos comerciantes locais, igualmente integrados ao funcionamento das instituições bancárias dos grandes centros. Estavam sujeitos aos objetivos dos grandes bancos e ainda aos objetivos do pequeno comerciante local, intermediário do sistema financeiro. Não bastasse a condição de submissão ao capital originado nestas instituições/pessoas, o colono via o resultado de seu trabalho fluir para os cofres localizados à distância da sua realidade. Fazer oposição a esta condição de submissão à usura talvez tenha sido a mais relevante motivação das Caixas Rurais instaladas nos núcleos coloniais, pois prejudicava a atividade de mercantilização da produção e conseqüentemente o pagamento da dívida colonial, condição para a manutenção da atividade produtiva.

Na ata de fundação da Caixa Rural de Serra Cadeado encontramos o registro do seu primeiro Estatuto Social que, além de detalhes da organização e do funcionamento da Caixa, previa a criação de um fundo de reserva, destinado a reparar eventuais prejuízos sofridos pela cooperativa no exercício de suas atividades, fundo este que não seria partilhado ou distribuído entre os sócios no final do exercício. Ele seria composto de doações de qualquer natureza recebidas pela Caixa, mas principalmente de 80% dos lucros verificados anualmente pelo Balanço contábil. Os 20% restantes seriam destinados para fins beneficentes e despesas gerais da Caixa.

## **Considerações finais**

Nascida no seio da comunidade, a Caixa Rural foi criada para atender às necessidades inicialmente de um pequeno grupo de pessoas em seu entorno, acumulando recursos financeiros por meio da auto-ajuda e reemprestando aos associados mediante pagamento de juros módicos. Ou seja, a poupança de um segmento da sociedade organizada em cooperativa, reverter-se-ia para a própria sociedade na forma de crédito. Assim, ficava evidenciada uma das principais intenções da Caixa Rural no momento da elaboração do primeiro Estatuto: “promover o desenvolvimento da comunidade local por meio da oferta de recursos financeiros a juros módicos”. Afinal, seus sócios eram os



moradores, agricultores, professores, construtores e trabalhadores em geral, pessoas da comunidade e, como o tal, desejavam o seu crescimento e a melhoria da qualidade de vida. O fundo de reserva foi instituído, por um lado, para dar segurança aos investimentos feitos na Caixa e, por outro, para reinvestir parte das sobras diretamente em obras que se destinavam ao desenvolvimento da comunidade. Em Serra Cadeado, verificamos a aplicação do fundo de reserva em obras comunitárias como a construção do primeiro hospital comunitário, da primeira escola pública, do salão comunitário, do colégio interno e das duas igrejas (católica e evangélica). Fundador das Caixas Rurais de Serro Azul e Serra Cadeado, pe. Rick compreendia que “pelos excedentes do fundo de reservas puderam apoiar-se obras de utilidade comum” (apud RABUSKE, 2004). O trabalho das caixas rurais no âmbito da formação e desenvolvimento das colônias de imigrantes do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, na primeira metade do século XX, estabeleceu uma relação íntima com os anseios comunitários, tanto com o oferecimento de recursos para a produção, pelo trabalho associativo dos colonos, quanto reinvestindo as sobras da atividade financeira na própria comunidade, em obras de infraestrutura que não eram disponibilizadas pelos (quase sempre) inexistentes serviços públicos estatais.

A ação da Caixa Rural na comunidade teve um papel fundamental, não só pelo trabalho de poupança e empréstimos para fins ligados a produção agrícola, mas também pelo desenvolvimento da mentalidade associativa, e com isso o fomento de outros tantos setores da comunidade. Analisando as ações da caixa de Serra Cadeado no decorrer dos anos 1920 e 1930, percebemos que sua existência possibilitou o oferecimento e a ampliação de inúmeros serviços, tanto na área rural quanto na área urbana. Situações semelhantes poderão ser encontradas observando o desenvolvimento das demais caixas criadas nesse contexto, já que faziam parte de um projeto de desenvolvimento das regiões coloniais promovido pela Sociedade União Popular, antiga associação de agricultores do RS, que tinha em suas metas justamente

buscar soluções para as famílias e para as comunidades e valorizar o espaço econômico agrícola no mercado local e internacional. O apelo ao cooperativismo e a responsabilidade das cooperativas de buscar soluções para as comunidades estiveram, de certa forma, relacionados à ineficiência do Estado e à impotência do poder político em atender tais necessidades (SCHALLENBERGER, 2004, p. 4)

