



Editora UNIJUI

Programa de Pós-Graduação  
*Stricto Sensu* em Direito

---

**Volume 7, Número 13**

Jan./Jun. 2019

ISSN 2317-5389

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista  
**Direitos  
Humanos e  
Democracia**

**Reitora**

**Vice-Reitora de Graduação**

**Vice-Reitor de Pós-Graduação**

**Pesquisa e Extensão**

**Vice-Reitor de Administração**

*Cátia Maria Nehring*

*Cristina Eliza Pozzobon*

*Fernando Jaime González*

*Dieter Rugard Siedenberg*



**Editora UNIJUI**

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000

Bairro Universitário

98700-000 – Ijuí – RS – Brasil

Fone: (0 55) 3332-0217

editora@unijui.edu.br

[www.editoraunijui.com.br](http://www.editoraunijui.com.br)

[www.facebook.com/unijuieditora/](http://www.facebook.com/unijuieditora/)

**Fernando Jaime González**

**Anderson Konagevski**

**Alexandre Sadi Dallepiane**

  
Revista  
**Direitos  
Humanos e  
Democracia**

**ISSN 2317-5389**

**Ano 7 • nº 13 • Jan./Jun. 2019**

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUI – Mestrado em Direitos Humanos

[dogasl@unijui.edu.br](mailto:dogasl@unijui.edu.br)

Doglas Cesar Lucas, Unijuí, Brasil

Rosemeri Lazzari Lacorth, Editora Unijuí, Ijuí, RS, Brasil

**Editora Unijuí**

• Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Santa Maria-RS, Brasil

• Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália

• Valcir Gassen, Universidade de Brasília- UNB, Brasil

• Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal

• Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Brasil

• Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ, Brasil

• Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha

• Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália

• Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália

• Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália

• Graciela Beatriz Rodriguez, Universidad Nacional de Rosário, Argentina

• Manuel Moreira, Universidad Nacional de Misiones, Argentina

• Katia Ballacchino, Università del Molise, Itália

• Eduardo Devés-Valdés, Universidad de Santiago do Chile- USACH, Chile

• Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil

• Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana- UNILA, Brasil

• Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil

• Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal

• Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal

• Vicente de Paulo Barreto, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

• Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, Brasil

• Dr Gilmar Antonio Bedin, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI, Brasil

• Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália

• José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos, Brasil

• Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha

• Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México

• Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS, Brasil

• Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil

• André de Carvalho Ramos, Universidade de São Paulo- USP, Brasil

• Dr Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil

• Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil

**Contato**

**Editor**

**Editora de texto e de layout  
e leitora de prova**

**Revisão**

**Conselho Editorial**

## Sumário

### APRESENTAÇÃO

*Doglas Cesar Lucas*

Páginas 5-7

### Responsabilidad Internacional del Estado en la Protección de los Refugiados

*Leticia Mirelli Faleiro e Silva – Rubén Miranda Gonçalves*

Páginas 8-21

### De Defensor de la Constitución a Principal Intérprete del Texto Constitucional y de los Derechos Fundamentales

*Nuria Belloso Martín*

Páginas 22-36

### Cidadãos de Segunda Categoria

*Marília De Nardin Budó* 37

*Marina Rocha Bongiorno* 37

**Páginas 37-57** 37

### Direitos Humanos e Fronteiras

*Vera Lucia Spacil Raddatz* 58

*Marjorie Barros Bock* 58

**Páginas 58-74** 58

### Acesso à Justiça para Mulheres em Situação de Violência

*Tatiana Mareto Silva* 75

*Aloísio Krohling* 75

**Páginas 75-89** 75

### A Fundamentação dos Direitos Humanos

**Segundo Alexy** 90

*Davi Marcucci Pracucho* 90

**Páginas 90-105** 90

### O controle de Convencionalidade na Relação Intersistêmica entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os Sistemas Nacionais de Direitos Humanos

**106**

*Pedro Henrique de Faria Barbosa* 106

*Sylvio Loreto* 106

**Páginas 106-128** 106

### Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina

**129**

*Ana Carolina Lopes Olsen* 129

*Danielle Anne Pamplona* 129

**Páginas 129-151** 129

### O Protagonismo Político e Social do Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis na Efetivação de Direitos Fundamentais

**152**

*Priscila Tinelli Pinheiro* 152

*Gilsilene Passon P. Francischetto* 152

**Páginas 152-170** 152

**The Law of Peoples** 171



## APRESENTAÇÃO

O mundo contemporâneo tem sofrido um conjunto de transformações bem significativas, que impactam nos modos de vida dos indivíduos e geram sistemas de compreensão e reação sociais muito particulares desse novo tempo. A globalização econômica e seus processos produtivos e especulativos deixam muita gente sem trabalho e sem esperança, a ponto de passarem a apostar no fortalecimento do Estado-nação, unificado e forte entre os nacionais, como alternativa para a crise. Uma descrença nas formas tradicionais de fazer política também se espalhou e tem sido desafiada por desconfianças de todo tipo e pela adoção de uma espécie de messianismo que deposita sua virtude justamente ao se autoproclamar não político e ao referendar posições claramente autoritárias. As novas formas de comunicação e os grandes avanços tecnológicos aceleraram o tempo e reduziram os espaços, especialmente para aqueles que estão incluídos nesse novo mundo digital. A digitalização da vida criou novas dimensões da própria intimidade e novas perspectivas para a inerente existência. A comunicação das redes sociais é instantânea e inaugura um tipo de espaço público, marcando sua novidade pela incapacidade de ser controlado e por dissipar notícias, verdadeiras ou falsas, de modo desmedido.

É particularmente importante perceber que esse fluxo de alterações tem uma premissa bem-evidente, apesar de não ser uma única. Trata-se de um processo intenso de individualização excessiva da vida em todos os seus níveis. O ideário das grandes comunidades e os seus respectivos projetos, parecem ter erodido ou, no mínimo, perdido grande parte de sua força propositiva. Não há como negar que o sujeito contemporâneo, ao menos no ocidente, se constitui existencialmente sob o cenário de menores interdições e de maiores responsabilidades pessoais com o rumo de seu próprio devir. O sucesso no amor, na profissão, na vida pessoal, será, nesse cenário, sempre um problema seu. Ao esvaziar-se a comunidade, ela também se desresponsabiliza e coloca no próprio sujeito a culpa do seu fracasso ou a responsabilidade pelas suas conquistas. A cultura pública é reduzida e, como destaca Sennett (2014), o eu de cada pessoa torna-se o próprio fardo e a intimidade revela sua tirania. No campo econômico-profissional, o neoliberalismo reforça essa ideia o tempo todo.

Nos espaços digitais essa individualização da vida fica ainda mais evidente. Aqui, a intimidade individual é escancarada, mostrada, desnuda, jogada publicamente na cara de todo mundo, como uma forma de reforçar a presença e o reconhecimento de um sujeito que precisa desse ato para se firmar, para não desaparecer ou para desaparecer no outro, para ser notado, comentado e seguido. Tudo isso pode e precisa mudar rapidamente, várias vezes. Basta alterar o perfil e poder se fazer outro, ser permanentemente outro. A obrigação de ser outro o tempo todo, no entanto, cansa, refere Cristian Dunker (2017), e pode conduzir a uma corrida desenfreada pela diferença que realmente diferencie um sujeito do outro como condição de reconhecimento. Além de poder ser outro em si mesmo, a digitalização da vida permite, ainda, ser quem não se é, ser qualquer personagem que se esconde ou ser o eu verdadeiro por trás da atuação mascarada de vidas performadas apenas nesse lugar. Muitos perfis falsos, muitos atores atuando vidas que gostariam de ter e que não conseguiram a não ser desse modo. Uma concorrência por autenticidade coloca os indivíduos disputando entre si o maior número de olhares, de seguidores, de curtidas. A sociedade digital constrói suas próprias modalidades de controle, o que seria impossível, paradoxalmente, sem a autoexposição voluntária (BYUNG-CHUL, 2018).

A felicidade pessoal escapa às grandes narrativas sociais e se instala em momentos fugazes de consumo e de conquistas competitivas que devem ser publicizadas ao máximo na comunidade de estranhos, extremamente potencializada pelas redes sociais. É no consumo que o cidadão se realiza. Na sociedade ocidental, desde a modernidade, a virtude não precisa ser necessariamente encontrada em Deus, nem a moral. A condição de sujeitos de direitos individuais cria as condições de possibilidade para que cada sujeito lute pela sua felicidade a sua maneira. Certamente que, como dirá Byung-Chul (2014), numa sociedade na qual o outro é erodido, invisibilizado, tornado nulo, desimportante para presença de si, a democracia tende a fragilizar a potência dos formatos tradicionais da democracia, pois não há sustentação democrática sob o regime do “eu”. Esse vazio é também um vazio de si, um vazio narcísico excessivo, que toma o outro como concorrente, como inimigo, e que o faz uma ameaça permanente.

Nesse tempo do “eu” e do “outro” erodido, do sujeito atomizado, dos poucos projetos comunitários, da crise econômica que afeta a esperança de muita gente, as posturas políticas reacionárias, populistas e quase fascistas, aparentam oferecer um lugar ordenado, um refúgio pré-elaborado, uma pertença desde sempre legitimada, confirmada e inquestionável e que é rapidamente internalizada como a identidade dos adeptos. Na construção de seu itinerário elegem inimigos, instalam o medo e reforçam a crença na autoridade de um grande líder. Em nome da união, da homogeneidade, toda a diferença é entendida como perigosa e deve ser imunizada e jogada para fora ou não permitida a sua entrada. O discurso da identidade-nós ocupa um lugar central na busca por pertencimento numa sociedade desse modo gerida. Não é sem razão que políticas contemporâneas reacionárias de ultra direita, vencedoras em pleitos eleitorais em inúmeros países do ocidente, inclusive no Brasil (Bolsonaro se elegeu com a promessa, que vem cumprindo em seu governo, de atacar minorias), sustentam com fervor a ideia de um puritanismo moral e nacional que, em nome da pátria e dos valores tradicionais, combate as políticas da diferença conquistadas às duras penas pelas democracias recentes. O discurso contra migração, contra o movimento LGBTIq+ e contra os negros, insere-se nesse perigoso contexto de defesa da unificação e homogeneização nacional que nega a potência constitutiva da diversidade. Um retorno à comunidade (ao menos como sensação), como apelo à segurança, repercute no surgimento vertiginoso de propostas identitárias negadoras da diferença e da alteridade, contribuindo para uma perigosa, mas já conhecida, postura de ambivalência que esse tipo de apelo carrega, uma vez que se alimenta da negação do seu oposto. Une separando e separa unindo.

Em momentos como esse é que a resistência democrática deve redobrar os cuidados. Definitivamente a democracia não pode descuidar dos seus inimigos, não pode deixar de duvidar de si mesma. É da incerteza de sua permanência que ela se alimenta e estabelece seus mecanismos de proteção e controle. Manter-se sempre atenta e alerta lhe obriga a desconfiar permanentemente dos ataques que podem vir de qualquer lugar, sob diferentes modos e em qualquer tempo. É em períodos de crise que a democracia precisa reafirmar que seu estatuto e seu itinerário não podem ser subvertidos e negociados.

A democracia representativa necessita ser substancializada por novas modalidades de participação, capazes de reconectar o dilema da vida mundana dos cidadãos com a agenda política institucional. As novas tecnologias podem, para além de sua missão narcísica

e produtiva, ser muito bem utilizadas para a construção de novos modos de comunicação pública e decisão política, permitindo fluxos contínuos de interação e formas mais efetivas de transparência com as coisas do Estado. É praticamente impossível pensar, num futuro muito próximo, a qualidade e a intensidade das democracias sem sua relação direta com as novas mídias, apesar dos novos riscos que isso possa suscitar. Numa sociedade cada vez mais individualizada, o grande desafio democrático é conectar pessoas, responsabilizá-las, sensibilizá-las pelos problemas comuns. O Direito tem a missão de garantir que as regras desse jogo sejam transparentes, que o direito de todos, independentemente de qualquer diferença, seja igualmente uma preocupação da República. O Direito e a política somente podem aprofundar suas promessas e suas conquistas em ambientes democráticos.

Desde que foi criada, a nossa Revista tem um compromisso declarado com a democracia e os direitos humanos, alinhando sua proposta editorial aos debates jurídicos críticos e interdisciplinares, capazes de denunciar os lugares comuns do Direito e contribuir para a construção de uma cultura jurídica constitucionalmente emancipatória. A cada edição será renovado este compromisso com o presente e o futuro de nossa democracia, denunciando, especialmente pelo viés da pesquisa jurídica, as injustiças sociais que deixam milhões de brasileiros sem esperança, que ameaçam os direitos das minorias e que revelam um tipo de relação histórica espúria que, pública ou veladamente, precarizam a legitimidade do próprio Direito e das suas formas de representação material e institucionalmente. É preciso levar a sério o Direito constitucional brasileiro. É preciso levar a sério o presente e o futuro de nossa democracia.

## REFERÊNCIAS

- BYUNG-CHUL, Han. *A sociedade do cansaço*. Lisboa: Relógio D'Água, 2014.  
BYUNG-CHUL, Han. *Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.  
DUNKER, Cristian. *Reinvenção da intimidade*. Políticas do sofrimento cotidiano. São Paulo: Ubu, 2017.  
SENNETT, Richard. *O declínio do homem público*. As tiranias da intimidade. Rio de Janeiro: Record, 2014.

Ijuí, junho de 2019.

Doglas Cesar Lucas

Editor-chefe

## Responsabilidad Internacional del Estado en la Protección de los Refugiados

**Leticia Mirelli Faleiro e Silva**

Máster en Protección de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Itaúna. Abogada y Licenciada en Derecho por las Facultades Integradas del Oeste de Minas. Postgraduada en Ciencias Criminales por la Universidad Gama Filho. Postgraduada en Derecho del Trabajo y Procesal del Trabajo por la Facultad Pitágoras. faleiro.bueno.adv@hotmail.com

**Rubén Miranda Gonçalves**

Postdoctorando en Derecho en la Universidad do Estado do Rio de Janeiro; Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela; Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. ruben.miranda@usc.es

### RESUMEN

Este artículo tiene por objeto abordar la resistencia de algunos Estados a recibir refugiados verificando si son signatarios del Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 67, y si cumplen con él. Se analizarán los decretos ejecutivos 13.769 y 13.780, de 2017, del presidente Donald J. Trump, para definir el objeto del estudio, suspendiendo el Programa de Admisión de Refugiados en los Estados Unidos. Además de estos documentos, también se examinará la Declaración firmada por la Unión Europea y Turquía el 16 de marzo de 2016, para restringir la entrada de personas con estatuto de refugiado en los países europeos. El aspecto metodológico adoptado para la realización de este artículo ha sido el jurídico-dogmático; tipo de razonamiento: deductivo; tipos metodológicos de investigación: histórico-jurídico, jurídico-interpretativo, jurídico-prospectivo y jurídico-positivo.

**Palabras-clave:** Admisión de refugiados. Acto ilícito internacional. Responsabilidad civil y penal.

### INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR THE PROTECTION OF REFUGEES

### ABSTRACT

This article intends to address the resistance of certain States to receive refugees, verifying whether they are parties to the 1951 Refugee Convention and its Protocol of 67, and if they comply with them. Delimiting the researched object, the President Donald J. Trump's Executive Orders 13.769 and 13.780, of 2017, are examined, which suspend the US Refugee Admissions Program. In addition to these documents, the Declaration signed by the European Union and Turkey on 16 March 2016 to restrict the entry of refugees into European countries is also the subject of the study. Subsequently, the arguments raised during the issuance of these restrictive documents will be investigated, with the objective to investigate the alleged practice of an international illicit, susceptible to liability and reparation for any damages caused. The methodological aspects adopted: juridical-dogmatic; reasoning type: deductive; research methodological types: juridical-historical, juridical-interpretative, juridical-prospective and juridical-propositional.

**Keywords:** Admission of refugees. International illicit act. Civil and criminal liability.

### SUMARIO

1 Introducción. 2 Panorama Global del Refugio. 2.1 Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 2.2 Mecanismos adoptados por la Unión Europea y los Estados Unidos para evitar la entrada de los refugiados en sus territorios. 2.3 Mecanismos adoptados por la Unión Europea y Estados Unidos contra el Instituto Legal de la Responsabilidad Internacional del Estado. 3 Conclusión.

Recibido en: 18/7/2019

Aceptado en: 22/7/2019

## 1 INTRODUCCIÓN

Todas las personas nacen con el derecho a recibir el mismo trato, con la misma consideración y respeto, es decir, aunque todos los seres humanos estén dotados de ciertas características que los distinguen de otros seres, siguen siendo receptores naturales de la misma atención (APPIO, 2008, p. 195).

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, la necesidad de proteger a las minorías se vio reforzada por la comprensión de que existe una propensión del ser humano a ejercer el papel de opresor (APPIO, 2008, p. 196).

En este sentido, es necesario conceptualizar el término minorías como ser:

[...] determinadas classes de pessoas que não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social (APPIO, 2008, p. 200).

En vista de esta definición, se observa que los refugiados forman parte de una minoría fácilmente identificable y, por lo tanto, tienen más probabilidades de ser víctimas de discriminación en todas sus formas y de que se violen sus derechos. Sin embargo, es necesario reconocer su mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, la necesidad de garantizarles una mayor protección, especialmente por parte de los Estados.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) presentó su último informe titulado “*Global Trends*” (ACNUR, 2015), elaborado en 2015, que registra los desplazamientos forzados en todo el mundo a partir de datos proporcionados por los gobiernos, los organismos asociados y el propio Acnur.

A finales de 2015, 65,3 millones de personas habían sido desplazadas en el mundo debido a guerras y conflictos, de las cuales 21,3 millones son refugiados, 3,2 millones son solicitantes de asilo y 40,8 millones son desplazados internos que permanecen en sus propios países.

Entre los países analizados por *Global Trends*, algunos destacan por ser la principal fuente de refugiados en el mundo, a saber, Siria, que cuenta con 4,9 millones de refugiados, Afganistán, con 2,7 millones, y Somalia, con 1,1 millones, países que constituyen la mitad de los refugiados bajo el mandato de Acnur, y el país que más refugiados recibe es Turquía, que cuenta con 2,5 millones.

En este sentido, es pertinente abordar en este artículo uno de los principales problemas a los que se enfrentan los refugiados en la actualidad, en particular, los mecanismos creados por algunos Estados para impedir su entrada en sus territorios, mediante la adopción de una política de “cierre de fronteras”, por así decirlo, con el fin de determinar finalmente si la postura adoptada por estos países es compatible con los compromisos que han asumido en la escena internacional.

Para una mejor explicación, es necesario traer el concepto primario de la palabra refugio, aunque sea de una manera sencilla, es decir, escondrijo, un lugar donde nos escondemos de los demás para no ser vistos o descubiertos. Refugio proviene del latín *refugium*, que significa un lugar para estar seguro, o literalmente, huir hacia atrás (FRANCO FILHO, 2013, p. 79).

En este punto, es importante mencionar que el asilo y el refugio son institutos legales completamente diferentes, y sobre esta diferencia Mazzuoli afirma:

Por outro lado, enquanto o refúgio tem natureza claramente humanitária, o asilo tem natureza tipicamente política. Ademais, enquanto para a concessão do primeiro basta um fundado temor de perseguição, para a concessão do segundo necessário se faz uma perseguição concreta (ou seja), já materializada. Outra diferença está no fato de ser a concessão do asilo medida discricionária do Estado, ao passo que para concessão do refúgio há requisitos (de ordem internacional e interna) a serem observados, os quais estando completos, fazem com que a concessão do refúgio se efetive (MAZZUOLI, 2016, p. 828-829).

Incluso antes de que el refugio fuera reconocido como un instituto jurídico propio, existía desde tiempos bíblicos, pues se relatan historias de personas que se vieron obligadas a abandonar su país a causa de la persecución, y por esta razón buscaron refugio en un lugar seguro. En este sentido, Andrade hace hincapié en que:

O homem convive, desde os mais remotos tempos, com o fato de ter de sair de sua plaga de origem em razão de ter desagradado seus governantes, ou a sociedade na qual vive. A infração cometida enseja, como punição por parte de quem detém o poder, seja suspensa a guarda ao faltoso que tem, consequentemente, de buscar alhures a proteção perdida (ANDRADE, 1996, p. 8).