Através da organização em cooperativas, as comunidades destas regiões coloniais buscaram formas de influir nas relações de mercados, procurando opor-se ao controle exercido pelos comerciantes e intermediários locais sobre preços, comunicação e circulação de mercadorias e serviços. As dificuldades podem ser encontradas tanto na demanda de recursos para a produção, quanto na estrutura de comercialização disponível nestes espaços coloniais.

Partimos de uma reflexão de Bobbio, sobre o exercício do poder, se-

gundo o qual o mesmo “pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista dos quais esses contextos são considerados. Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal” (BOBBIO, 2004, p. 67). Vimos que as práticas de auto-ajuda-mútua estudadas resultaram na organização de núcleos comunitários de poder local, contribuindo para o entendimento sobre os impactos da ausência do Estado, na forma de políticas públicas para o desenvolvimento econômico e social dos médios e pequenos produtores rurais, pode ter na organização do poder local. Neste caso, tal ausência resultou na realização de ações supletivas das entidades associativas que representavam os interesses locais. Entretanto, após o começo da Era Vargas, em 1930, a centralização do poder e o aumento da regulamentação e do controle estatal sobre estas entidades, fez com que a maioria das Caixas Rurais encerrasse suas atividades entre 1930 e 1945. A centralização destas entidades nas novas instituições e legislações do Estado Novo desarticulou o movimento associativo sul-rio-grandense que, desde o início do século XX, vinha se constituindo como uma forma de organização político-administrativa singular, atuando nas economias locais mediante o trabalho de captação das pequenas economias coloniais.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- DOWBOR, Ladislau, **O que é poder local** / São Paulo: Brasiliense, 1999
- DUARTE, Laura Maria Goulart. **Capitalismo & Cooperativismo no R.G.S.** Porto Alegre: L&PM, 1986
- FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **RS: Economia & conflitos políticos na República Velha**. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1983.
- FRANTZ, Walter; HILGERT, Vagner; CORRÊA, Ricardo. **A história do cooperativismo de crédito em Panambi: uma trajetória de 75 anos**. Ijuí: Unijuí, 2006.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era dos impérios**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- LANGEMANN, Eugênio, **O Setor Financeiro**, In GOLIN, Tau e BOEIRA, Nelson (orgs), República Velha (1889-1930), 2007.
- LOVE, Joseph L. **O regionalismo gaúcho e as origens da revolução de 1930**. São Paulo: Perspectiva, 1975.
- LUZ FILHO, Fábio. **Cooperativismo e Crédito Agrícola**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.
- MAESTRI, Mário. **Os senhores da serra: a colonização italiana do Rio Grande do Sul: 1875 - 1914**, Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 1996.

MARTINS, José de Souza. **A Imigração e a Crise do Brasil Agrário**. São Paulo: Pioneira, 1973.

PEREIRA, Josei Fernandes. **Elos & correntes: história do cooperativismo e do crédito no Rio Grande do Sul (1902-1930)** / Porto Alegre: Sescop/RS, 2012.

RABUSKE, Arthur e RAMBO, Arthur Blásio. **Pe. J. E. Rick, Sj: Cientista, Colonizador, Apóstolo Social, Professor**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

ROCHE, Jean. **A Colonização alemã e o Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Globo, 1969.

SANTIN, Janaína Rigo. **O TRATAMENTO HISTÓRICO DO PODER LOCAL NO BRASIL É A GESTÃO DEMOCRÁTICA MUNICIPAL**. In: Anais do II Seminário Nacional Movimentos Sociais, Participação e Democracia. UFSC: Florianópolis, 2007

\_\_\_\_\_.; FLORES, D. **A evolução histórica do município no federalismo brasileiro**, o poder local e o estatuto da cidade. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, 4 jan. 2012.

SCHALEMBERGER, Erneldo. **Cooperativismo e política: redes de associações e Estado na constituição do marco tecnológico e na organização da agricultura sul-brasileira no período Vargas**. In: Informe GEPEC, UNIOESTE Vol. 8, nº 1, 2004.