En este mismo sentido, Pacífico añade que “La Biblia recuerda la historia de la Sagrada Familia (José, María y el niño Jesús) que se vio obligada a abandonar su casa y a refugiarse en Egipto para escapar de Herodes” (PACÍFICO, 2010, p. 39).

A partir de ahí se entiende que el refugio acompaña a la humanidad desde el principio, aunque de forma discreta, ganando una mayor dimensión y nuevo formato a medida que la colectividad evoluciona *lato sensu*.

Este tema surge de manera significativa, asumiendo un nuevo vestuario, por así decirlo, a partir de la década de 1920, debido al final de la Primera Guerra Mundial, intensificándose con el surgimiento de la Segunda Guerra Mundial, con el consiguiente desplazamiento forzado masivo de personas en Europa.

Este intenso movimiento despertó en la comunidad internacional la preocupación por estas personas y, a partir de entonces, nació la necesidad de conceder protección jurídica a este grupo minoritario de individuos, llamados refugiados.

Sin embargo, desde la concesión inicial de la protección a los refugiados se han logrado numerosos y significativos avances, el refugio se presenta todavía como un problema de orden público y humanitario en el contexto mundial, regional e interno, que requiere una atención aún mayor.

Este artículo adoptará un enfoque más general del Estatuto de Refugiado, comenzando con su reconocimiento como instituto jurídico de protección, presentando su fase histórica, seguida por el escenario normativo global, con la aprobación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

A continuación se presentarán los mecanismos creados por los países de la Unión Europea y los Estados Unidos de América para impedir la entrada de refugiados en sus territorios, y se concluirá con un enfoque amplio del instituto jurídico de la Responsabilidad Internacional del Estado ante el cierre de fronteras por parte de estos Estados, para determinar si se ha cometido un acto internacional ilícito característico de la Responsabilidad Internacional del Estado, sujeto a indemnización, especialmente en lo que respecta a la protección de los refugiados.

La metodología utilizada será la investigación bibliográfica, a través de la consulta en doctrinas, textos y artículos científicos, así como la investigación documental sustentada en la lectura de leyes y sentencias relacionadas con la materia. También se utilizará la consulta de datos estadísticos de Acnur y de sitios web, mediante un análisis teórico, interpretativo e histórico. El método adoptado será deductivo.

## 2 PANORAMA GLOBAL DEL REFUGIO

En primer lugar, es importante señalar que, a través de los estudios desarrollados hasta ahora, se encontró que el refugio ya existía incluso antes de su reconocimiento normativo. En este sentido:

Pode- se afirmar que a proteção dos refugiados, de forma coordenada, iniciou-se por meio das atividades da Liga das Nações. Isso se deu, primordialmente, em razão de acontecimentos que tiveram lugar pouco antes, durante e, em especial imediatamente após a primeira grande guerra (ANDRADE, 1996, p. 20).

La Sociedad de Naciones es una organización internacional creada por el Tratado de Versalles en 1919, con la premisa principal de asegurar la paz en el mundo. También se encarga de supervisar las comisiones creadas para tratar las cuestiones internacionales pertinentes.

Aunque el Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1920 (LIGA DAS NAÇÕES, 1920) no mencionaba expresamente la protección de los refugiados, la realidad vivida por los países europeos en aquel momento, especialmente en lo que se refiere a los desplazamientos masivos debidos a las persecuciones sufridas a causa del final de la Primera Guerra Mundial, suscitó preocupación en la comunidad internacional, que, a través de la Sociedad de las Naciones, creó la Comisión para los Refugiados, que se ocuparía de las cuestiones específicas de estas personas, en particular a través del Comité de Refugiados, encabezado por el Sr. Fridtjof Nansen, primer Alto Comisionado de la Sociedad de las Naciones para los refugiados.

La protección otorgada a los refugiados en este período era de naturaleza legal y no humanitaria y el refugio se consideraba algo transitorio, que surgió naturalmente con el fin de la Primera Guerra Mundial, pero se hizo cada vez más común, mientras que “[...] los grupos de personas que buscaban protección crecían y la preocupación por sus destinos comenzaba a ser objeto de debate en la Sociedad de las Naciones” (ANDRADE, 1996, p. 23).

En este escenario, se destaca la importancia de la Sociedad de las Naciones en el contexto histórico de la protección jurídica de los refugiados, porque fue a partir de las preocupaciones y acciones de esta organización internacional que surgió en el derecho internacional la preocupación y la necesidad urgente de proteger a estas minorías.

Sin embargo, debido a la aparición de nuevos conflictos, especialmente con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, la Liga de las Naciones se disolvió y para asumir sus funciones, se creó en 1945 la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ya en su primer período de sesiones, se presentó a la Asamblea General la preocupación y la necesidad de crear un nuevo órgano dedicado exclusivamente a la cuestión de los refugiados.

Así, incluso antes de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 15 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU aprobó la creación de la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), con carácter provisional:

[...] identificar a los refugiados, expedir su documentación, darle asistencia a sus necesidades, atender los pedidos de repatriación, auxiliar en su integración local, y cuando sea necesario, intervenir para obtener su resarcimiento en un tercer país.<sup>1</sup> (SANTIAGO, 2010, p. 86).

Sin embargo, incluso antes de que finalizara el mandato de la OIR, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya estaba debatiendo quién asumiría su sucesión, mientras que, para hacer frente con eficacia a las dificultades derivadas del creciente número de refugiados a nivel mundial, era necesario adoptar criterios universalmente aceptados.

Y es por esta preocupación que la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (ONU, 1948) proclama en su artículo 14 que “[...] toda persona, víctima de persecución, tiene derecho a buscar y disfrutar del asilo en otros países”. Un año después, el 3 de diciembre de 1949, la Asamblea General de la ONU creó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), otorgándole a esta organización la función exclusiva de brindar protección y protección a estas personas.

Acnur, al comienzo de su actuación, traía una concepción innovadora sobre el refugio, dándole a este instituto un carácter humanitario y apolítico. Dentro de este espíritu y buscando comprenderlo a fondo, se solicitó a un profesor del “Centre d’Etudes de Politique Etrangère” de París, el profesor Jacques Vernant, que hiciese un estudio sobre la temática de los refugiados. En él, se señaló lo siguiente:

[...] los problemas de los refugiados de un modo general, no limitándose a aquellos que se encuentran sobre la protección de ACNUR, son problemas profundos, lo que conlleva a que la crisis de los refugiados tiene como mal mayor, el carácter repetitivo y permanente<sup>2</sup> (SANTIAGO, 2010, p. 88).

Ante este estudio exhaustivo, quedó evidenciada la necesidad de brindarle al instituto del refugio de una mayor atención, especialmente, en razón de la realidad que se vivenciaba en esa época. Fue entonces cuando la Asamblea General de la ONU el 26 de julio de 1951, aprobó la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados, considerada por la ONU como la Carta Magna de este instituto jurídico.

<sup>1</sup> Traducción hecha por los autores.

<sup>2</sup> Traducción hecha por los autores

## 2.1 Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967

La Convención de 1951 (ONU, 1951), también conocida como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el Estatuto de los Refugiados y la Convención de Ginebra de 1951, fue discutida y desarrollada durante una conferencia de plenipotenciarios en Ginebra en julio de 1951.

Dado que esta conferencia tuvo lugar fuera de la estructura de la ONU, otros países que no formaban parte de esta organización, pero que estaban interesados en este tema, pudieron participar en la redacción del texto de la Convención de 51, que utilizó el propio estatuto de Acnur como referencia inicial, a pesar de que su redacción se finalizó en julio de 1951, sólo entró en vigor en 1954 (ANDRADE, 2010, p. 776).

Mientras se discutían las cuestiones que debía abarcar la Convención, se produjeron desacuerdos entre los países participantes. En primer lugar, en relación con la competencia *ratione temporis* de la Convención de 51, dado que algunos países sostienen que la definición de refugiado debe ser amplia, sin límite temporal alguno; otros pretenden que se establezca un límite temporal para el reconocimiento de un refugiado, y al final el texto normativo adopta el límite temporal, bajo la justificación de que, por lo tanto, es posible que los Estados midan el alcance de sus obligaciones.

Otra divergencia se produjo en relación con el límite geográfico, dado que, por una parte, algunos Estados tenían la intención de que la Convención de 51 se aplicara a cualquier refugiado en el mundo y, por otra, los Estados entendían que este instrumento debía aplicarse únicamente a los refugiados europeos, que necesitaban más protección, una posición ganadora y su incorporación en el texto de la Convención. Por lo tanto, al final de la Conferencia de Plenipotenciarios, el texto completo de la Convención de 51 se deriva de ella, que presenta en su primer artículo, el concepto de refugiado.

Conforme se establece en el artículo primero de la Convención de 1951, se considera refugiado a todo el que:

[...] como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (ONU, 1951).

Ante este concepto que ofrece la Convención de 1951, se verifica que este instrumento

[...] estableció una limitación temporal y geográfica, una vez que la condición de refugiado se restringía a los acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en el continente europeo. Eso significa que los refugiados solamente eran así reconocidos si lo fuesen en antes del 1º de enero de 1951. Si bien, se aplicó a miles de personas, pues hasta la década de los años 50 la mayoría de los refugiados eran europeos. Tal definición se mostró inoperante con el paso del tiempo (PIOVESAN, 2003, p. 119).

Sin embargo, el desplazamiento masivo no se limitó a los europeos, mientras que en muchos otros países del mundo este fenómeno se repitió, quizás con la misma intensidad, y las personas que se vieron obligadas a abandonar sus países por las mismas razones declinaron en el artículo 1 de la Convención de 51, quedaron necesitadas de protección, simplemente porque no estaban, debido a limitaciones territoriales y temporales, cubiertas por el Estatuto de los Refugiados.

Ante esta situación, la comunidad internacional se dio cuenta de la necesidad de llenar este vacío, ampliando el alcance de la definición de refugiado, hecho por el cual se editó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (ONU, 1967) el 31 de enero de 1967, que en su artículo 1 hace uso de las delimitaciones territoriales y temporales que existían hasta entonces.

Desde la elaboración del Protocolo de 67, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1º, § 2º, pasaron a considerarse como refugiados no sólo los europeos afectados por los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, si no también cualquier persona del mundo que, en razón de un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas, se encontrase fuera del país de su nacionalidad, y que no pudiese o, en base a ese temor, no quisiese valerse de la protección de ese país; o que, por no tener nacionalidad y estar fuera del país en donde tenía su residencia habitual, no podría o no quisiera regresar a él en razón de esos acontecimientos o por causa de esos temores (ONU, 1967).

En principio, para que un individuo tenga la consideración de refugiado es necesario que se den dos requisitos, los cuales son interdependientes: extraterritorialidad y fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas.

Nótese que el refugiado no es un extranjero común, por así decirlo, se trata de un extranjero que corre un riesgo dentro de su propio país (FOSTER; HATHAWAY, 2014, p. 17) y por lo tanto se ve obligado a salir de él.

Como se puede ver, la Convención del 51 y el Protocolo del 67, a pesar de regular la misma materia, son documentos independientes y distintos, siendo este último, como se ha visto, creado para eliminar del texto original el límite temporal y territorial previamente establecido, extendiendo al mismo tiempo el concepto de refugiado a los no europeos, y hay que señalar que es perfectamente posible que los Estados se adhieran a uno solo de ellos, lo que no les obliga frente a los otros no ratificados, ya que también se les permite adherirse a los dos.

Cabe señalar que la Convención de 51 y el Protocolo de 67 son instrumentos de protección global que ocupan la cima de la pirámide del instituto jurídico del refugio, mientras que el contenido de sus textos se utilizó como parámetro para la concepción de otros documentos posteriores que regulan el refugio tanto a nivel regional, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, como a nivel interno de los Estados, a ejemplo de la ley brasileña 9.474/97.

Según datos de Acnur, 145 Estados son signatarios de la Convención de 51, 146 Estados son signatarios del Protocolo de 67, 142 Estados son signatarios de ambos documentos y el número de signatarios de uno u otro documento es de 148 Estados.

Por último, todos los países de la Unión Europea son signatarios del Convenio de 51 y del Protocolo de 67 y los Estados Unidos sólo son signatarios de este último documento, al que se adhirieron el 1 de noviembre de 1968.

## **2.2 Mecanismos adoptados por la Unión Europea y los Estados Unidos para evitar la entrada de los refugiados en sus territorios**

En este tópico se presentarán dos casos en los que los Estados, a través de sus representantes, firmaron acuerdos y decretos ejecutivos destinados a limitar o incluso impedir la entrada de refugiados en sus territorios.

Como ha sido ampliamente difundido a través de todos los medios de comunicación, especialmente en 2015, hubo un flujo migratorio sin precedentes en Europa, sobre todo de personas que salieron de Siria debido a la guerra civil que sigue asolando ese país en la actualidad, en busca de protección en los países vecinos, especialmente Turquía, Líbano y Jordania.

Sin embargo, debido a la gran demanda de estos países en razón de la logística territorial, éstos pasaron por no admitir a más refugiados, los cuales se vieron obligados a buscar protección en los países europeos, cruzando la ruta de los Balcanes (ruta terrestre), así como cruzando el Mar Mediterráneo, siendo que Turquía era una de las principales puertas de entrada a Europa.

Hay que decir que la gran mayoría de estas personas entraron en los países europeos de forma irregular, especialmente debido a la urgencia de salir de su país, y ni siquiera fue posible proporcionar la documentación necesaria para su debida entrada.

En este contexto, y con el fin de resolver el problema de la migración irregular y el flujo masivo de refugiados que se desplazan a los países europeos, se firmó un acuerdo entre la Unión Europea y Turquía, denominado Declaración UE-Turquía (CONSELHO EUROPEU, 2016), publicada por el Consejo de la Unión Europea el 18 de marzo de 2016.

La parte del acuerdo que importa para este trabajo es el punto en el que se acordó que “[...] todos los nuevos migrantes irregulares que lleguen a las islas griegas desde Turquía a partir del 20 de marzo de 2016 serán devueltos a este último país” (CONSELHO EUROPEU, 2016).

Además de este acuerdo, otros mecanismos diferentes han sido adoptados por los países europeos, por lo que puede llamarse una “política internacional de cierre de fronteras”, a través de la creación de barreras físicas, como la construcción de muros fronterizos por parte de los gobiernos de Bulgaria y Hungría.

En el mismo sentido, se han creado barreras jurídicas en relación con la cuestión de las leyes nacionales, los decretos y los acuerdos restrictivos para los refugiados, todo ello con el objetivo de impedir su entrada en el territorio europeo o incluso con el objetivo de convertirse en un destino menos atractivo para los refugiados, por así decirlo, siguiendo el ejemplo de una ley aprobada por Dinamarca, que permite la confiscación de los bienes de los refugiados que no se consideran esenciales, un procedimiento que se reproduce en Suiza y Alemania.

Además de la adopción de esta postura en Europa, de manera similar, los EE.UU. también han estado cerrando sus fronteras, mientras que recientemente fueron firmadas por el Presidente Donald J. Trump, los Decretos Ejecutivos número 13.769, del 27 de enero de 2017 (EUA, 2017f) y 13.780, del 6 de marzo de 2017 EUA., 2017a), llamados documentos “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry In to the United States*”.

El contenido de estos decretos de mayor interés para este trabajo es la suspensión del programa de admisión de refugiados (Refugee Admissions Program – Usrap) en los EE.UU., por un período indefinido para aquellos refugiados nacidos en Siria -sólo en el decreto 13.769<sup>3</sup> y por un período de 120 días para los demás refugiados, siendo que después de este período, el programa se reanudaría y se restringiría a los ciudadanos de países para los cuales el Secretario de Estado, el Secretario de Seguridad Nacional y el Director de Inteligencia Nacional, juntos, determinasen que no pondría en peligro la seguridad y el bienestar de la población de los EE.UU.

<sup>3</sup> Sección 5: Reajuste del Programa de Admisión de Refugiados de los Estados Unidos para el año fiscal 2017.

- (a) El Secretario de Estado suspenderá el Programa de Admisión de Refugiados de los Estados Unidos (Usrap) por 120 días. Durante este período de 120 días, el Secretario de Estado, junto con el Secretario de Seguridad Nacional y en consulta con el Director de Inteligencia Nacional, revisará la solicitud del Usrap y el proceso de adjudicación para determinar qué procedimientos adicionales deben adoptarse con el fin de garantizar que los aprobados para la admisión de refugiados no representen una amenaza para la seguridad y el bienestar de los Estados Unidos y aplicará estos procedimientos adicionales. Los solicitantes del programa de refugiados que ya están pasando por el proceso del Usrap pueden ser admitidos después de la iniciación y finalización de estos procedimientos revisados. En la fecha que complete el período de 120 días después de la fecha de este decreto, la Secretaría de Estado reanudará las admisiones del USRAP sólo para los nacionales de países para los cuales la Secretaría de Estado, la Secretaría de Seguridad Nacional y el Director de Inteligencia Nacional determinen conjuntamente que dichos procedimientos adicionales son suficientes para garantizar la seguridad y el bienestar de los Estados Unidos.
- (b) Al reanudar las admisiones en el Usrap, el Secretario de Estado, en consulta con el Secretario de Seguridad Nacional, tiene instrucciones de introducir otros cambios, en la medida en que lo permita la ley, para dar prioridad a las solicitudes de asilo presentadas sobre la base de la persecución religiosa, siempre que la religión de la persona sea una religión minoritaria en su país de origen. Cuando sea necesario y apropiado, los Secretarios de Estado y de Seguridad Nacional recomendarán al Presidente la legislación que pueda ayudar en esta priorización.
- (c) De conformidad con la sección 212(f), título 8, del Código de los Estados Unidos, 1182(f), declaro por la presente que la entrada de personas nacidas en Siria como refugiados es perjudicial para los intereses de los Estados Unidos, y por la presente suspendo dicha entrada hasta que determine que el Usrap ha sido debidamente modificado para garantizar que la admisión de refugiados sirios sea conforme con el interés nacional.
- (d) De conformidad con la Sección 212(f) del Título 8 del Código de los Estados Unidos, 1182(f), por la presente declaro que la entrada de más de 50,000 refugiados en el año fiscal 2017 sería perjudicial para los intereses de los Estados Unidos, por lo tanto, suspendo dicha entrada hasta que determine que otras admisiones serían de interés nacional.
- (e) Sin perjuicio de la suspensión temporal impuesta en virtud del apartado a) del presente artículo, los Secretarios de Estado y de Seguridad Interior podrán decidir conjuntamente, caso por caso, admitir a personas en los Estados Unidos como refugiados a su discreción, pero sólo si determinan que la admisión de esas personas como refugiados redunde en interés nacional, incluso cuando la persona pertenezca a una minoría religiosa en su país de origen y sea objeto de persecución religiosa; cuando la admisión de esa persona permita a los Estados Unidos adaptar su conducta a un acuerdo internacional preexistente; o cuando la persona ya esté en tránsito y niegue su admisión causaría dificultades indebidas - y no plantea ningún riesgo para la seguridad o el bienestar de los Estados Unidos.
- (f) El Secretario de Estado, dentro de los 100 días siguientes a la fecha de este decreto, presentará al presidente un informe inicial sobre el progreso de la directiva contenida en la subsección (b) de esta sección con respecto a la priorización de las reclamaciones hechas por individuos basadas en la persecución religiosa y presentará un segundo informe dentro de los 200 días siguientes a la fecha de este decreto.
- (g) Es política del Poder Ejecutivo, en la medida en que lo permita la ley y sea factible, que las jurisdicciones estatales y locales tengan un papel en la determinación de la colocación o asentamiento en sus jurisdicciones de los extranjeros que califiquen para ser admitidos en los Estados Unidos como refugiados. Con este fin, el Secretario de Seguridad Nacional examinará la ley vigente para determinar en qué medida, en virtud de la ley aplicable, las jurisdicciones estatales y locales pueden tener una mayor participación en el proceso de determinación de la colocación o reasentamiento de refugiados en sus jurisdicciones y formulará una propuesta para promover dicha participación legalmente.

Ambos decretos fueron objeto de numerosas acciones en los Tribunales Federales de los Estados Unidos, las cuales fueron propuestas por varios Estados, en busca de una declaración de inconstitucionalidad de los mencionados decretos ejecutivos y, en consecuencia, su ejecución se vio obstaculizada. Así, este artículo abordará dos acciones propuestas ante los Tribunales Federales de Estados Unidos, las cuales cuestionaron la legalidad de ambos decretos.

Tan pronto como el Decreto nº. 13.769 entró en vigor en enero de 2017, los Estados de Washington y Minnesota presentaron una demanda ante el Tribunal Federal de Washington, en Seattle, el 30 de enero de 2017 (EUA, 2017d), solicitando una orden de restricción temporal que solicitaba la suspensión de dicha orden ejecutiva, principalmente debido a su aparente inconstitucionalidad, la cual fue debidamente reconocida por el juez federal James Robart.

La decisión antes mencionada fue confirmada por el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, debido a una apelación presentada por el Presidente Donald J. Trump, Caso n. 17-35105, manteniendo la suspensión del decreto (EUA, 2017e). Después de la decisión del Tribunal de Apelación, no se presentaron otras apelaciones, por lo que el caso se cerró el 17 de marzo de 2017.

En vista de ello, se redactó un nuevo decreto, como se mencionó anteriormente, con el número 13.780, que contenía algunos cambios en relación con el anterior, e incluso antes de su entrada en vigor, ya había sido objeto de nuevas demandas, que también ponían en tela de juicio su inconstitucionalidad.

El Estado de Hawái fue el primero en presentar una orden de restricción temporal a nivel nacional, solicitando la suspensión del nuevo decreto, CV.NO.17-00050 DKW-KSC (EUA, 2017b), que fue otorgado por el Juez Federal de Honolulu Derrick K. Watson, el 15 de marzo de 2017, un día antes de su entrada en vigor. Nuevamente, el Presidente Donald J. Trump apeló esta decisión ante la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Caso nº. 17-15589 (EUA., 2017c), y el 26 de junio de 2017 esta apelación fue parcialmente concedida por la corte, razón por la cual el Programa de Admisión de Refugiados en los EE.UU., está suspendido por 120 días, pudiendo ser apelada esta decisión.

Cabe destacar que, *a priori*, en ambos casos, los decretos fueron suspendidos preliminarmente, según el entendimiento de los jueces, primero por su patente ilegalidad, inconstitucionalidad, estigmatizando al mismo tiempo a inmigrantes, refugiados y musulmanes, y segundo porque los argumentos planteados por el Presidente Donald J. Trump no fueron suficientes para demostrar la necesidad de emitir el documento, dado que no había evidencia de los graves riesgos inminentes para la seguridad de los Estados Unidos.

### **2.3 Mecanismos adoptados por la Unión Europea y Estados Unidos contra el Instituto Legal de la Responsabilidad Internacional del Estado**

Presentados los casos anteriores, que contemplan una política de cierre de fronteras, capaz de obstaculizar e incluso impedir la entrada de solicitantes de asilo en determinados países, es necesario discutir brevemente la Responsabilidad Internacional del Estado, con el fin de analizar este contexto en relación con el panorama general del refugio que también se presenta en el cuerpo de este trabajo. Sobre el tema:

Assim como os atos ilícitos praticados pelos cidadãos, no âmbito do Direito interno dos Estados, merecem uma devida reprimenda, a prática de um ato ilícito internacional, entendido este como todo ato violador de uma norma de DIP, por parte de um Estado em relação aos direitos de outro, gera igualmente a responsabilização do causador do dano, em relação àquele Estado contra o qual o ato ilícito foi cometido (MAZZUOLI, 2016, p. 615).

En este sentido, para que la Responsabilidad Internacional del Estado quede configurada, es necesaria la presencia de ciertos elementos esenciales, a saber, la práctica de un *acto ilícito*, como el que atenta contra una norma de derechos del pueblo: un principio general, una norma consuetudinaria, una disposición de un tratado en vigor, entre otras especies; la *imputabilidad*, es decir, la acción u omisión calificada de ilícita, debe imputarse a un Estado o a una organización internacional y, como último elemento, la existencia de un daño, que se convierte en indispensable para caracterizar la responsabilidad internacional del Estado (REZEK, 2000, p. 262).

Cabe mencionar que la responsabilidad internacional es prácticamente desconocida para la responsabilidad penal, que sólo tiene lugar en el derecho internacional, excepcionalmente, en casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, lo que dará lugar a la responsabilidad personal de la persona ante la Corte Penal Internacional (MAZZUOLI, 2016, p. 617-618).

Analizando el acuerdo firmado entre la Unión Europea y Turquía, a la luz del instituto legal de Responsabilidad Internacional del Estado, es evidente que los países europeos, al devolver a Turquía los migrantes que ingresan irregularmente a sus países, están practicando un acto ilícito internacional, mientras que como países signatarios de la Convención de 51 y el Protocolo de 67, se les prohibiría retornar a cualquier persona que entre en sus territorios con estatus de refugiado, en honor al principio de *jus cogens* del *non – refoulement*.

En este sentido, aunque la persona que se encuentra en situación de refugio entre irregularmente en un país en el que busca protección, no puede ser devuelta, bajo pena de que el país que la devolvió sea considerado internacionalmente responsable del delito cometido, he aquí todos los elementos esenciales para la caracterización de la responsabilidad internacional del Estado, en particular, el hecho ilícito, la imputabilidad y el daño.

Esta peculiaridad del acuerdo sigue siendo contradictoria, especialmente porque la Unión Europea ha estado impidiendo la entrada de Turquía en el bloque económico debido a la historia de violaciones de los derechos humanos por parte del Estado turco (PARLAMENTO EUROPEO, 2016), y es algo inocuo creer que Turquía funcionaría como un tercer país seguro, capaz de recibir a los refugiados de manera efectiva.

Asimismo, el decreto ejecutivo emitido por el actual Presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, que suspendió el Programa de Admisión de Refugiados en este país por un período de 120 días a partir del 26 de junio de 2017, atenta contra los compromisos asumidos por él en el ámbito internacional, mientras que como signatario del Protocolo de 67 tendría el deber de recibir en su territorio a todas y cada una de las personas que buscan refugio.

De ello se deduce que, si bien el presidente de los Estados Unidos ha obtenido un éxito parcial en su petición, logrando la suspensión de este programa, no hay duda de que está incurriendo en la práctica de un acto ilícito, debido al incumplimiento de un compromiso asumido a través de su adhesión a un tratado.

Cabe señalar que esta postura adoptada recientemente por el Presidente de los Estados Unidos, incluso contradice su carta magna, ya que el principio más importante del sistema constitucional de los Estados Unidos es la equidad, es decir, el derecho de los ciudadanos a la igualdad de consideración y el respeto de la ley (APPIO, 2008, p. 198), un principio que se viola explícitamente en los decretos ejecutivos citados anteriormente. Sobre el tema:

Neste contexto, o direito internacional dos refugiados passa a lidar com problemas novos, que fogem do padrão até então comum de mera análise da subsunção dos casos concretos aos requisitos previstos na Convenção de 1951, ao mesmo tempo em que a vontade política dos Estados em receber novos refugiados diminui. Da conjunção de tais fatores, resultam diversas políticas públicas que têm como objetivo principal a repulsão de migrantes e a proteção das fronteiras, violando as obrigações contraídas internacionalmente (SANTIAGO, 2010, p. 78).

Por lo tanto, aunque los países mencionados son signatarios de la Convención de 51 y del Protocolo de 67, las violaciones de los compromisos internacionales relativos a la protección de los refugiados siguen siendo evidentes y una posible vía para una futura reparación.

Cabe recordar que, en un caso similar, Bolivia siguió siendo signataria de la Convención del 51 y su Protocolo del 67, condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 13 de febrero de 2013 (CIDH, 2015), por la expulsión de la familia *Pacheco Tineo* a su país de origen, Perú.

Los miembros de esta familia fueron devueltos sumariamente y sin ninguna razón justa al país donde sus vidas estaban en peligro, en total contradicción con el principio establecido considerado como una norma de *jus cogens de non-refoulement*, inscrito en el Artículo 33 de la Convención de 1951.

Lo que se observa es que ante las evidentes violaciones de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, el poder judicial se ha esforzado por hacer cumplir los compromisos internacionales asumidos por los Estados, como forma de proteger los derechos y garantías de los refugiados.

### 3 CONCLUSIÓN

En el desarrollo de este trabajo se observó que el Instituto del Refugio ha progresado en general desde su creación. Sin embargo, no se puede negar que ha habido algunos reveses que parecen venir del creciente número de solicitantes de asilo y refugiados en todo el mundo en los últimos años. Frente al caos del desplazamiento forzado masivo, y como se ha visto, los Estados han comenzado a crear mecanismos para impedir que estas personas entren en sus fronteras en una forma clara de eludir los compromisos asumidos internacionalmente.

Se observa, por tanto, que la mayoría de los países que son signatarios de la Convención de 51 sólo para cumplir con los protocolos, se limitan de manera muy superficial a ofrecer el “suelo” de su país a los que son reconocidos como refugiados; sin embargo, no establece una condición mínima para una estancia digna, ni pretende garantizar los derechos que les son concedidos por los instrumentos globales de protección.

Parece que abrir las puertas de un país para recibir a los refugiados se ha considerado un problema para los Estados, que, de forma individualista y sobre todo ilegítima, buscan subterfugios para mantenerlos alejados de sus fronteras.

Es lamentable que los Estados opten por invertir miles de millones en la creación de muros fronterizos, o incluso por gastar valores exorbitantes con otros Estados, con el fin de legitimarlos como receptores perfectos de refugiados, como una forma de exportar a estos países, individuos que serían su responsabilidad, por así decirlo.

Si, por otro lado, todo el dinero gastado en esta sórdida política de “cierre de fronteras” se convirtiera en favor de una admisión digna de los refugiados, es cierto que la crisis instalada en todo el mundo no habría alcanzado proporciones elevadas.

Sin embargo, la realidad que se presenta ante todos los acontecimientos que rodean la cuestión hoy gira en torno a la conveniencia y no a un contexto humanitario, mientras que, si es oportuno que el Estado reciba refugiados en su territorio, lo hará. De lo contrario, cerrará sus puertas, todo en su forma libre, y está claro que las cuestiones económicas siempre se solaparán con las demás.

Frente a esta situación, el instituto de refugio parece estar comenzando a desprenderse de su carácter exclusivamente administrativo, empezando a caminar de manera incipiente hacia su judicialización, lo cual se ha demostrado en este trabajo; mientras que los temas relacionados con este tema han llegado a los tribunales de diferentes maneras.

Por lo tanto, se recuerda que el individuo, que se ve obligado a huir de su país por razones ajenas a su voluntad, deja atrás no sólo su patria, sino todo lo que le pertenece, especialmente su familia, su patrimonio, su cultura, en definitiva, toda una historia; es como si tuvieran que enterrar una vida para iniciar otra, y lo único que les queda es la esperanza.

Precisamente por estas importantes razones es necesario que se les conceda el mínimo de protección y una acogida digna, especialmente por parte de los Estados, que tienen esta obligación legal.

Ante este contexto, es necesario pensar que es posible que cualquier pueblo, de todas las naciones, pueda algún día ocupar la condición de refugiado, sobre todo en un mundo en constante transformación, y que así abrazaríamos el refugio en su concepto genuino, especialmente con un espíritu humanitario, sin permitir que ningún otro interés, especialmente el económico, prevalezca sobre la dignidad humana de estas minorías, que también son vulnerables.

## 4 REFERENCIAS

ACNUR. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Global Trends: Forced Displacement in 2015*. Disponible en: <http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>. Acceso en: 25 abr. 2017.

ANDRADE, J. H. F. de. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANDRADE, J. H. F. de. Guerra fria e refugiados: da gênese política do Acnur e da Convenção de 1951. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

APPIO, E. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolívia: Supervisão de Cumprimento de Sentença de 17/4/2015*. Disponível en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/pachecotineo\\_17\\_04\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/pachecotineo_17_04_15.pdf). Acceso en: 27 abr. 2017.

CONSELHO EUROPEU. *Declaração UE-Turquia, 18 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. Acesso em: 6 mar. 2017.

EUA. *Executive Order 13.780, de 6 de março de 2017*. 2017a. Disponível en: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/03/06/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>. Acceso en: 17 mar. 2017.

EUA. *Hawai'i and Ismail Elshikh v. Trump et al.* (CV. NO. 17-00050 DKW-KSC) ORDER GRANTING MOTION TO CONVERT TEMPORARY RESTRAINING ORDER TO A PRELIMINARY INJUNCTION, Filed March, 29, 2017. 2017b. Disponível en: <https://www.buffalo.edu/content/dam/www/immigration-update/AILA%20-%20Hawaii%20v.%20Trump,%20CV%2017-00050%20DKW-KSC%20-%20Order%20Granting%20Motion%20to%20Convert%20TRP%20to%20Preliminary%20Injunction%20170329.pdf>. Acceso en: 20 abr. 2017.

EUA. *Hawai'i and Ismail Elshikh v. Trump et al.* (No. 17-15589), Filed April, 28, 2017. 2017c. Disponível en: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2017/04/29/17-15889%20Reply%20brief.pdf>. Acceso en: 15 mayo 2017.

EUA. *Washington et al. v. Trump et al.* (CASE NO. C17-0141JLR) TEMPORARY RESTRAINING ORDER, Filed March, 2, 2017. 2017d. Disponível en: [http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2017/02/03/17-141\\_TRO\\_order.pdf](http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2017/02/03/17-141_TRO_order.pdf). Acceso en: 17 mar. 2017.

EUA. *Washington et al. v. Trump et al.* (No. 17-35105; D.C. No. 2:17-cv-00141) Amended Order, Filed March 17, 2017. 2017e. Disponível en: [http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/03/17/17-35105\\_Amd\\_Order.pdf](http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/03/17/17-35105_Amd_Order.pdf). Acceso en: 30 mar. 2017.

EUA. *Executive Order 13.769, de 27 de janeiro de 2017*. 2017f. Disponível en: <https://br.usembassy.gov/pt/ato-executivo-para-protéger-nacão-contra-entrada-de-terroristas-estrangeiros-no-eua/>. Acceso en: 6 mar. 2017.

FOSTER, M.; HATHAWAY, J. *The law of refugee status*. 2. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2014.

FRANCO FILHO, G. de S. Refúgios e refugiados climáticos. In: *Revista Brasileira de Direitos Humanos*. São Paulo: Lex Magister, 2013. LIGA DAS NAÇÕES. *Pacto da Liga das Nações de 1920*. Disponível en: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/securancapublica/PACTO\\_DA\\_SOCIEDADE\\_DAS\\_NACOES.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/securancapublica/PACTO_DA_SOCIEDADE_DAS_NACOES.pdf). Acceso en: 29 abr. 2017.

MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção relativas aos refugiados de 1951*. Disponível en: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acceso en: 17 abr. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948*. Disponível en: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acceso en: 20 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível en: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo\\_de\\_1967\\_Relativo\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acceso en: 17 abr. 2017.

PACÍFICO, A. M. C. P. *O capital social dos refugiados*: bagagem cultura e políticas públicas. Maceió: Edufal, 2010.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu sobre as relações UE-Turquia (2016/2993(RSP)*. Disponível en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P8-RC-2016-1276+0+DOC+XML+V0//PT>. Acceso en: 17 abr. 2017.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTIAGO, J. R. de. Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados: evolución y convergencias. In: PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz; *O refúgio no direito internacional contemporâneo*: entre a segurança nacional e a proteção do indivíduo. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

## De Defensor de la Constitución a Principal Intérprete del Texto Constitucional y de los Derechos Fundamentales El Tribunal Constitucional en Perspectiva ¿Activista vs Garantista?

Nuria Belloso Martín

Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación “Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global” (Código: DER2016-76392-P). [nubello@ubu.es](mailto:nubello@ubu.es)

### RESUMEN

El garantismo y el activismo gravitan como dos posibilidades enfrentadas sobre el Poder Judicial en general y, también, sobre la justicia constitucional. Se pondrá de relieve la evolución de la Corte Constitucional española (Tribunal Constitucional) que ha pasado de empezar siendo defensora de la Constitución, a tener como función primordial la interpretación del texto constitucional. Se citarán varias sentencias polémicas del Tribunal Constitucional español para poder entender la difícil labor que ha realizado en relación a delimitar las fronteras en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se pondrá de manifiesto que el TC, además de sus luces, tiene también sus sombras y que convendría proceder a realizar algunas modificaciones, en aras de reforzar una de sus funciones como es la de ser garante de los derechos fundamentales.

**Palabras-clave:** Jurisprudencia constitucional. Garantismo. Activismo. Tribunal constitucional.

### DE DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO A INTÉPRETE PRINCIPAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA: ATIVISTA VS. GARANTISTA?

### RESUMO

O garantismo e o ativismo gravitam como duas possibilidades enfrentadas sobre o poder Judiciário em geral e, também, sobre a Justiça constitucional. Salientar-se-á a evolução da Corte Constitucional espanhola (Tribunal Constitucional), que de iniciar sendo um instrumento em defesa da Constituição, ha mudado a ter como principal função a interpretação da Constituição. Serão citadas várias sentenças polêmicas do Tribunal Constitucional Es-panhol para poder entender o difícil trabalho que se realizou em relação a estabelecer um limite de fronteiras no exercício dos direitos fundamentais. Explicar-se-á que o TC, ainda mais de ter luces, também tem sombras e que deveria se fazer um processo de mudanças, para poder reforçar sua função de garantia dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Jurisprudência constitucional. Garantismo. Ativismo. Tribunal constitucional.

### SUMÁRIO

1 Premisas: Garantismo y Activismo. 1.1 Garantismo. 1.2 Activismo. 2 La justicia constitucional como guardián de la constitución. El tribunal constitucional español. Sus principales funciones. 2.1 Las funciones del tribunal constitucional y su evolución. 2.2 ¿Qué derechos fundamentales se protegen principalmente por el tribunal constitucional español? 3 Sentencias del tribunal constitucional que cuestionan el garantismo y se aproximan al activismo. 3.1 Sentencias interpretativas. 3.2 Sentencias evolutivas. 4 Reflexiones finales.

Recebido em: 25/7/2019  
Aceito em: 30/7/2019

## 1 PREMISAS: GARANTISMO Y ACTIVISMO

La configuración de un Estado de Derecho implica que se respeta la legalidad, legalidad que ha sido aprobada por el poder Legislativo, como representante de la voluntad popular. También implica el respeto al principio de separación de poderes, de manera que el Poder Judicial debe limitarse a aplicar e interpretar la ley pero no puede erogarse en legislador, a pesar de que esté tentado de hacerlo en su interpretación de los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente. El garantismo sí puede ser un rasgo característico de un Estado de Derecho pero no el activismo judicial.

### 1.1 Garantismo<sup>1</sup>

La corriente del garantismo se proyecta sobre la filosofía jurídica y política e influye en la dogmática constitucional, penal y procesal. El aporte que el garantismo hace al constitucionalismo contemporáneo y a los neoconstitucionalismos – en definitiva al Estado – consiste en la actitud que promueve en la ciencia jurídica: defiende una concepción del Estado como instrumento al servicio de la protección de los derechos. El jurista no debe conformarse con ser un mero observador de las diferencias entre el ser y el deber ser sino que debe perseguir esos desajustes que detecte entre el horizonte de valores propuesto por la Constitución y el comportamiento de los operadores jurídicos –empezando por el propio legislador.

Además, el garantismo no se satisface con la mera denuncia, sino que requiere además la búsqueda de soluciones mediante el empleo de las garantías actualmente disponibles en el propio ordenamiento jurídico o, si estas son insuficientes, el diseño de nuevas garantías que permitan colmar la laguna causada por la existencia de una norma constitucional insuficientemente garantizada (NUNEZ LEIVA, 2010).