THOMPSON, E. P. **Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 9. ed. São Paulo: Pioneira, 1994.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)

# Anais de Artigos Completos - Volume 2 VI CIDHCoimbra 2021

## Organizadores:

Vital Moreira

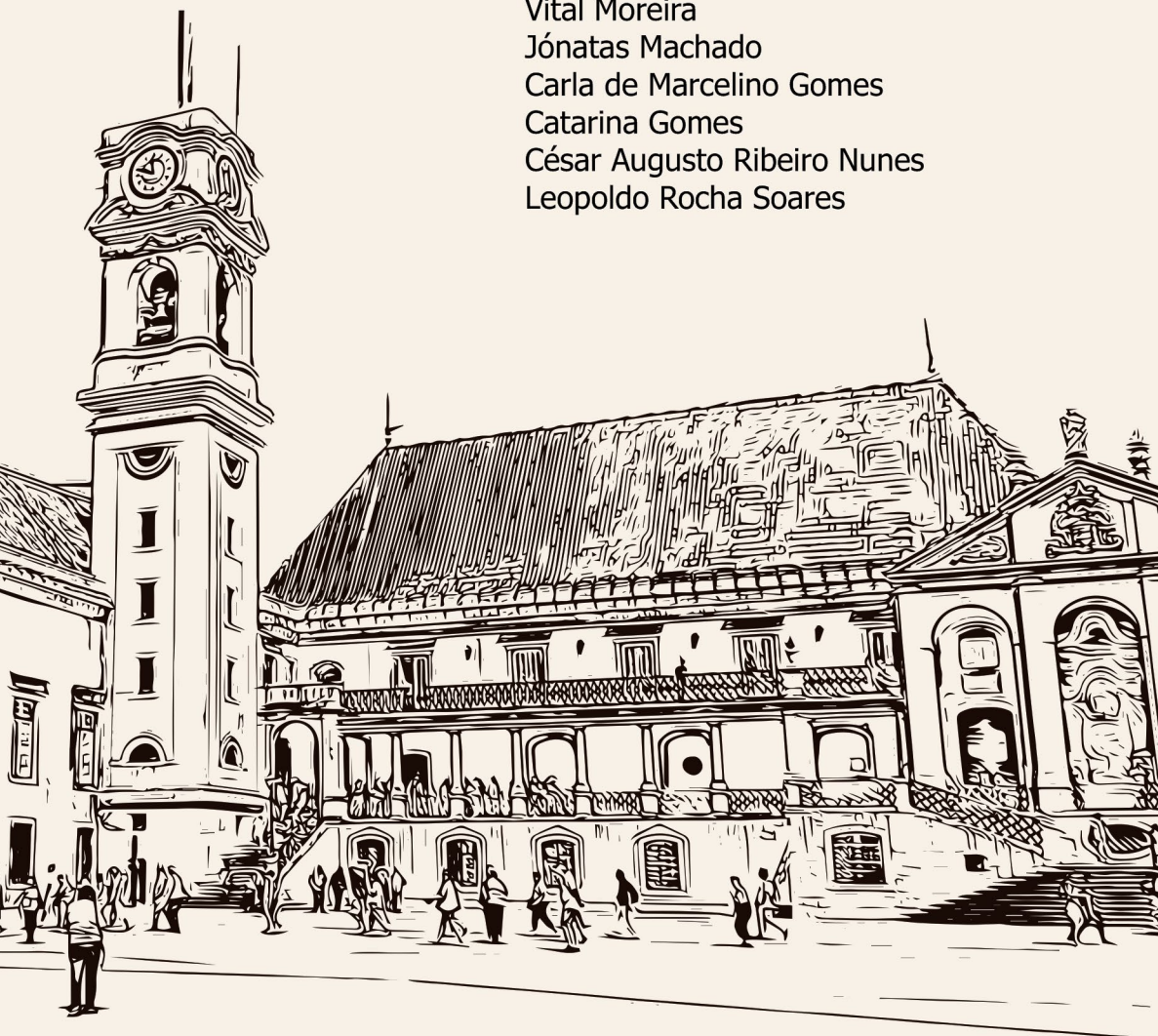
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-17-5



9 786589 537175