Las garantías son obligaciones o derechos correlativos a derechos subjetivos (intereses protegidos). Se identifican con expectativas (positivas o negativas). Los derechos fundamentales son expectativas de carácter universal (se atribuyen a todos) y consisten en expectativas negativas (límites al poder para los derechos derivados del principio de libertad) y expectativas positivas (obligaciones que corresponden a los poderes del Estado para los derechos derivados de la igualdad, como los derechos económicos, sociales y culturales).

El garantismo puede revestir diversas tipologías: garantismo propietario (patrimonial), penal, internacional (Declaraciones, Tratados). Sin garantías, el Derecho queda reducido a mero papel. Así, el derecho a la vida, si no se acompaña del Derecho Penal, quedaría reducido a mero papel.

### 1.2 Activismo

El activismo judicial no puede formar parte de un sistema democrático ya que va unido al riesgo del gobierno de los jueces. Es lo que se ha denominado como *objeción contramayoritaria* del Poder Judicial (BELLOSO MARTÍN, 2017). Los defensores de esta perspectiva afirman, básicamente, que el Poder Judicial, al no ser elegido por el pueblo – más que de una

<sup>1</sup> La rúbrica *Garantismo* se halla vinculada de manera inseparable a la figura de Luigi Ferrajoli. La ha expuesto en sus obras *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* y en *Principia Juris, Teoría del derecho y de la democracia*, entre otras.

forma muy mediata- no puede, al ejercer el control de constitucionalidad, ser el censor de los otros dos poderes estatales, los cuales sí cuentan con el aval de los votos, es decir, con legitimidad democrática propia. Es decir, los jueces como garantes de las decisiones tomadas en el momento constitucional han sido vistos con recelo porque en el fondo, eso podría terminar en el gobierno de la judicatura. Es el temor a que se produzca una mutación del paradigma de la toma de decisiones, “pasándose de uno “democrático” a otro “elitista”, el cual se corporiza en una minoría (los jueces) que toman decisiones que solamente corresponderían al pueblo y a sus representantes erigidos por sufragio”.

Para entender adecuadamente el activismo judicial, habría que partir de una distinción, entre la autorrestricción judicial y su contrario, el activismo judicial.

El punto de partida de la autorrestricción judicial es el principio de división de poderes y una concepción de la democracia formalista. Sustenta que los jueces carecen de legitimidad democrática y que son los menos autorizados para controlar la legalidad y la constitucionalidad de las normas.

Por el contrario, el activismo judicial y el decisionismo judicial sustentan que, sin contrapesos democráticos, se posibilitaría la salvaguardia de los derechos fundamentales y especialmente, derechos de las minorías – consagrados en la Constitución. Su actividad se podría calificar de prácticas cercanas al “populismo judicial”. Se sustenta en que es la justa intervención del aparato de justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros órganos de poder.

En esta contraposición entre activismo y decisionismo, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional, en cuanto defensor de los derechos fundamentales –ya se indicará que no se creó como instancia protectora de derechos humanos sino como garante de la Carta Magna – no se configura como la última instancia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha convertido en un garante de esos derechos fundamentales.

Conviene recordar el doble sistema de protección de los derechos en Europa según el cual, en el ámbito regional europeo coexisten dos Tribunales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),<sup>2</sup> también conocido como Tribunal de Estrasburgo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también conocido como Tribunal de Luxemburgo.<sup>3</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus

<sup>2</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue aprobado mediante el Convenio de Roma de 1950. “HUDOC”: [hudocs.echr.coe.int](http://hudocs.echr.coe.int)

<sup>3</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

El lema de la Unión Europea es “Unidos en la diversidad”, lo que permite entender que uno de sus rasgos característicos sea precisamente el de la unidad en la diversidad. Es decir, se basa en un proceso de apertura hacia el otro y que trasciende el mero ámbito económico. El Derecho comparado es connatural al Derecho de la Unión porque sirve de instrumento para alcanzar esa comparación de la unidad en la diversidad. La tensión dinámica entre la unidad y la multiplicidad es clave en el derecho de la UE, tal y como ha subrayado Beck (2005).

Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio.<sup>4</sup> Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la relación entre el TEDH y el TJUE ha ido adquiriendo mayor dinamismo en relación a la recíproca confianza y al diálogo (MARTINICO, 2018, p. 27).<sup>5</sup> Ello es imprescindible para evitar, por ejemplo, que un Estado Parte en la CEDH y al mismo tiempo miembro de la UE, se halle frente a dos interpretaciones divergentes, una procedente del Tribunal de Luxemburgo y la otra del Tribunal de Estrasburgo.<sup>6</sup>

En la experiencia española, puede señalarse que ha primado el garantismo y no el activismo judicial. Por ejemplo, se tiende sistemáticamente a no dar razón a los ciudadanos como resultado de los conflictos con Bancos, con compañías de seguros o con empleadores (desalojos, acciones preferidas compradas a los Bancos, cláusulas-suelo). Incluso esto ha supuesto que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en algunas de sus últimas sentencias, haya emendado sentencias de tribunales españoles, como el Tribunal Supremo.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Además de los dos tribunales citados, a nivel de la unión Europea hay otro órgano defensor de los derechos humanos como es el Defensor del Pueblo europeo. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente e imparcial encargado de garantizar que las agencias e instituciones de la UE se atiendan a la obligación de rendir cuentas, así como de promover la buena administración. El Defensor del Pueblo ayuda a las personas, empresas y organizaciones que se enfrentan a problemas con la administración de la UE investigando las reclamaciones de mala administración relativas a las instituciones y organismos de la UE, pero también examinando de forma proactiva cuestiones sistémicas más amplias. <https://www.ombudsman.europa.eu/es/home>

<sup>5</sup> El Tratado de Lisboa ha introducido nuevos elementos interesantes en relación a la inclusión de una serie de disposiciones relativas a los materiales constitucionales nacionales. A modo de ejemplo se puede mencionar la incorporación de cláusulas que se refieren a "las legislaciones y prácticas nacionales" en el texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; derecho a la educación; derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa; derecho de negociación y de acción colectiva; protección a la salud, etc.). Estas tradiciones nacionales pueden llegar a considerarse como una especie de doctrina de margen de apreciación difundida a nivel de la UE. Entre esas cláusulas citadas hay que destacar la cláusula 4.2 TUE.

<sup>6</sup> El día 1 de agosto de 2018 entró en vigor del Protocolo núm. 16 que introduce la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales de mayor rango puedan solicitar al TEDH opiniones consultivas relativas a la interpretación y aplicación del CEDH, con el objeto de facilitar la protección de derechos a nivel nacional, lo que eleva las posibilidades del diálogo entre jurisdicción interna y TEDH.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia UE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016.

<https://ep00.epimg.net/.../26aea35b8c66e78f3169264b9f90ecbe...>

Esta sentencia versa sobre la retroactividad de las devoluciones de las cantidades cobradas indebidamente por los bancos en aplicación de las cláusulas suelo de las hipotecas. La sentencia establece que, en contra de lo establecido por el Tribunal Supremo de España en el sentido de que la retroactividad de las devoluciones sólo debía aplicarse a partir de mayo de 2013 que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. Esto supone que los consumidores afectados por las cláusulas suelo podrán exigir la devolución de todo el dinero que se les haya cobrado de más desde el momento de la suscripción de su préstamo.

Otro ejemplo es la Sentencia del Tribunal de Justicia UE (Sala Tercera), de 8 de mayo de 2019. Este caso se planteó como un Procedimiento prejudicial relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (Directiva 79/7/CEE, Artículo 4: Prohibición de toda discriminación por razón de sexo) así como en relación a Discriminación indirecta, Trabajo a tiempo parcial y Cálculo de la pensión de jubilación». <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213852&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7555428>

España tiene que revisar la normativa del cálculo de la pensión para los trabajadores a tiempo parcial, ya que podría ser discriminatorio contra las mujeres. El TJUE parte de la base de que el tiempo parcial afecta principalmente a las mujeres (en torno al 75% del total). Como esta modalidad contractual tiene un coeficiente reductor para el cálculo de la vida laboral, entonces significaría que afectaría fundamentalmente a las mujeres, por lo que sería contraria al derecho comunitario por discriminación. El TJUE no entra a valorar si realmente existe discriminación, y esa interpretación se la deja a la justicia española. Pero sí es contundente en su sentencia: si existe discriminación, entonces es contraria al derecho.

Pero es especialmente relevante los derechos humanos protegidos por la jurisprudencia del TEDH<sup>8</sup> tales como: derecho europeo de acceso a la justicia; derechos del niño; protección de datos; asilo, fronteras e inmigración; contra la discriminación.<sup>9</sup>

## 2 LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. SUS PRINCIPALES FUNCIONES

Establecido por el Título IX de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), el Tribunal Constitucional (TC) es el intérprete supremo de la Constitución. Único en su orden y con jurisdicción en todo el territorio nacional, ejerce las competencias definidas en el art. 161 CE. Al Tribunal se le ha encomendado, en defensa de la Constitución, el control de los actos y resoluciones de los tres poderes del Estado. El TC procura no pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos legales, limitándose a hacerlo sobre su inconstitucionalidad o, en su caso, no constitucionalidad (OLERO TASSARA, 2018, p. 97). El Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.<sup>10</sup>

### 2.1 Las funciones del Tribunal Constitucional y su evolución

El recurso de amparo ante el TC – podría considerarse como uno de las manifestaciones de una justicia constitucional garantista – es una de las garantías que la Carta Magna establece para tutelar algunos de los derechos y libertades de los ciudadanos.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-vida#Se\\_1288807922455\\_1](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-vida#Se_1288807922455_1)

<sup>9</sup> <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/manuales-fichas-tematicas>

<sup>10</sup> Conforme a la CE y a su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional es competente para conocer:

- Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.
- De la cuestión de inconstitucionalidad sobre normas con rango de ley.
- Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE.
- De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí.
- De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial).
- De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales.
- De la impugnación por el Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.
- De los conflictos en defensa de la autonomía local.

De las demás materias que le atribuyan las Leyes Orgánicas (art. 161.1.d CE).

<sup>11</sup> Artículo 53.2: Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

El recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución al Tribunal Constitucional, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. La única pretensión que puede hacerse valer a través del recurso de amparo es la del restablecimiento o preservación de los derechos o libertades por razón de los cuales se promueve el recurso.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue tres modalidades de recurso de amparo en razón del origen del acto del poder público al que se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales: a) recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42); b) recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43); c) recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44).

La ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dio lugar a lo que se ha venido a denominar como “nuevo recurso de amparo”. Tal reforma se proponía una *objetivación* del recurso de amparo:

Descartando su arraigada conversión subjetiva en tercera instancia procesal. Como consecuencia, el centro de gravedad del decisivo trámite de admisión se trasladaba a la previa constatación de tasados motivos de inadmisión, incluida la no apreciable vulneración de un subjetivo derecho fundamental, a la argumentación justificadora de una objetiva especial *trascendencia constitucional* (OLLERO TASSARA, 2018, p. 100).

Anualmente, se presenta un alto volumen de recursos de amparo ante el TC pero, al aplicarse el nuevo filtro, un elevado porcentaje es inadmitido. El profesor Ollero facilita algunos datos: En el quinquenio 2011-2015 se han presentado más de 7.000 recursos – revelando una desproporción con el resto de los asuntos ingresados en el TC – mientras que las sentencias que se dictan sobre los mismos, anualmente, –y, evidentemente, no todas estimatorias – no llegan a cien. Posiblemente, el requisito de la “derecho” conlleva que, para redactar una demanda de amparo, hay que poseer una cualificación profesional que implica el dominio de la doctrina y jurisprudencia –tanto del propio TC como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – sobre los derechos fundamentales susceptibles de amparo (ARAGÓN REYES, 2012, p. 9).

En un 37% de los casos la inexistencia o insuficiencia de la justificación de el derecho llevó a la inadmisión, mientras que en un porcentaje similar, la causa fue la previsible ausencia de la vulneración; en otro 15%, la causa fue por motivos procesales – tales como no haber agotado la previa vía judicial o la extemporaneidad.

Hay que destacar la evolución del Tribunal Constitucional: de empezar siendo defensor de la Constitución, a tener como función primordial la interpretación del texto constitucional.

El Tribunal Constitucional no actúa aquí como un defensor de la Constitución frente a sus enemigos – que han sido históricamente los legisladores – sino más bien como un garante de su eficacia diaria en las relaciones con poderes públicos y con particulares.

La interpretación de la Constitución, que trata de determinar su significado y de armonizar sistemáticamente sus preceptos, cuando no la auténtica creación del orden constitucional, y la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, que establece la orientación constitucional de todo el ordenamiento y dota de criterios constitucionales a la actuación del resto de los poderes públicos son funciones que se imponen a la ya tradicional de defensa de la Constitución.

a) La prevalencia de la función interpretativa sobre la de defensa de la Constitución se concreta también en la importancia que cobra dentro de la actividad del Tribunal su labor protectora de los derechos fundamentales frente a las vulneraciones de los poderes públicos y, en menor medida, de los particulares. Si bien es cierto que una ley contraria a la Constitución es un atentado grave a ésta – ya que la Ley debe ser aplicada por Administración, jueces y ciudadanos –, la realidad es que la lesión más habitual de los derechos fundamentales procede de poderes públicos distintos al legislador. Estas lesiones de los derechos fundamen-

tales por la Administración, por los jueces o por particulares no representan una amenaza global a la Constitución ni al orden democrático, sino un ataque a la normatividad de la misma y a su eficacia práctica en la sociedad.

A través de la resolución de los recursos de amparo, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho fundamental y restablece al recurrente en la integridad del mismo, declarando nulos los actos que hayan originado la lesión. A la vez, el procedimiento de amparo constitucional brinda al Tribunal una oportunidad para establecer criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

b) La resolución de conflictos territoriales (qué competencias corresponden a cada Comunidad Autónoma cuando están transferidas – sanidad, educación – Estatutos de Autonomía, autogobierno de Cataluña) han ido incrementando en número de presentación de recursos de inconstitucionalidad (JIMENO BULNES, 2018).

Tanto la resolución de conflictos territoriales como la ya mencionada protección de los derechos fundamentales no tienen una vinculación clara con la defensa de la Constitución sino más bien con el establecimiento de principios de interpretación constitucional. Es decir, en estos procedimientos no se da tanto una defensa de la Constitución frente a sus enemigos sino una defensa de su contenido. La función constitucional de resolución de conflictos territoriales es la más destacada aportación del Alto Tribunal al desarrollo constitucional en nuestro país, debido tanto a la imprecisión del texto constitucional en relación al reparto territorial del poder, como a la conflictividad que esto ha originado.

c) En cambio, la dimensión de defensa de la Constitución prevalece en otros procedimientos específicos como la resolución de conflictos entre órganos constitucionales o en procesos electorales, el pronunciamiento sobre la admisibilidad de referendos, la decisión acerca de la constitucionalidad de los partidos políticos, etc.

## 2.2 ¿Qué derechos fundamentales se protegen principalmente por el Tribunal Constitucional español?

Son varios los derechos fundamentales que han sido objeto de un mayor número de recursos de amparo. Destacamos algunos, citando algunas de las sentencias que han contribuido a clarificar cómo deben interpretarse esos derechos fundamentales:

- El derecho a la libertad personal y al procedimiento de *habeas corpus*
  - La STC 341/1993, de 18 de noviembre – Caso Ley de Seguridad Ciudadana –, que corrige la doctrina anterior, afirmando la legitimidad constitucional de la retención policial para la práctica de la diligencia de identificación y acompañamiento.
  - La STC 86/1996, de 21 de mayo – Caso García Melani – recalca que el tiempo máximo de detención preventiva es el estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, sin que el plazo de setenta y dos horas pueda ser una opción libre de la autoridad gubernativa.
- La libertad de expresión ha sido principalmente expuesta en:
  - La STC 105/1990, de 6 de junio – Caso José María García – recuerda que la libertad de expresión e información no implica ningún derecho al insulto;

- Las SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre – casos Comandante Patino I y II – reflejan la necesaria ponderación judicial del equilibrio entre libertad de información y derecho al honor, teniendo en cuenta tanto el objeto de la información como la forma de ésta.
- La STC 176/2013, 21 de octubre de 2013. Recurso de amparo 1783-2010. Promovido por don Francisco Álvarez-Cascos Fernández y doña María Porto Sánchez en relación con la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó su demanda por las imágenes y comentarios difundidos en el programa televisivo “Crónicas Marcianas”. El fallo del TC otorgar el amparo solicitado por don Francisco Álvarez-Cascos Fernández y doña María Porto Sánchez y, en consecuencia, reconoce los derechos fundamentales de los demandantes a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE).
- STC del pleno 177/2015, de 22 de julio. Libertad de expresión vs. injurias al Rey. Los acusados, que acudieron disfrazados para impedir que los identificaran, después de una concentración en contra de la Corona, tomaron en público la fotografía del Rey – mostrándola al revés – le dan fuego, consumiendo dicho “fuego purificador” la fotografía de la discordia y que fundamenta la imposición de la pena.

Extensamente se ha pronunciado el TC, elaborando una consolidada doctrina constitucional que reconociendo la libertad de expresión, que si bien es un derecho fundamental, éste no es un derecho absoluto, y en determinados casos debe ceder ante otros derechos en un difícil juego de equilibrios que debe resolver el Tribunal en su función de establecer el canon de protección, estableciendo la fina línea que constituyen los límites del derecho. El límite de la libertad de expresión, como regla general, se establece en lo que reconoce como “discurso del odio”, y/o con el uso de la violencia. La Sentencia resuelve en contra de los intereses de la parte recurrente –aquellos que habían procedido a la quema de la foto del Rey – fundamentalmente que éstos habían sobrepasado el límite relativo al “discurso al odio”, considerando que la acción que antes he descrito va más allá de una mera manifestación política, proyectando con la quema, como elemento destructor, y por tanto cargado de negatividad, al odio y/o a la violencia de quienes se encontraban en el lugar de los hechos.

- c. El derecho a la tutela judicial efectiva
- La STC 199/1987, de 16 de diciembre – Caso Ley Antiterrorista – analiza el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en relación a la existencia de la Audiencia Nacional.
- La STC 227/1994, de 17 de diciembre – Caso Spie – aborda la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por deficiencias en la comunicación de la Administración de Justicia con las partes durante el proceso.
- La STC 30/2014, 24 de Febrero de 2014. Notificaciones. Domicilio desconocido. Se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del demandante, por la falta de diligencia del órgano judicial en su obligación de agotar los medios de averiguación del domicilio real para obtener una notificación personal y efectiva.

- d. El principio de igualdad
  - La clarificación del principio de igualdad en la aplicación de la ley ha dado lugar a numerosas sentencias.
  - La STC 128/1987, de 16 de julio – Caso Guarderías – analiza la constitucionalidad del trato especialmente beneficioso al sexo femenino, distinguiéndolo de aquel otro trato favorable que parte de una concepción secundaria o de debilidad de la mujer.
  - La STC 42/1993, de 8 de febrero – Caso Fernández – contiene la doctrina constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley, diferenciando en las resoluciones judiciales contradictorias lo que es una evolución legítima del criterio del juzgador de lo que es una divergencia derivada de una arbitrariedad del órgano judicial.
- e. El derecho a la intimidad
  - La STC 39/2016, 3 de marzo de 2016. La empresa en la que prestaba sus servicios la recurrente en amparo instaló una cámara de videovigilancia, sin notificarlo expresamente a los trabajadores, aunque en un lugar visible del establecimiento se colocó un distintivo informativo. En virtud de las imágenes captadas, se constató que la demandante en amparo se había apropiado de efectivo de la tienda, razón por la que fue despedida. Frente a ello, la recurrente solicitó la declaración de nulidad del despido, ya que consideró que la empresa había incumplido la normativa referida a la instalación de mecanismos de grabación. Se desestima el recurso. En aplicación de la doctrina sentada en la STC 292/2000, la Sentencia declara que fueron respetadas las reglas relativas al tratamiento de datos personales.
  - La STC 170/2013, 7 de octubre de 2013. Recurso de amparo con respecto a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en proceso por despido. El Tribunal considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad. Se desestima el recurso de amparo.
- f. El Derecho al honor
  - La STC 214/1991, de 11 de noviembre, más conocida como el “caso Violeta Friedman” dio respuesta al recurso de amparo núm. 101/90, promovido por doña *Violeta Friedman*. La Sra. Friedman, judía, fue internada durante la Segunda Guerra Mundial en un campo de concentración, junto a su familia. Esta sobrevivió al mismo, junto con su hermana, pero el resto de su familia no superó el genocidio nazi. En relación a este caso, son los comentarios de un ex general nazi en una revista, que niega el genocidio del pueblo judío, los que Violeta Friedman considera que lesionan su derecho al honor.
  - Y es que, aunque los comentarios no iban dirigidos a la propia Violeta Friedman, el Tribunal Constitucional aprecia el interés legítimo de la misma para reaccionar ante los mismos (los jueces anteriormente no le habían reconocido el derecho a acudir a los tribunales, sí el Tribunal Constitucional).

g. Libertad religiosa vs Derecho a la vida

- Es destacable la Sentencia TC 154/2002, de 18 de julio. El origen de este caso fue la caída en 1994 de Marcos Alegre Vallés, de 13 años, desde la bicicleta en la que pasaba por la población de Ballobar (Huesca). Como consecuencia de la caída, el menor se lesionó en una pierna y tres días después sangró por la nariz y se puso pálido, por lo que sus padres le sometieron a asistencia sanitaria. Planteada la necesidad de una transfusión de sangre, los padres invocaron la condición familiar de ser testigos de Jehová, se opusieron a ella y solicitaron el alta para su hijo, a pesar de que los sanitarios aseguraron que no existían tratamientos alternativos. El centro hospitalario no accedió a dar el alta, dado el peligro para la vida del menor, y solicitó del juzgado de guardia autorización para practicar la transfusión, que fue concedida.
- Acatada por los padres del niño la decisión judicial, el menor, sin intervención alguna de los padres, la rechazó – según los hechos declarados probados por los órganos judiciales competentes – con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral, por lo que desistieron de realizar la transfusión.
- El pleno del Tribunal Constitucional ha amparado el derecho fundamental a la libertad religiosa de una pareja de testigos de Jehová cuyo hijo, de 13 años, falleció a raíz de la negativa del menor a recibir una transfusión de sangre. Los padres habían sido condenados a dos años y medio de cárcel por homicidio por la Sala Penal del Tribunal Supremo, que consideró que, como garantes del menor, debieron convencerle para recibir sangre. En cambio, el Tribunal Constitucional, anula la condena desde la apreciación de que el menor ejerció su derecho a la libertad religiosa, no estima exigible que los padres se opusieran a tal ejercicio, en contradicción también con sus propias creencias.

### 3 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE CUESTIONAN EL GARANTISMO Y SE APROXIMAN AL ACTIVISMO

Hay algunas tipologías de sentencia derivadas de la justicia constitucional (por tanto, del TC) que van más allá de resolver sobre la demanda planteada. Entre estas sentencias cabe destacar las denominadas sentencias interpretativas y sentencias evolutivas (FERNÁNDEZ SEGADO, 2011).

#### 3.1 Sentencias interpretativas

En los últimos años algunas de las decisiones más delicadas se han resuelto no a través de la solución más traumática de la declaración de inconstitucionalidad, sino mediante decisiones interpretativas, que, en ocasiones, han provocado cambios estructurales en el sistema sin gran repercusión pública.

Son aquellas sentencias que presentan alguna de las interpretaciones posibles como conforme con la Constitución. Las sentencias interpretativas responden a la exigencia práctica de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Es una solución polémica porque cabe el riesgo

de que se acabe atribuyendo tal condición a una interpretación que –si interpreta en demasia – debería ser considerada *contra legem*. Las sentencias interpretativas pueden ser tanto desestimatorias como estimatorias.

Sin embargo, para el sistema democrático el uso espurio, por parte del Tribunal Constitucional, acabar produciendo distorsiones. Así, las denominadas “sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad”: sentencias desestimatorias que señalan la interpretación de los preceptos impugnados que es conforme con la Constitución.

Se advierte cierta tendencia psicológica de los jueces constitucionales por las sentencias interpretativas cuando se refieren a los temas políticamente más controvertidos (Zagrebelsky). El problema es que al cobijo de este tipo de resoluciones nos encontramos con actuaciones en las que el intérprete supremo se coloca en el papel del que toma decisiones políticas o, más allá, pasa a reescribir los preceptos constitucionales de acuerdo con las convicciones políticas y morales de sus magistrados, olvidando que es un tribunal (bien sea de manera más encubierta –apelando al garantismo – o sin tanto disimulo).

Como ejemplo de lo expuesto, cabe destacar dos de las decisiones más polémicas del Tribunal Constitucional:

- a. La sentencia sobre Bildu (*sentencia 43/2009, de 12 de febrero*): Los dos partidos legales de la coalición electoral, Eusko Alkartasuna (EA) y Alternatiba (una escisión de Ezker Batua), que habían quedado fuera de la cita electoral, pudieron concurrir en Bildu (partido afín al grupo terrorista ETA) junto a los independientes que el Supremo identificó con la ilegalizada Batasuna.
- b. La sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (STC Pleno. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010): En 2006 el Partido Popular impugnó 114 artículos del Estatuto de Cataluña. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El Constitucional aprobó un recorte moderado que permitía aplicar el Estatuto de Cataluña. El alto tribunal alcanzó el fallo con una votación por bloques en la que los jueces conservadores lograron que el término “nación” no tuviese eficacia jurídica. Un fallo histórico, por su simbología política.

- c. Normas de Derechos fundamentales como normas de principio.

En general las normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio, pues se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección. Si la interpretación constitucional implica una tarea en gran medida creadora, el margen de creatividad se incrementa cuando el enunciado constitucional responde a una norma de principio.

Decidir si una persona que está procesada puede ser candidata en un concreto proceso electoral o si un partido puede ser ilegalizado no por lo que hace sino por lo que omite, depende de cómo se interprete el papel que la Constitución reserva a la participación política y a los partidos en ese sistema democrático y en ello está en juego el propio principio democrático.

co sobre el que descansa el Estado. Por eso, es preocupante que a través de decisiones interpretativas del TC se acuda a una vía espuria para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional y para neutralizar conflictos políticos.

Por ejemplo, la STC 48/2003 sobre la L. O. 6/2002, de partidos políticos. Algunos de los argumentos que el TC utilizó para concluir que los preceptos impugnados no eran contrarios a la Norma Fundamental.

El Tribunal Constitucional, a través de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, ha actuado en muchos casos como un auténtico legislador positivo. Como conocemos, un *summum ius* puede traducirse a veces en una *summa iniuria*. En ocasiones, los Tribunales han creado técnicas decisorias propias, al margen de las decisiones legales, siendo bien significativo que con posterioridad, el legislador ha positivado lo que ya jurisprudencialmente había creado el Tribunal Constitucional. Se corre el peligro de recurrir espuramente a las sentencias interpretativas para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional.

### 3.2 Sentencias Evolutivas

No puede negarse la dificultad que entraña la interpretación de normas con una considerable antigüedad, de décadas o, incluso, de siglos. La averiguación del sentido y alcance de la norma debe atenerse al espíritu y finalidad de la misma pero atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (elemento sociológico). En el artículo 3.1 del título preliminar del Código Civil español, se dispone que las normas se interpretarán “en relación con [ ] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [ ]”. Además de mencionar los elementos literal, sistemático, histórico y teleológico, este precepto hace una referencia expresa a la realidad social del tiempo de aplicación.

Es un mandato de actualización dirigido a los intérpretes del derecho que convierte el elemento evolutivo en uno más de los declarados formalmente. Es decir, la interpretación evolutiva “no es ya una opción del intérprete, afirmada por la práctica judicial, sino un mandato de actualización interpretativa impuesto por el legislador”.

El realismo jurídico americano ya advertía de que la sociedad tiene un ritmo de cambio más rápido que el Derecho y que las innovaciones y cambios legislativos suelen tener como objetivo que el orden jurídico de respuesta a las necesidades cambiantes. Sin embargo, no siempre resultan sencillos los cambios legislativos porque, como ya sabemos, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta. De ello deriva que la Constitución, como norma de rango superior, no puede cambiarse, reformarse o modificarse fácilmente. Esta rigidez que protege a las normas y, especialmente las de la Constitución, hace estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Cuanto más subbamos en la jerarquía de las fuentes más difícil resulta la renovación a través de la reforma o la derogación.

Canosa Usera señala que “se hacen imprescindibles otras vías que eviten la esclerosis del ordenamiento jurídico”. Y subraya que la vía principal para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es precisamente el recurrir al denominado elemento “evolutivo” “que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad”.

El juez que interpreta evolutivamente el ordenamiento no es el mero instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley, como apuntaba Montesquieu. Cuando el juez interpreta en clave evolutiva es porque no puede expresar la *voluntas legislatoris* que, a su vez, no podía prever cómo iba a evolucionar la realidad futura. Sin embargo, a la vista de esos cambios, intenta hallar en el enunciado normativo un sentido que permita a la disposición seguir siendo eficaz.

Algunos autores – como Canosa Usera y García Belaunde – son partidarios de una interpretación evolutiva pero alertan contra el peligro de la desnaturalización y quebrantamiento de la Constitución.

Un ejemplo de aplicación del criterio de la interpretación “evolutiva” del Tribunal Constitucional español ha sido el recurso de inconstitucionalidad por la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Se suscita la polémica a raíz de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La llamada “ley del matrimonio homosexual” de 2005, en España, partía de agregar un párrafo al artículo 44 del Código Civil: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Se presentó un recurso de inconstitucionalidad de esta ley, planteando varias causas de inconstitucionalidad.

El concepto jurídico de matrimonio es el que ha dado lugar a argumentaciones de variado tipo. La polémica residía en que la Constitución española sólo alude al matrimonio entre hombre y mujer. Por tanto, si se quería introducir esa regulación, algunos sectores sostienen que se debería de haber realizado una reforma de la Constitución o bien, haber legislado sobre las uniones de las personas del mismo sexo, otorgándoles los mismos derechos que a un matrimonio, pero sin que se abriera el término “matrimonio” a una unión que no contempla el texto constitucional.

El Tribunal Constitucional se pronunció mediante la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 – STC 198/2012 – dictada en el Recurso de inconstitucionalidad núm. 6864/2005147. La sentencia desestimó el recurso interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio.

La mayoría de los magistrados – ocho frente a tres – suscriben que el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo no altera la institución del matrimonio, vista desde una interpretación evolutiva:

La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución.

La sentencia considera que la Constitución “a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”. Aduciendo estudios de opinión, el tribunal concluye que el matrimonio entre parejas del mismo sexo goza de “una amplia aceptación social” en España, también recuerda que, desde 2005, se ha aprobado en otros países.

## 4 REFLEXIONES FINALES

Para que el Tribunal Constitucional español cumpliera eficazmente su función garantista, el ordenamiento jurídico español debería modificarse tres aspectos sustanciales que impiden que alcance su efectividad de garante de la Carta Magna y de los derechos fundamentales:

- Recuperar la cuestión de inconstitucionalidad de manera que los jueces ordinarios puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad al TC (y no que sean únicamente los poderes públicos los que puedan hacerlo).<sup>12</sup>
- Imposibilidad de retirar los recursos de inconstitucionalidad interpuestos. Si se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad – por ejemplo, por un partido político que no está en el gobierno con respecto a una ley aprobada en el Congreso – que no se pueda retirar tal recurso en un momento posterior (generalmente por un acuerdo político con el partido de la oposición). Si se ha considerado que una ley o un Decreto-Ley es inconstitucional y vulnera los preceptos constitucionales, hay que velar por la constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico y no limitarse a acuerdos de conveniencia.
- Implantar *vis expansiva* de declaración de inconstitucionalidad para leyes que sean idénticas a las recurridas. El TC en determinadas sentencias ha declarado inconstitucional algunas normas de ciertos Estatutos de Autonomía, normas que cuyo contenido sustancial se reproduce en otros Estatutos. Sin embargo, como en los otros Estatutos no se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, siguen vigentes. Debería de establecerse que esa declaración de inconstitucionalidad de un precepto, que se repite en otras normativas, aunque no se haya planteado recurso, expansivamente se fueran también afectadas por la inconstitucionalidad declarada por el TC.
- No puede admitirse la contaminación iusprivatista de la justicia constitucional, porque lo que se ve afectado en muchas ocasiones es el bien público – y no exclusivamente derechos individuales.
- Conveniencia de clarificar las posibilidades del recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales. La exigencia de especial “trascendencia constitucional” para su admisión, concepto indeterminado, da lugar a un cierto grado de inseguridad jurídica para los recurrentes.

Por último, concluimos con unas palabras de Zagrebelsy:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero, los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos” (1995, p. 153).

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, al igual que a través del recurso de inconstitucionalidad, garantiza la supremacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas. La cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida, de oficio o a instancia de parte, por Jueces y Tribunales y han de hacerlo cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo pueda ser contraria a la Constitución.

## 5 REFERENCIAS

- ARAGÓN REYES, M. Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo. *Otrosí*, n. 10, 2012.
- BECK, U. La Europa cosmopolita. *Claves de razón práctica*, n. 155, 2005, p. 18-25.
- BELLOSO MARTÍN, N. De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias. In: BELLOSO MARTÍN, Nuria; RODRIGUES, Saulo Tarso; LOBATO, Anderson (ed.). *A contribuição da justiça constitucional para a cidadania*. Reflexões de Direito Comparado. Rio Grande: Editora da Universidade Federal de Rio Grande – Furg, 2015. p. 75-156.
- BELLOSO MARTÍN, N. La Jurisdicción constitucional en las democracias constitucionales: su discutida configuración como poder contramayoritario y cómo órgano con auténtico poder normativo. In: DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (ed.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson, 2017. p. 31-65.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Pensamiento Constitucional*, año XV, n. 15, p. 127-192, 2011. Disponible en: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/download/.../2910](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/download/.../2910).
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2016a.
- FERRAJOLI, L. *Principia Juris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016b.
- JIMENO BULNES, M. *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Lección inaugural del curso académico 2018-2019. Burgos: Rico Adrados S. L., 2018.
- NUNEZ LEIVA, J. I. Garantismo espurio. *Ius et Praxis*, Talca, v. 16, n. 2, p. 495-498, 2010. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000200019&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200019&lng=es&nrm=iso). Acceso en: 9 sept. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200019>.
- OLERO TASSARA, A. Legalidad y constitucionalidad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XXXIV, p. 95-118, 2018.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995.

### JURISPRUDENCIA

- <https://tc.vlex.es/>
- STC del pleno 177/2015, de 22 de julio. *Libertad de expresión vs. injurias al Rey*. Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://www.boe.es>. Acceso en: 21 ago. 2015.
- STC 214/1991, de 11 de noviembre. *“Caso Violeta Friedman”*. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion>Show/1853>.
- STC 154/2002, de 18 de julio. *“Caso testigos de Jehová”*. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/4690>.
- STC Pleno. *Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010*. Estatuto de Cataluña. Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://boe.es>. Acceso en: 16 jul. 2010.
- STC 43/2009, de 12 de febrero. *Sentencia Bildu*. Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://www.boe.es>. Acceso en: 20 jun. 2009.
- Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 – STC 198/2012 – *Matrimonio entre personas del mismo sexo*. Disponible en: <https://www.boe.es>.
- STJUE (Sala Tercera), de 8 de mayo de 2019. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213852&pageIndex=0&doctlang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7555428>.
- STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://ep00.epimg.net/.../26aea35b8c66e-78f3169264b9f90ecbe...>
- TRIBUNAL de JUSTICIA de la UNIÓN EUROPEA. Disponible en: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/).
- DEFENSOR del PUEBLO EUROPEO. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/home>.
- JURISPRUDENCIA del TEDH. Disponible en: [https://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-temáticas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-vida#-Se\\_1288807922455\\_1](https://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-temáticas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-vida#-Se_1288807922455_1).
- MANUALES, fichas y vídeos temáticos sobre los derechos humanos protegidos. Disponible en: <https://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-temáticas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/manuales-fichas-temáticas>.

## Cidadãos de Segunda Categoria

### O Sofrimento Mental nas Decisões do Superior Tribunal de Justiça Sobre as Medidas de Segurança

**Marília De Nardin Budó**

Professora do departamento de direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela UFPR.  
Mestre em Direito pela UFSC. Graduada em Direito e em Jornalismo pela UFSM. mariliadb@yahoo.com.br

**Marina Rocha Bongiorno**

Graduada em Direito pela Imed. Pós-Graduada em Direito Penal pelo Damásio Educacional. Advogada. Membro do grupo de pesquisa Poder, Controle e Dano Social do PPGD da Faculdade Meridional. marina.bongiorno@hotmail.com

#### RESUMO

Apesar da adoção pelo Brasil de uma política desinstitucionalizadora sobre as maneiras de lidar com a saúde mental a partir da Lei 10.216/2001, a legislação penal sobre o tema da inimputabilidade do portador de sofrimento mental não foi alterada. Em razão de mudanças gradativas na orientação da jurisprudência brasileira, contudo, alguns avanços ocorreram, como a edição da Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Este artigo tem por objetivo compreender se a construção dessa súmula e sua posterior aplicação por esse Tribunal representaram uma significativa alteração na representação social do portador de sofrimento mental, bem como dos conceitos de periculosidade e das funções da medida de segurança. Para tanto, após a realização de pesquisa exploratória da bibliografia, apresenta-se os resultados de uma pesquisa documental nos acórdãos do STJ sobre medidas de segurança no período de 2014 a 2016. Conclui-se que, apesar de um avanço no que tange à diminuição da média do tempo de cumprimento da medida de segurança, não houve alteração na terminologia utilizada, na compreensão da periculosidade e da finalidade da medida de segurança. A Lei 10.216/2001, apesar de mencionada pontualmente, aparece somente em casos de flagrante ilegalidade na aplicação da lei penal ou de descumprimento da própria orientação do STJ. O chamado inimputável por sofrimento mental continua a ser considerado um cidadão de segunda categoria: por ser visto como um perigo, não goza plenamente nem dos direitos específicos previstos na lei de reforma psiquiátrica, nem das garantias penais.

**Palavras-chave:** Medidas de segurança. Inimputabilidade. Luta antimanicomial. Periculosidade.

**SECOND CATEGORY CITIZENS: MENTAL SUFFERING IN THE SUPERIOR TRIBUNAL OF JUSTICE DECISIONS ON SAFETY MEASURES**

#### ABSTRACT

Despite of the adoption by Brazil of a deinstitutionalizing policy on the ways to deal with mental health, from Law 10.216/2001, the criminal law on the theme of the incapacity of the mentally ill person has not changed. However, due to gradual changes in the orientation of Brazilian jurisprudence, some advances have occurred, such as the edition of Supreme Court Summary 527. This article aims to understand if the construction of this summary and its subsequent application by this court represented a significant change in the social representation of the carrier of mental suffering, as well as the concepts of dangerousness and the functions of the security measure. In order to do so, after conducting an exploratory research of the bibliography, the results of a documental research in the STJ's judgments on security measures in the period from 2014 to 2016 are presented. It is concluded that, in spite of a progress with regard to the decrease of the average time of compliance with the safety measure, there was no change in the terminology used, in the understanding of the hazard and the purpose of the safety measure. The Law 10.216/2001, although mentioned sometimes, it appears only in cases of flagrant illegality in the application of criminal law or non-compliance with the STJ's own guidance. The so-called criminal irresponsible continues to be considered a second-class citizen: because it is seen as a danger, it does not fully enjoy either the specific rights provided by the psychiatric reform law or the criminal guarantees.

**Keywords:** Security measures. Criminal liability. Anti-sylum movement. Dangerousness.

#### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Culpabilidade e periculosidade: a desumana abordagem penal sobre o sofrimento mental. 3 O paradigma antimanicomial após a súmula 527 do STJ. 3.1 A aferição da periculosidade no discurso do STJ e suas consequências. 3.2 A pena máxima em abstrato como parâmetro: superação ou manutenção do antigo paradigma segregador? 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro dos princípios do Movimento Antimanicomial, por meio da Lei n. 10.216/2001, representa uma das grandes conquistas daquele movimento social. Tendo como espelho e como marco representativo a Lei Italiana 180/1978, conhecida como Lei Basaglia, o Movimento teve início no Brasil entre as décadas de 70 e 80 do século 20. Inicialmente constituído por trabalhadores da área da saúde mental, foi com a adesão de familiares de usuários desses serviços que, mais tarde, o Movimento voltou seu olhar aos usuários dos serviços de saúde mental.

Diante desse histórico, verifica-se uma evolução no que respeita ao enfrentamento das questões relativas às pessoas portadoras de sofrimento mental, suas condições psíquicas, suas necessidades, direitos e diretrizes necessárias em seu benefício. Apesar disso e considerando o contexto histórico de segregação para “purificação” (FOUCAULT, 2005) que permeou por séculos – e ainda deixa vestígios – a questão da loucura, a representação dos “loucos” pela legislação penal brasileira é ainda bastante retrógrada.

Não obstante a concretização das demandas em prol dessa população pela lei de reforma psiquiátrica, não são poucos os autores e operadores do Direito que vêm denunciando a inalteração do tratamento conferido aos inimputáveis<sup>1</sup> pela legislação penal e pela prática de sua aplicação. Em razão de mudanças gradativas na orientação da jurisprudência brasileira, contudo, alguns avanços ocorreram, como a edição da Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça que prevê o limite de cumprimento da medida de segurança correspondente ao máximo da pena cominada em abstrato ao crime.

Diante dessa tendência, este artigo tem por objetivo compreender se a construção dessa súmula e sua posterior aplicação por esse Tribunal representaram uma significativa alteração na representação social do portador de sofrimento mental, bem como dos conceitos de periculosidade e das funções da medida de segurança. Para o exame dessa questão inicialmente será realizada pesquisa exploratória da bibliografia sobre as normas que se aplicam à pena em comparação àquelas aplicadas à medida de segurança, bem como sobre os limites entre o Direito e a Psiquiatria, entre a culpabilidade e a periculosidade na definição sobre a imputabilidade do agente. Em seguida, apresenta-se os resultados de uma pesquisa documental nos acórdãos do STJ sobre medidas de segurança no período de 2014 a 2016. Nessa pesquisa documental serão abordados dois aspectos em especial: a apropriação do discurso antimanicomial pelo Tribunal e suas consequências teóricas no que diz respeito à representação social do inimputável, do tratamento conferido à questão da periculosidade e da finalidade das medidas de segurança; e práticas, quanto à aplicação ou não dos princípios da Lei 10.216/2001, por um lado, e penais, de outro.

<sup>1</sup> O conceito de inimputabilidade é definido pelo artigo 26 do Código Penal e, segundo esse dispositivo, é isento de pena o agente de crime que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possui capacidade de entender ou de se determinar diante do caráter ilícito da ação ou omissão cometida. Uma vez que os inimputáveis são isentos de pena, a imposição da medida de segurança é vinculada a uma sentença absolutória imprópria e remete à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou ao tratamento ambulatorial, conforme dispõe o artigo 96, incisos I e II, do Código Penal.

## 2 CULPABILIDADE E PERICULOSIDADE: A DESUMANA ABORDAGEM PENAL SOBRE O SOFRIMENTO MENTAL

O Código Penal Brasileiro reserva poucos de seus dispositivos para definições a respeito da medida de segurança. Traz, em seu Título VI – Das Medidas de Segurança – quatro artigos que dispõem sobre as espécies de medidas de segurança, da imposição da medida de segurança para o inimputável, do prazo da internação, da perícia médica, da desinternação ou liberação condicional, da substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável, e dos direitos do internado (BRASIL, 2012). Além disso, define o inimputável por “doença mental” no artigo 26. Apesar de a legislação penal ter estruturado vários institutos da pena, que figuram como mecanismos desencarceradores diante da finalidade de reintegração social prevista na Lei de Execução Penal (LEP), como as circunstâncias atenuantes, o regime progressivo, etc., para a medida de segurança restaram poucas previsões.

Conforme explicam Pavarini e Giamberardino (2012, p. 125-126), o Código Penal Brasileiro de 1940 reproduziu os termos adotados pelo legislador italiano em 1930 no que se refere à aproximação entre penas e medidas de segurança, sendo as primeiras cominadas porque “justas” e destinadas ao delinquente responsável, e as segundas, de natureza pessoal, impostas por serem “úteis”, conforme finalidades de prevenção especial, tanto de neutralização como de ressocialização dos sujeitos tidos como perigosos.

Com a reforma de 1984, o sistema passou a ser dualista *alternativo* ou *vicariante*. Esse sistema caracteriza-se pela alternatividade, e não pela cumulatividade, sendo a pena aplicada aos imputáveis, com fundamento na culpabilidade, e a medida de segurança aplicada aos semi ou inimputáveis, com fundamento na periculosidade, inexistindo, portanto, a possibilidade de serem aplicadas, a um mesmo sujeito, por um mesmo fato, pena e medida de segurança (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2012, p. 125-126).

Na legislação penal, porém, restou ausente a manifestação sobre um ponto crucial dentro da medida de segurança: o limite máximo de seu tempo de duração. O §1º do artigo 97 do Código Penal abre espaço para diferentes interpretações ao estabelecer apenas o prazo mínimo para a duração da internação manicomial e consolidar que esta será por tempo indeterminado (BRASIL, 2012).

Sobre a internação por prazo indeterminado, hoje já está consolidado o entendimento, tanto na literatura especializada como nos julgados por todo o país, que ela seria inconstitucional. Como argumenta Nucci (2012, p. 562), a ausência de limite máximo violaria o preceito da vedação de penas de caráter perpétuo. Sendo a medida de segurança uma forma de sanção penal muitas vezes mais grave do que a pena atribuída ao inimputável (QUEIROZ, 2014, p. 523), e cuja finalidade de tratamento se mostrou historicamente falsa, como bem demonstra a criminologia crítica (CARVALHO, 2013, p. 508), deveria o inimputável ser beneficiado por todas as limitações existentes na aplicação tradicional das penas. Segundo Carvalho (2013, p. 515), deveria o juiz realizar a dosimetria da pena, de maneira a limitar a medida ao máximo da pena aplicada em concreto.

A jurisprudência já vem consolidando este entendimento, divergindo, porém, em qual seria o limite. Enquanto inicialmente o STF se pronunciava a respeito definindo os 30 anos, pena máxima prevista no Brasil, hoje já se consolidou no STJ a regra de o limite ser dado pelo

máximo da pena em abstrato cominada ao ato praticado pelo inimputável (BRASIL, 2015a). Tal interpretação conduziria ao respeito ao princípio da isonomia, de maneira que o inimputável não estivesse sendo punido de maneira mais grave que o imputável.

Outra adversidade encontrada no estudo da legislação penal diz respeito aos critérios para atribuição de culpabilidade ao agente imputável, e de periculosidade àquele inimputável. Como explicita Santos (2008, p. 25), a natureza da atribuição de culpabilidade e de periculosidade aos agentes possuem fundamentos diferentes, de acordo com o discurso oficial da teoria jurídica das medidas de segurança:

*O princípio da culpabilidade* proíbe punir pessoas *inimputáveis* porque são incapazes de reconhecer a norma, mas não proíbe a aplicação de *medidas de segurança* fundadas na periculosidade criminal de autores inimputáveis de fatos puníveis: a relação *culpabilidade/pena* possui natureza subjetiva, mas a relação *periculosidade criminal/medida de segurança* possui natureza objetiva de proteção do autor (terapia) e da sociedade (neutralização) [...] (SANTOS, 2008, p. 25).

Essa ponderação reflete a finalidade real da internação manicomial, que é, para além da proteção, tratamento, e recuperação do indivíduo que se encontra sob a tutela do Estado (finalidade *declarada* da internação), a exclusão seletiva e, consequentemente, estigmatização do sujeito “anormal”.

O problema, contudo, desse caráter de livre-arbítrio que fundamentaria a culpabilidade e, portanto, uma imposição de pena ao sujeito, é que ele é indemonstrável, com numerosos autores buscando rechaçá-la para buscar critérios de imputação mais racionais, apropriados e exatos (ROXIN, 2007). Por outro lado, também o determinismo positivista é indemonstrável, e tal dicotomia deve ser superada na busca por outra definição ou a substituição de tal conceito por outro (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999).

Daí a crítica de que o princípio de culpabilidade deve servir como limitação da pena para garantir a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, ao contrário de fundamentar a pena e legitimar o poder do Estado contra o indivíduo (SANTOS, 2008). Nesse sentido, “a culpabilidade nunca exige uma pena; somente sua ausência exclui a pena e sua magnitude determina a fronteira máxima da pena” (SANTOS, 2008, p. 288). Busca-se, com isso, fugir da culpabilidade pela conduta de vida, enfocando-a na “[...] capacidade de motivação do agente para o fato por ele realizado, em face dos apelos normativos da ordem jurídica aos quais tivera acesso” (TAVARES, 2011, p. 127).<sup>2</sup> Além disso, tal perspectiva conduz o juízo de culpabilidade a uma vinculação às funções declaradas da pena, defendida, por exemplo, por Roxin (2007): daí a sua associação com a determinação da responsabilidade com base na necessidade da pena.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Desse ponto decorrem as causas suprategais de exclusão da culpabilidade de que trata Santos (2008): o fato de consciência, a desobediência civil, o conflito de deveres etc. Também entra aí a questão dos limites do erro de proibição que, segundo o autor, “[...] em sociedades com elevadas taxas de exclusão do mercado de trabalho e do sistema escolar – ou seja, marcadas pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira –, a frequência do erro de proibição e a imprecisão dos critérios de evitabilidade/inevitabilidade respectiva reclama atitudes democráticas na sua avaliação: bitola larga para a *inevitabilidade*, bitola estreita para a *evitabilidade* do erro de proibição”. Ainda, a abordagem de Zaffaroni e Pierangeli (2008) a respeito da ampliação dos limites do erro de proibição em razão da não introjeção da norma, o que, em sociedades multiculturais é uma realidade que não pode deixar de ser tida em consideração pelo jurista.

<sup>3</sup> Para Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1999, p. 329), a percepção de Roxin de que a culpabilidade deve ser fundada na finalidade da pena é um evidente salto lógico, pois “[...] os fins da pena não podem substituir seus pressupostos”.

Em seu conceito normativo, é amplamente aceita na doutrina brasileira a definição de culpabilidade como reprovabilidade, construída por Frank (2002) em 1907. O juízo de reprovação é possibilitado mediante a análise de três categorias: a imputabilidade, entendida como “condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a *saber o que faz*”; a consciência da antijuridicidade, “como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável *saber, realmente, o que faz*”, e a exigibilidade de conduta diversa, “como expressão de normalidade das circunstâncias de fato e indicação de que o autor *tinha o poder de não fazer o que fez*”<sup>4</sup> (SANTOS, 2008, p. 281-282).

Apesar de essa ideia de culpabilidade como reprovabilidade, teorizada há mais de cem anos, ser aceita pela maior parte dos juristas brasileiros, tal definição é duramente posta em xeque por Batista (2011). Para o autor, a reprovação somente é possível se baseada em um juízo moral, que torna necessária a adoção de uma determinada ordem de valores como sendo superior às demais. No Estado de Direito, contudo, em que a Constituição incorpora o princípio da autonomia moral da pessoa, o juiz não tem o direito de censurar ou repreender o condenado, o que seria uma concessão a preconceitos morais e religiosos inadmissíveis no Direito Penal (BATISTA, 2011). Trata-se de uma execração moral dos condenados, perpetrada por juízes e outros agentes do sistema penal, além da própria mídia. Em sua opinião, “talvez tenhamos que renunciar, definitivamente, ao conceito de culpabilidade, tão central na civilização judaico-cristã ocidental para tentar salvar, de toda contaminação moral [...] o conceito moderno de responsabilidade” (2011, p. 178).

A superação do conceito de culpabilidade também é proposta por Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1999, p. 340), para quem não se pode julgar os sujeitos de forma valorativa, que leve em consideração valores absolutos ou de verdade absoluta, o que vai de encontro aos princípios de uma sociedade pluralista e democrática. “Culpabilidadé é responsabilidadé, não é uma reprovação, nem a abordagem de que se podía agir de outra maneira; tampoco se trata de chegar à conclusión de que é um ser determinado e, portanto, sem consciéncia, um animal, um simples proceso natural”.<sup>5</sup> Diante dessa definição de culpabilidade, Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1999, p. 336) irão concordar que a responsabilidade do sujeito implica três condições: a imputabilidade, ou exigibilidade sistêmica, a exigibilidade da consciéncia do injusto e a exigibilidade da conduta. Assim, a inimputabilidade implica inexigibilidade ao autor por parte do sistema (p. 342).

<sup>4</sup> Para uma análise de diferentes definições materiais do conceito normativo de culpabilidade, cf. Santos (2008, p. 287-294). Destaca-se a percepção de Santos, para quem a culpabilidade está assentada na alteridade, e não na presunção de liberdade. Pelo fato de viver em sociedade, o homem é responsável por suas ações perante o outro. Para uma leitura diferenciada a respeito da culpabilidade, com base, sobretudo, em Foucault e Freud, cf. Santos (2008).

<sup>5</sup> Tradução livre do original em espanhol: “Culpabilidadé es responsabilidad, no es un reproche, ni el planteamiento de que se podía actuar de otra manera; tampoco se trata de llegar a la conclusión de que es un ser determinado y, por tanto, sin conciencia, un animal, un simple proceso natural. Responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella” (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 333). Ainda, na continuação da definição de responsabilidadé, Bustos a identifica com a exigibilidade por parte do Estado: “El término responsabilidad se aviene más con el principio de la autonomía ética de la persona. Toda persona por el sólo hecho de serlo es autónoma y responsable de sus respuestas dentro del sistema. El problema es en qué medida el Estado puede exigirle una determinada respuesta a una persona determinada en una situación concreta. En definitiva, mejor que culpabilidad, *responsabilidad es igual a exigibilidad*. La responsabilidad del sujeto implica tres condiciones: la exigibilidad sistémica o imputabilidad; la exigibilidad de la conciencia del injusto; la exigibilidad de la conducta” (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 336).

A categoria dos inimputáveis surge como forma de limitar a punição estatal àqueles que tiveram condições de, na prática de sua conduta, entender o caráter ilícito do fato e se autodeterminar de acordo com esse entendimento. Por isso, no artigo 26 do Código Penal, os doentes mentais são considerados inimputáveis e, portanto, irresponsáveis penalmente, pois “*para que se possa reprovar uma conduta a seu autor, é necessário que ele tenha agido com um certo grau de capacidade, que lhe haja permitido dispor de um âmbito de autodeterminação*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 535, grifos no original).<sup>6</sup>

Como notam Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1999, p. 362, tradução livre), “a declaração de inimputabilidade implica em estabelecer maiores garantias ao sujeito, não diminuí-las”. Na prática, porém, os direitos e garantias passam a ser deixados de lado na medida em que o acusado é declarado inimputável. Essa dificuldade em compatibilizar garantias e direito penal de autor reflete o seu caráter intrinsecamente autoritário: “O fundamento do castigo no direito penal de autor é o próprio autor e as valorações abstratas que se possa fazer sobre esse autor. Assim, será castigado porque é perigoso, ou é traidor, ou imoral, de uma etnia diferente, etc.” (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 312, tradução livre).

E é nesse direito penal de autor que reside a medida de segurança por tempo indeterminado. Para Pavarini e Giamberardino (2012, p. 144), “O pressuposto da periculosidade social ou criminal é de natureza subjetiva, como é evidente, sempre vinculado a prognósticos sobre o comportamento do indivíduo. Tratar-se-á sempre de uma *presunção*, que historicamente e atualmente se manifesta nas formas *legal* ou *judicial*”. Por ter caráter subjetivo, associado ao comportamento humano, há autores e autoras que não reconhecem o conceito de periculosidade como elemento essencial para se determinar ou não a internação, sobretudo baseados em seu caráter preditivo do futuro a partir do conhecimento da personalidade de um autor no passado. É o que defendem Pavarini e Giamberardino (2012, p. 145): “a denominada ‘prognose criminal’ nada tem de científica, mas se rege unicamente pela capacidade intuitiva do juiz, carregando toda a arbitrariedade que isso pode determinar (e objetivamente determina)”.

Em virtude da atribuição de periculosidade ao agente inimputável, este depende de perícias médicas durante o período de internação para que se ateste a cessação dessa condição e se torne possível sua saída do hospital de custódia. Nessa fase de institucionalização entram em cena os saberes técnicos, que têm o poder de decidir sobre a cessação ou não da medida. Ao juiz fica reservada a atribuição de extrair as consequências jurídicas dos laudos psiquiátricos, definindo a libertação ou a manutenção da privação da liberdade. Como observa Foucault, isso faz com que a sentença que parte dessas perícias “[...] implique mais ou menos obscuramente em juízos de normalidade, atribuições de causalidade, apreciações de eventuais mudanças, previsões sobre o futuro dos delinquentes” (FOUCAULT, 2009).

<sup>6</sup> Para Zaffaroni *et al.* (2010, p. 65), a culpabilidade de ato, medida pelos critérios da imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa tem a função de apresentar o limite do poder punitivo. Após essa análise, porém, é necessário identificar um outro dado a determinar a culpabilidade: a vulnerabilidade. Nessa perspectiva, dada a arbitrariedade seletividade criminalizante, que “privilegia” alguns com a sanção criminal mais do que outros, é necessário observar que dadas as características do autor, o esforço que ele realizará para ser controlado pelo sistema será menor ou maior conforme o seu afastamento ou proximidade ao poder. Assim sendo, quanto mais vulnerável é o autor de uma conduta, menor é a sua culpabilidade, dado que menor esforço precisa ser feito para que seja surpreendido pelo sistema de controle penal.

Declarar a periculosidade de uma pessoa possui, então, um caráter constitutivo que determinará dali em diante tudo o que se saberá e decidirá sobre ela dali em diante. A noção de “sujeito perigoso” é o resultado de uma evolução da inserção da Psiquiatria no Direito, que, no estudo de Foucault (2004), se inicia no século 19 com a patologização do crime, especialmente a partir da criação da “monomania homicida”.<sup>7</sup> A partir desse momento, a Psiquiatria ganha espaço, atribuindo ao tratamento da loucura um caráter de defesa social, e a própria pena vai assumir esse caráter de ingerência estatal no indivíduo em razão do risco potencial de voltar a praticar crimes. A principal consequência da inserção do periculosismo no Direito Penal é a transformação da ideia de responsabilidade, por um lado, e a mudança no sistema de Justiça, que “tende a se exercer sobre aquilo que se é” (FOUCAULT, 2004, p. 24).

No entendimento de Foucault, a “norma”, entendida como regra de conduta, como lei informal, como princípio de conformidade; a norma a que se opõe à irregularidade, à desordem, à esquisitice, à excentricidade, ao desnívelamento, à discrepancia, é introduzida pela Psiquiatria no campo sintomatológico, em fins do século 19 e início do século 20. Daí que a Psiquiatria será essencialmente a ciência e a técnica dos anormais, dos indivíduos anormais e das condutas anormais. “O que acarreta evidentemente, como primeira consequência, que o encontro crime-loucura não será mais, para a psiquiatria, um caso-limite, mas o caso regular” (FOUCAULT, 2010, p. 139).

Um ponto interessante dessa análise de Foucault é aquele que mostra a inversão violenta das consequências jurídicas do crime na medida em que se aproximam o criminoso e o anormal: se a sanção imposta ao criminoso, desde uma perspectiva clássica, é limitada à sua responsabilidade pelos danos causados, ou seja, vinculada ao fato, a sanção imposta ao anormal é ilimitada, pois diz com a sua biografia, e é vinculada ao autor. Trata-se, assim, da transformação da maneira como a loucura evoluiu na prática penal (FOUCAULT, 2009). O autor demonstra que o Código Penal francês de 1810 – e podemos afirmar o mesmo dos códigos de 1830<sup>8</sup> e de 1890<sup>9</sup> no Brasil – previa que não haveria crime se o autor estivesse em estado de demência no instante do ato. Assim, a culpa jamais poderia ser atribuída ao louco, e tampouco uma sanção. Não foi esse, porém, o caminho seguido pelo Direito: “em vez de a loucura apagar o crime, no sentido primitivo do artigo 64, qualquer crime agora e, em última análise, qualquer infração, incluem como uma suspeita legítima, mas também como um direito que

<sup>7</sup> A Psiquiatria teve o papel de formular a existência do instinto criminal dos criminosos, chegando a forjá-la como categoria nosográfica – a monomania homicida, por exemplo – de modo a legitimar cientificamente a relação entre crime, anormalidade e perigo, sobretudo nos casos dos chamados “monstros”, que praticam os crimes sem razão. “Em suma, foi preciso que a Psiquiatria, para funcionar como eu lhes dizia [como ramo da higiene pública], estabelecesse a pertinência essencial e fundamental da loucura ao crime e do crime à loucura” (FOUCAULT, 2010, p. 102).

<sup>8</sup> “Art. 27. Não são criminosos: [...] § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime; Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico” (BRASIL, 1890).

<sup>9</sup> “Art. 10. Tambem não se julgarão criminosos: [...] 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. [...]. Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente” (BRASIL, 1830).

podem reivindicar, a hipótese da loucura ou em todo caso da anomalia" (FOUCAULT, 2009, p. 24). E ao se detectar a loucura, a sanção imposta – pelo menos no caso brasileiro – vem a ser mais gravosa do que quando ela não é detectada.

Birman (2011, p. 87) explica que a união entre os saberes jurídico e psiquiátrico resultou no deslocamento da problemática penal do registro do crime para o registro do criminoso. Com isso, a questão da responsabilidade foi colocada em primeiro plano. O autor resume, acerca dessa constatação, que

(...) o que passou a estar em pauta na cena criminal foi o fato de que o sujeito poderia ser considerado responsável mesmo que não tivesse cometido qualquer *falta*, em decorrência do risco e do perigo que passaria a implicar para a ordem social. O que passou a ser avaliado na cena criminal é quem o sujeito é, para o julgamento efetivo de seu delito. Pela mediação disso que o risco e a periculosidade sociais seriam avaliados na cena criminal, sempre em nome da defesa social. Enfim, as teses da antropologia criminal e da defesa social se impuseram no campo do direito penal.

Verifica-se, portanto, que os critérios de culpabilidade e periculosidade encontram-se em crise, vez que mesmo o primeiro, utilizado nos casos penais que envolvem imputáveis, é produzido com base em elementos instáveis, podendo, inclusive, carregar preconceitos, estereótipos e juízos negativos pré-constituídos.

Ao serem depositados em manicômios, os inimputáveis são abandonados à própria sorte, não se atribuindo a eles diversos institutos cabíveis à pena e, portanto, ao condenado culpável. Carvalho e Weigert (2013, p. 74-75) interpretam que:

No âmbito do direito penal material, o status da inimputabilidade obstaculiza a incidência de uma série de causas de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e princípio da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido), da própria culpabilidade (coação moral irresistível, erro de proibição inevitável, inexigibilidade de conduta diversa) e da punibilidade (prescrição). Na órbita processual são afastados inúmeros institutos despenalizadores (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo). Na esfera da execução da medida de segurança são excluídos inúmeros direitos assegurados aos presos (remição, detração, progressão de regime, livramento condicional).

Ainda, no que respeita à anteriormente mencionada privação (ao inimputável) de direitos previstos para os presos, Carvalho e Weigert (2013, p. 75) asseveram que se a condição de inimputabilidade gera um *status* jurídico privilegiado, não se justifica que ao inimputável não sejam assegurados todos os direitos materiais e as garantias processuais que são asseguradas ao réu ou ao condenado imputável. Da distinção teórica entre culpabilidade e periculosidade – provenientes de duas tradições criminológicas que se distanciam para se encontrarem (BARATTA, 2002) – nascem as iniquidades referidas anteriormente.

O reconhecimento de que alguém é portador de sofrimento psíquico, porém, ao invés de retirar direitos, deveria ter como consequência a sua ampliação. A Lei n.º 10.216/2001 vem justamente fazer isso: elencar os direitos da pessoa portadora de transtorno mental (ar-

tigo 2º, § único),<sup>10</sup> responsabilizar o Estado no que se refere à assistência aos pacientes internados (artigo 3º), direcionar as diferentes modalidades de internação, sempre como *ultima ratio* (artigo 4º).

A Lei visa, em linhas gerais, à adoção de medidas que garantam os direitos do paciente em tratamento e que esse tratamento não seja apenas médico, mas sim que compreenda a assistência social, serviços psicológicos, ocupacionais, de lazer, entre outros (BRASIL, 2001, artigo 4º, §2º). Diante desses postulados, tem-se que ela é a concretização, em âmbito nacional, das demandas do movimento antimanicomial e, por esse motivo, é tão relevante na área da saúde mental.

Queiroz (2014, p. 527-528) destaca que a referida lei é plenamente aplicável às medidas de segurança, tipo de internação denominada “internação compulsória”, o que deve levar necessariamente a uma releitura da legislação penal, sendo a principal modificação a sua finalidade preventiva especial. A internação não propicia por si só a reinserção social, o objetivo da intervenção estatal deve ser o de tê-la como *finalidade permanente* do tratamento do paciente em seu meio (artigo 4º, §1º). Assim sendo, toda e qualquer disposição que tiver subjacente a ideia de castigo será revogada.

O sistema denominado “*open door*”, defendido por este paradigma, implica necessariamente a passagem do portador de sofrimento mental da condição de objeto de intervenção estatal para a de sujeito ativo nas definições sobre seu futuro. A representação social do inimputável por sofrimento psíquico não é o do completamente alienado, é o que pretende garantir a sua responsabilização por seus atos passados (crime), por seu tratamento e, inclusive, pelo seu futuro (CARVALHO; WEIGERT, 2013).

Assim, a internação deve ter caráter excepcional também em caso de medida de segurança, considerando que a lei abarca esse tipo de internação. Nesse sentido, a lei prioriza o emprego de recursos extra-hospitalares, conforme se conclui da leitura do artigo 4º: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (BRASIL, 2001).

Mesmo com a consolidação dos postulados defendidos pelo Movimento Antimanicomial por meio da legislação supramencionada, essa pretensão do movimento de transformar condições e representações acerca da loucura com o fim de atingir uma sociedade sem maníacos encontra diversos entraves em seu percurso. Um dos pontos de partida para a modificação de percepções acerca da loucura e do “louco” encontra-se na reforma da linguagem, no que se refere às maneiras de abordagem ao sujeito portador de distúrbio psíquico. A nomenclatura habitualmente utilizada para se referir a esse sujeito – “louco”, “doente mental” – carrega uma carga de crítica, classificação e, logo, de estigmatização, e a importância do enfrentamento a essa linguagem é visualizada a partir dessa percepção.

<sup>10</sup> São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

### 3 O PARADIGMA ANTIMANICOMIAL APÓS A SÚMULA 527 DO STJ

O juízo de periculosidade e as consequências da rotulação de pessoas como perigosas têm como consequência, na prática, a sua destituição da posição de sujeito de direitos, alcançando-as àquela de risco à sociedade. No embate entre os discursos de defesa da sociedade com os de crítica antimanicomial da medida de segurança, várias inconsistências jurídicas acabam aparecendo.

Se a definição acerca da manutenção ou revogação da medida de internação manicomial depende do saber médico, de que forma o juiz, no caso concreto, se apropria do discurso médico? Qual é a forma de aplicação, pelo juiz, das avaliações psiquiátricas do inimputável mental? Por outro lado, qual é o preparo que tem hoje o Judiciário para lidar com os avanços no campo psiquiátrico, sobretudo em relação à utilização da privação da liberdade como *ultima ratio*?

Apesar de vários terem sido os autores a apontarem o despreparo do Judiciário no que tange à mudança de paradigma trazida pela luta antimanicomial, ocorreu uma mudança gradativa na jurisprudência do STJ, aparentemente reconhecendo os erros de segregação perpétua do passado. Essa mudança foi contemplada na Súmula 527, que define como prazo limite da medida de segurança aquele estabelecido como máximo da pena em abstrato cominado ao delito. Questiona-se, então: A construção e posterior aplicação da Súmula 527 do STJ representaram uma significativa alteração na representação social do portador de sofrimento mental, bem como dos conceitos de periculosidade e das funções da medida de segurança?

Para responder ao questionamento, a seguir apresenta-se os resultados de uma pesquisa documental em toda a jurisprudência do STJ, nos anos 2014, 2015 e 2016. Para a obtenção dos julgados foi utilizada como termo de pesquisa no *site* do Superior Tribunal de Justiça a expressão “medida de segurança”. Com essa amplitude de busca foi possível atingir as representações sobre a medida de segurança e a periculosidade que culminaram com a limitação, pelo STJ, do prazo máximo da medida de internação ao máximo da pena em abstrato do crime pelo qual o inimputável foi julgado.<sup>11</sup> Foram 80 os julgados encontrados, os quais foram classificados e alguns selecionados para a pesquisa qualitativa.

Conforme será abordado, o entendimento sumulado já era aplicado no período anterior à publicação da Súmula pelo STJ, que seguiu os parâmetros dispostos pelo Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Esse entendimento é, em tese, mais benéfico àqueles que são submetidos ao cumprimento de medida de segurança, pois com a imposição de limites para a duração dessa espécie de sanção penal tem-se respaldo jurídico para não permitir que a medida tenha caráter perpétuo. Além disso, essa Súmula traz a possibilidade de redução da média de tempo de institucionalização, visto que antes aplicava-se, por analogia, o artigo 75 do Código Penal, que impunha o prazo máximo de 30 anos, independentemente do crime pelo qual o internado havia sido julgado.

<sup>11</sup> A Súmula 527, publicada em maio de 2015, estabelece que o limite máximo para cumprimento da medida de segurança será o máximo de tempo cominado ao crime em abstrato. Eis os termos da referida Súmula, que consolida o entendimento do STJ sobre a medida de segurança: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado” (BRASIL, 2015a).

### 3.1 A aferição da periculosidade no discurso do STJ e suas consequências

Neste item apresenta-se a construção da noção de periculosidade pelo STJ a partir da finalidade da medida de segurança e sua distinção em relação à pena.

#### a) Medida de segurança não se confunde com pena: a finalidade

São numerosos os julgados de *habeas corpus* nos quais o paciente, declarado inimputável e absolvido impropriamente, está internado em presídio comum por ausência de vagas em hospital de custódia. Nos 20 casos encontrados, o STJ foi unânime em contrariar as decisões dos Tribunais estaduais<sup>12</sup> para conceder a ordem de *habeas corpus* e determinar a imediata transferência do internado a hospital de custódia, ou, em caso de ausência de vagas, a tratamento ambulatorial. Isso porque “[...] a manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas” (BRASIL, 2014a). Dessa forma, o STJ se posiciona-se pacificamente “no sentido de ser inadmissível a segregação em penitenciária, de inimputável submetido à medida de segurança de internação enquanto aguarda o surgimento de vaga em hospital de custódia” (BRASIL, 2014b). O entendimento passa a ser então o de que em caso de inexistência de vagas, deve haver a substituição da medida aplicada por tratamento ambulatorial (BRASIL, 2014c).

Dessas decisões, contudo, o interessante para esta pesquisa é a definição que faz o STJ a respeito da medida de segurança e sua diferenciação em relação ao que é a pena. Isso levou à criação da categoria a seguir:

##### a.1) Finalidade da medida de segurança: tratamento e cura

Em todas as 20 decisões sobre a inadmissibilidade de inimputáveis permanecerem em prisões comuns enquanto aguardam vagas em hospitais de custódia, uma frase sobressai: “A medida de segurança não se confunde, em absoluto, com a pena” (BRASIL, 2014d). Enquanto várias delas apenas anunciam os precedentes, outros se detêm mais no esclarecimento dessa distinção. No voto anteriormente citado, a principal distinção é dada pela finalidade: “oportuno relembrar a finalidade da medida de segurança, destinada ao tratamento e cura daquele que praticou um fato típico e ilícito” (BRASIL, 2014d). O pressuposto da cura é a doença, no caso, o sofrimento psíquico que, traduzido pela periculosidade, chama a necessidade da intervenção estatal. Para tanto é necessário um estabelecimento adequado: “tanto o Código Penal como a Lei de Execução Penal garantem que, ao sentenciado inimputável, será aplicada medida curativa, a ser cumprida em instituição apropriada” (BRASIL, 2014d). Daí o entendimento de que, sem tratamento – o que ocorre nas prisões comuns – a medida não cumpre com a finalidade, havendo “flagrante ilegalidade”.

Além da finalidade de cura, da necessidade de tratamento e de um estabelecimento adequado, esse voto, tomado como exemplificativo, ainda traz uma referência fundamental: a manutenção do paciente em prisão comum indica a existência de um constrangimento ilegal, reconhecendo a violação de seus direitos específicos, previstos na lei da reforma psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001). O voto ainda transcreve a íntegra do artigo 2º da referida Lei. O

<sup>12</sup> São Paulo (16), Rio Grande do Sul (1), Tocantins (1), Minas Gerais (1), Distrito Federal (1).

reconhecimento da aplicabilidade dessa lei às pessoas submetidas à medida de segurança é rara, conforme se verá a seguir, e mostra um avanço na jurisprudência do Tribunal. Em outra decisão, além da referência à Lei e à necessidade de sua aplicação na medida de segurança, o relator ainda afirma que:

Na mesma esteira, ao dispor acerca das diretrizes em atenção aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança, a Recomendação n. 35/2011-CNJ adota clara preferência “à política antimanicomial, sempre que possível, em meio aberto” (item I), com a ressalva de que em caso de internação, “ela deve ocorrer na rede de saúde pública ou conveniada, com acompanhamento do programa especializado de atenção ao paciente judiciário, com observância das orientações previstas nesta recomendação” (item III) (BRASIL, 2014e).

No caso julgado antes exposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo havia decidido pela manutenção da prisão do paciente, que já se encontrava nessa condição há mais de três anos sem qualquer tipo de tratamento (BRASIL, 2014e). Nesse julgamento, o Tribunal de Origem entendeu que, apesar da situação irregular em que se encontrava o paciente, sua imediata colocação em liberdade traria sérios riscos ao meio social, diante do grau de sua periculosidade. Assim, o Tribunal invocou o princípio do *in dubio pro societate*, fazendo esse prevalecer em detrimento aos direitos da pessoa portadora de transtorno mental. A ilegalidade dessa decisão foi apontada pelo Relator do STJ, sem qualquer menção à periculosidade do paciente ou mesmo a laudos periciais (BRASIL, 2014e).

Em nenhum momento, porém, é colocada em questão a própria definição da doença mental, do tratamento e da cura de que fala o magistrado. A reinserção social, que é a finalidade de qualquer internação psiquiátrica após a reforma simplesmente não aparece no discurso do ministro que, pelo menos, citou a referida lei (QUEIROZ, 2014).

Em outro caso, agora relacionado à possibilidade de aplicação de tratamento ambulatorial ao internado por fato previsto com pena de reclusão no Código Penal, contrariando o artigo 97 do mesmo Código, o ministro também refere-se à reforma psiquiátrica e à liberdade de ir e vir como regra: “[...] não se pode ignorar que, há tempos, iniciativas como o “Luta Antimanicomial” – inspiradora, no Brasil, da Lei Paulo Delgado, Lei n. 12.016/2001 – buscam a reforma do atual cenário psiquiátrico e que a realidade brasileira reclama outras alternativas de melhor e mais eficaz recuperação do enfermo”. Esse entendimento, também minoritário, mesmo dentro do STJ, está em consonância com toda a tendência mundial de desmanicomialização, e na contramão das políticas brasileiras ligadas à medida de segurança. Novamente, porém, apesar de referir a Lei, não cita sua principal consequência: a necessidade de reinserção social depende da desinstitucionalização, em primeiro lugar.

Nota-se, então, que a representação social da pessoa com sofrimento mental segue sendo aquela do inimputável, o lugar do irresponsável, objeto de intervenção estatal. Além disso a invocação da reforma psiquiátrica somente ocorreu em casos em que: a) houve a prisão em presídio comum; b) as condutas eram insignificantes; c) não há laudos psiquiátricos afirmindo a periculosidade; d) ou houve excesso de prazo em relação à pena e abstrato cominada ao delito. A seguir, verifica-se em que casos a periculosidade é avaliada na relação com a finalidade de defesa da sociedade, de modo a comparar as duas categorias.

*a.2) Finalidade da medida de segurança: defesa da sociedade diante da periculosidade do agente*

Apesar de o entendimento do STJ ser pacífico em relação à inadmissibilidade da prisão do inimputável em presídio comum pela falta de vagas em estabelecimento adequado, a justificativa quanto à finalidade da medida de segurança diverge. Em outra decisão sobre a mesma temática, o ministro relator concorda nos argumentos com a decisão *a quo* do Tribunal de Justiça de São Paulo, para: definir a periculosidade a partir da gravidade dos fatos atribuídos ao paciente; afastar a aplicação da Lei 10.216/2001; definir a finalidade da medida como proteção da sociedade (BRASIL, 2014f):

Conforme bem salientado pelo Ministério Público, em que pese a Lei nº. 10.216/2001 ser destinada àqueles que sofrem perturbações de ordem mental de um modo geral, é omisso acerca daqueles que praticaram crimes graves em virtude desses transtornos e foram submetidos à medida de segurança. Ademais, o reeducando foi sentenciado por crime sexual, lesão corporal e resistência, não podendo, desta forma, permanecer em um leito comum de hospital geral sem qualquer contenção, pondo em risco outros pacientes do local. Assim, conclui-se que as disposições contidas na Lei 10.216/2001 são incompatíveis com o instituto da medida de segurança (...) (BRASIL, 2014f).

Destaca que a periculosidade do agente estava demonstrada em virtude da prática de diversos delitos, incluindo furto qualificado, estupro e incêndio, concluindo-se que, por isso, a concessão da liberdade pleiteada seria temerária (BRASIL, 2014f). No conflito entre o interesse público, privilegiado no juízo *a quo*, e os direitos da pessoa com sofrimento mental, o relator pondera

(...) Consustanciada a necessidade de custódia do paciente a bem da ordem pública, evidenciada pela sua periculosidade, não é razoável reconhecer o pleito formulado, colocando o paciente em liberdade até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado. Entretanto, não se pode negar que a sua permanência em presídio é medida que afronta os princípios constitucionais relacionados à dignidade da pessoa humana e à legalidade, razão pela qual concedo a ordem, de ofício, para determinar a imediata transferência do paciente para Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, e, na falta de vaga, observando as cautelas devidas, considere o Juízo das Execuções a possibilidade de substituição da internação por tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado à sua condição (...) (BRASIL, 2014f).

Esse último caso evidencia a definição, pelo STJ, da periculosidade baseada exclusivamente na gravidade dos delitos praticados, os quais indicariam uma prognose negativa, sem menção a qualquer laudo pericial. Apesar do acolhimento do discurso referente à periculosidade e à defesa da sociedade, mesmo que em decorrência da gravidade do delito, o STJ não permitiu que o paciente permanecesse em estabelecimento prisional comum.

Em poucos casos há análise de laudos psiquiátricos, de modo que a questão da periculosidade aparece de maneira secundária, porém nos casos em que ela aparece percebe-se a preponderância da atribuição da periculosidade em razão: a) dos antecedentes criminais; b) da gravidade do fato; c) de laudos psiquiátricos o atestando.

Em alguns deles há o conflito entre dois ou mais desses critérios. No caso do HC 230.842 – SP, o laudo psiquiátrico indica a necessidade de tratamento ambulatorial com medicamentos pelo período de dois anos. Não obstante o laudo, o tribunal *a quo* decidiu pela internação em ra-

zão de o crime ser tráfico de drogas, punido com reclusão. Por outro lado, o STJ concedeu a ordem de *habeas corpus*, determinando o tratamento ambulatorial, e seguindo, portanto, a orientação psiquiátrica.

Em outro caso, o do HC 214.143, não há laudo indicando a periculosidade do agente, sequer o possível tratamento. Com base nos antecedentes criminais e na pena de reclusão do crime de furto, no entanto, o Tribunal de origem havia determinado a medida de internação. O STJ decide, então, encaminhá-lo ao tratamento ambulatorial, reconhecendo não haver prova da necessidade da privação da liberdade, a qual deve ser exceção, e não regra.

No HC 217.892 – SP está presente nos autos o laudo psiquiátrico demonstrando a cessação da periculosidade, e a recomendação médica de continuidade do tratamento. Nesse caso, o juízo da execução seguiu a orientação do laudo, declarando extinta a punibilidade e indicando tratamento em hospital psiquiátrico. O Tribunal *a quo*, porém, determinou que permanecesse a medida de segurança, agora na modalidade de tratamento ambulatorial. O STJ decidiu que não havia constrangimento ilegal na não declaração da extinção da punibilidade. Assim, o acolhimento ou não do laudo em muitos casos se dá de maneira equívoca, fazendo com que o laudo negativo sempre cumpra o efeito de prejudicar o sujeito, e o laudo positivo nem sempre cumpra o efeito de beneficiá-lo. A discricionariedade conferida ao juiz parece ser utilizada sempre em malefício do réu.

Em casos em que se debateu a possibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância, a questão da periculosidade pareceu vinculada à existência de antecedentes, ainda que por fatos pouco ou nada danosos. Por se tratar de uma questão de tipicidade e não de culpabilidade, o STJ entende que seria possível reconhecer, desde que presentes outros critérios. O entendimento majoritário atualmente a respeito do princípio é o de que, para o seu reconhecimento, deve o julgador sopesar: “a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. Enquanto em alguns julgados a mera existência de antecedentes já afasta o princípio, no HC 314.232 – RS, ao contrário, apesar dos antecedentes, reconhece a relatora a atipicidade da subtração de sete barras de chocolate, no valor de R\$ 16,10, que posteriormente foram restituídas à vítima.

De acordo com o entendimento majoritário dessa Colenda Turma, cada fato deve ser analisado em seu contexto próprio, e tendo em vista as peculiaridades que cercam o ocorrido, entendo que a reincidência (três sentenças condenatórias pelo crime de furto às fls. 46-50) e vários inquéritos em andamento, não impedem o reconhecimento da insignificância. Isso porque, levar em conta outros fatos da vida do réu ou indiciado desborda a lógica da insignificância que, como visto, centra-se no fato em si e não na pessoa do delinquente. A tipicidade é material quando aquele determinado fato em apuração revela características tais que interessam, sim, ao Direito Penal e, pois, a sua persecução é fator de apaziguamento social. Daí porque, na espécie, pensar em sentido contrário, a meu ver, é dar, *data venia*, prioridade ao superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato (BRASIL, 2015a).

Em outro caso, porém, o direito penal de autor foi determinante na decisão do Tribunal. Após extensa explanação, inclusive doutrinária, entendeu não ser possível a incidência de tal princípio. Justificou essa tese apontando: “(...) dados significativos que revelam a acentuada ofensividade e reprovabilidade da conduta do paciente, a reclamar a atuação persecutória do Estado (...)" (BRASIL, 2014i).

O Superior Tribunal de Justiça apontou, ainda, que

(...) o princípio da insignificância decorre de política criminal e sua aplicação deve ser balizada pela análise conjugada também das particularidades de cada caso concreto, à luz dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Embora a res furtiva – à época avaliada em R\$ 51,00 (cinquenta e um reais) (fl. 46) – não goze, em princípio, de elevado valor econômico, o paciente, a despeito de sua inimputabilidade, é pessoa habituada a práticas delitivas (BRASIL, 2014i).

Desse modo, o STJ entendeu, assim como o Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal de Justiça, que o paciente era “pessoa de alta periculosidade”, pois possuía diversos procedimentos penais em instrução e já detinha mais de quatro condenações, devendo, por isso, ser submetido à medida de internação. Diante da reiteração da conduta – e não da periculosidade extraída da gravidade do fato – é que o STJ argumentou que não havia, no caso, a aplicação do princípio da insignificância penal (BRASIL, 2014i).

Outro elemento importante que aparece em algumas decisões é, diante da irresignação do Ministério Público com a transferência para o tratamento ambulatorial mesmo em casos de crimes apenados com reclusão, o entendimento de que, pelo menos na Sexta Turma, a medida de segurança vincula-se à periculosidade do agente e não à gravidade do delito. Assim, é facultada ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, em consonância com os princípios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL, 2014g). Isso implica, necessariamente, a possibilidade de imposição de medida menos grave do que aquela prevista em lei.

Nos acórdãos que tratam sobre a periculosidade do agente, alguns não a discutem em razão da via eleita, por exemplo, os agravos regimentais ou mesmo o recurso especial. Nesses casos, são mencionados de maneira ampla os laudos presentes nos autos, bem como indicada a periculosidade a partir da gravidade do sofrimento mental ou dos crimes cometidos. Além disso, aparece com frequência a menção ao artigo 97 do Código Penal, que imporia a medida de internação em fatos delituosos punidos com reclusão (BRASIL, 2016a).

Nesse ponto encontra-se uma grande divergência entre as turmas do próprio STJ. Há uma dificuldade evidente na definição sobre a natureza da medida de segurança se considerada a ausência de culpabilidade e a impossibilidade de conferir tratamento mais gravoso àquele que é irresponsável pelos danos causados. Diante da complexidade dessa matéria, a Sexta Turma vem decidindo, com base tanto nos princípios constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os direitos da pessoa com sofrimento mental, quanto na opção política antimanicomial, de se optar pela liberdade sempre que possível.

[...] na fixação da medida de segurança – por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente –, cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade (BRASIL, 2016b).

Trata-se, conforme se verifica na decisão do HC n. 214.143/MG, de uma interpretação do artigo 97 do CP conforme a Constituição, situando a liberdade de ir e vir como um direito fundamental que prevalece em relação à legislação ordinária.

[...] o artigo 97 do Código Penal, ao disciplinar os critérios que, de um modo ou outro, afetam a liberdade ambulatorial do indivíduo, instituiu uma lógica abstrata e homogênea de rigidez que, no Estado Constitucional, não mais se admite, exatamente em razão daqueles princípios fundamentais que visam à, mediata ou imediatamente, resguardar a liberdade de ir e vir da pessoa (BRASIL, 2014i).

Sustenta o julgado que a liberdade é a regra e a exceção é a privação da liberdade, questão que deverá ser decidida caso a caso, levando em conta “[...] toda a carga de subjetividade presente na demanda penal, como a personalidade e a periculosidade do agente”. Assim, a mera previsão do artigo 97 não vincula o juiz: a previsão legal da pena de reclusão ou de detenção não deve ser tomado como critério único, “porquanto estar-se-ia desvirtuando a sua finalidade – tanto em relação ao agente como ao bem comum – dada sua natureza preventiva e terapêutica” (BRASIL, 2014i).

No caso que estava sendo julgado, o Tribunal de origem havia mantido a internação em razão da folha de antecedentes criminais, que, por si sós, indicariam a periculosidade do agente, sem fazer qualquer menção a laudos periciais. O laudo que aparece é apenas aquele de sanidade mental, que não aponta nenhum critério de periculosidade (BRASIL, 2014i).

Assim, a flexibilização da interpretação do artigo 97 do Código Penal, bem como do estabelecimento adequado ao tratamento somente pode ocorrer se for para favorecer o indivíduo nessa condição, e não o contrário. Sendo assim, para a sexta turma, é admissível que em fatos cuja pena prevista é de reclusão, pode o juiz determinar a realização de tratamento ambulatorial. Não pode, porém, determinar, em caso de fato cuja pena é detenção, impor medida de internação.

Por outro lado, a Quinta Turma entende que o artigo 97 deve ser aplicado em sentido exatamente oposto: quando a pena é de reclusão, obrigatoriamente deve ser imposta medida de internação, facultada, porém, ao magistrado, a imposição de qualquer dos regimes em caso de a pena ser de detenção. É o que afirma o voto do relator no HC 313.907 – SP: “Esta Corte de Justiça firmou entendimento de que o tratamento ambulatorial é exceção, possível apenas nos casos de crimes punidos com detenção, desde que observadas as condições de periculosidade do agente, à luz do livre convencimento motivado do magistrado (BRASIL, 2015b). Da mesma forma, a relatora do HC 335.665/SP: “De fato, o texto legal somente atribuiu ao juiz a discricionariedade diante das supracitadas medidas no tocante aos crimes apenados com detenção. Nesses casos, cabível a averiguação da periculosidade do acusado para respaldar a adoção de uma medida ou de outra” (BRASIL, 2015c).

Essa divergência em decisões do mesmo Tribunal e no mesmo ano mostra a dificuldade da inserção de uma perspectiva desinstitucionalizadora e a prevalência de uma leitura positivista da lei, desconsiderando-se toda a principiologia constitucional, e também aquela derivada dos direitos específicos das pessoas com sofrimento mental. Por outro lado, percebe-se uma grande inconsistência, pois os mesmos magistrados que se posicionam no sentido de não permitir medida menos grave em caso de reclusão, ao final do cumprimento do tempo correspondente à pena em abstrato serão unânimes em libertar o sujeito de qualquer forma, independentemente de laudos ou mesmo das condições de reintegração social da pessoa. É o que se verá a seguir.

### **3.2 A pena máxima em abstrato como parâmetro: superação ou manutenção do antigo paradigma segregador?**

Tanto no período anterior quanto no posterior à Súmula 527 do STJ, foram numerosos os julgados tratando sobre o tempo máximo de duração da medida de segurança. Como visto, o STJ já havia uniformizado sua jurisprudência no sentido de compreender o limite máximo como sendo o do máximo da pena em abstrato cominada ao delito. Assim, independentemente dos laudos psiquiátricos declarando ou não a cessação da periculosidade, ultrapassado esse prazo deve obrigatoriamente o paciente ser posto em liberdade.

Ocorre que, apesar de esse entendimento ser muito bem fundamentado na proibição da perpetuidade das penas (artigo 5º, XLVII, alínea *b* da Constituição Federal), sabendo-se que a medida de segurança é um tipo de sanção, sobretudo aquela que traz a privação de liberdade, ele parece absolutamente incoerente com toda a principiologia ligada à medida de segurança, e mesmo às políticas antimanicomiais. Isso porque toda a luta antimanicomial de busca pela desinstitucionalização baseia-se na crítica à própria psiquiatrização da vida, e na possibilidade de tratamento real e alternativo aos problemas da institucionalização, a ser conferido a pessoas que sofrem de doenças mentais. Daí que como visto na maior parte das 80 decisões analisadas, os princípios da reforma psiquiátrica não estão de uma maneira geral informando os juízes, e o cuidado com o ser humano é o último a ser observado nesses processos. Trata-se, isso sim, de um tratamento que, como historicamente ocorreu, os tem como pessoas perigosas e que, portanto, devem ser afastadas da sociedade. Se, por um lado, é um grande avanço saber que o STJ finalmente reconheceu os abusos cometidos contra inimputáveis no sistema de Justiça brasileiro, por outro lado isso ocorre a partir de uma construção meramente jurídica, nunca baseada na política criminal, que deve ser condizente com a desmanicomialização durante toda a medida de segurança, e não somente quando o indivíduo completa anos de institucionalização, muitas vezes sem nenhuma atenção à sua saúde, e sem nenhuma preocupação com sua inserção social.

Além disso, mesmo do ponto de vista jurídico, há enormes contradições. Em vários casos em que o reconhecimento da inimputabilidade se dá posteriormente à sentença, já se sabe qual teria sido a pena em concreto aplicada pelo crime caso o agente fosse imputável. Assim sendo, para manter o princípio da isonomia, defendido pelo STJ (BRASIL, 2014h), de que o inimputável não pode sofrer uma resposta mais gravosa do que o imputável, o que deveria valer seria a pena em concreto, e não a pena em abstrato, contudo não foi o que ocorreu na maior parte dos casos analisados. No HC 251.296-SP, a relatora claramente repisou

o argumento de que ao término do prazo correspondente ao tempo máximo cominado em abstrato ao delito praticado, ainda que não cessada a periculosidade do agente, “deve cessar a intervenção do Estado na esfera penal” (BRASIL, 2014h). No caso em apreço, entretanto, o STJ concluiu não ser possível constatar, a partir da documentação dos autos, que o paciente havia atingido o termo máximo em abstrato para cumprimento da medida, apesar de haver cumprido o prazo da pena em concreto determinado em sentença.

De fato, compulsando os autos, verifica-se que a medida de segurança imposta ao paciente foi extinta, não pelo cumprimento do máximo da pena cominada abstratamente ao delito, mas porque *o tempo de privação de liberdade a ele imposto por internação (mais de 10 anos), superava a pena imposta ao sentenciado, substituída por medida de segurança (2 anos e 8 meses de reclusão)* (fl. 45), razão pela qual descabida a extinção da medida de segurança, na espécie, enquanto não cessada a periculosidade do agente, merecendo reforma a decisão agravada (BRASIL, 2016c).

Assim, o mesmo indivíduo, se não tivesse sido declarado inimputável teria concretamente, comprovado pela sentença, cumprido tempo menor de reclusão do que o teve por ter sido declarado inimputável. Diferentemente dessa decisão, em outro caso, em que houve superveniência da inimputabilidade, a ordem de *habeas corpus* foi concedida pelo STJ: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, em se tratando de medida de segurança aplicada em substituição à pena corporal [...] sua duração está adstrita ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada” (BRASIL, 2016d). Ou seja, apesar de colidir com o caso anterior no que se refere ao princípio da isonomia, ele não é enfrentado pela decisão, sendo somente levada em consideração a ofensa à coisa julgada. Na prática, porém, ocorre que aquele que foi declarado inimputável desde o julgamento de primeira instância deve cumprir a pena em abstrato, enquanto que o que teve a declaração da inimputabilidade superveniente é beneficiado pela duração da pena em concreto. Nota-se, assim, outra vez a violação ao princípio da isonomia.

Se, por um lado, a Súmula representa um benefício ao inimputável com sofrimento psíquico por uniformizar um entendimento que é, há anos, controverso e que servirá como padrão aos juízes, por outro lado pode representar uma continuidade, que é assim percebido quando se considera as formas alternativas de tratamento que poderiam ser aplicadas, garantindo os direitos e possibilitando a reinserção social.

A insuficiência da Súmula diz respeito diretamente ao tratamento destinado ao inimputável, pois esse não sofrerá alterações. Isso posto, por mais que o tempo de internação esteja propenso a diminuir em virtude da Súmula, o tratamento fornecido seguirá os mesmos parâmetros estudados – que não são adaptados à Lei e, portanto, aos princípios antimanicomiais.

Desse modo, parece que por mais que as decisões sejam uniformizadas, de forma gradativa, quanto à limitação temporal para as medidas de segurança entre todos os órgãos julgadores, a questão da incorporação da Lei n. 10.216/2001 ainda deverá ser enfrentada, até que suas disposições sejam aplicadas ao âmbito do Direito Penal de maneira uniforme.

Para isso, porém, é necessária uma alteração da percepção social do inimputável, que proporcione o seu tratamento como sujeito de direitos não somente quando estão presentes evidentes violações da lei – casos em que as ordens de *habeas corpus* foram concedidas – mas também quando essas violações são constituídas pela própria aplicação da lei – casos em que a periculosidade e os laudos psiquiátricos foram invocados para retirar direitos.

#### 4 CONCLUSÃO

O processo de classificação de comportamento tem raízes culturais, religiosas e sociais. Por meio desse processo busca-se a exclusão dos indivíduos que não se adéquam à “normalidade” característica da maioria da população. A medida de segurança é a espécie de sanção penal que se destina à segregação social de pessoas com sofrimento mental que incorrem no cometimento de crimes.

Com a institucionalização desses indivíduos o grupo considerado “normal” parece estar livre e “purificado”, enquanto isso, o Judiciário “cumpre” sua função de retribuir àqueles que cometeram atos ilícitos protegendo, ainda, a sociedade. Ademais, o elemento que diferencia a medida de segurança da pena é a sua finalidade de tratamento ao sujeito que se destina. Nesse viés, o advento da Lei n. 10.216, em 2001, representou o surgimento de avanços no campo da Psiquiatria, ao dispor sobre os direitos dos portadores de sofrimento mental e estabelecer diretrizes acerca do sistema de saúde mental.

Em contrapartida, e apesar de a lei não excluir de seu campo de aplicação as internações determinadas pelo Judiciário aos inimputáveis pelo sofrimento psíquico, dificilmente se visualiza a efetivação de suas normas nesses casos. A inserção dos princípios da lei no Direito Penal encontra barreiras físicas e sociais, tendo em vista a falta de estrutura para atender à demanda de instituições voltadas ao tratamento terapêutico, bem como o despreparo social para a instituição de métodos alternativos (e, portanto, terapêuticos) de tratamento.

Assim, ainda que a legislação federal tenha concretizado avanços e dispensado atenção aos portadores de sofrimento mental, não se pode afirmar que esse avanço tenha provocado efeitos na esfera penal. Essa constatação é possível ante a análise jurisprudencial realizada, na qual pôde ser visualizada a dificuldade de inserção, pelos órgãos do Judiciário, dos elementos constantes na Lei 10.216/2001 nas decisões. Se, por um lado, alguns dos julgados mencionaram a referida Lei, por outro lado isso somente ocorreu quando estavam presentes violações evidentes da própria lei penal ou a jurisprudência consolidada do STJ, como na prisão de inimputáveis em presídios comuns ou no excesso de prazo no cumprimento da medida. Em casos nos quais se invocou o princípio da isonomia para garantir o reconhecimento do princípio da insignificância, o cumprimento da pena em concreto, ou a possibilidade de tratamento ambulatorial em casos de condutas apenadas com reclusão, jamais houve menção à Lei 10.216/2001. Pelo contrário, sobrepuja-se o tradicional discurso positivista da periculosidade, derivada mais dos fatos passados do que de qualquer possibilidade de prognose, até porque em muitos casos não sustentada sequer em laudos psiquiátricos.

Nota-se, assim, que, pelo menos no âmbito do STJ, em que não está em discussão uma dilação probatória, mas sim casos de violação do direito de ir e vir e controvérsias jurisprudenciais, a influência do poder psiquiátrico aparece de forma secundária, somente quando o julgador realmente precisa de uma justificação mais robusta para uma decisão anteriormente

tomada. A dificuldade de real inovação no que tange à garantia dos direitos não aparece nas decisões analisadas, de modo que os ideais de desinstitucionalização propostos pela Lei de reforma psiquiátrica e as adaptações às formas de tratamento humanitárias não atingiram os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico destinados à internação via medida de segurança.

Se, por um lado, observa-se na atualidade um reconhecimento dos direitos das pessoas com sofrimento mental, e das pessoas imputáveis que cometeram crimes, por outro lado, às pessoas com sofrimento mental e que praticaram atos previstos como crimes não resta qualquer reconhecimento. Este é o local reservado aos loucos no Direito Penal brasileiro: o do arbítrio.

## 5 REFERÊNCIAS

- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.
- BATISTA, N. Cem anos de reprovação. In: NASCIMENTO, A.; BATISTA, N. (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180.
- BIRMAN, J. Genealogia da reprovação: sobre a periculosidade, a normalização e a responsabilidade na cena penal. In: NASCIMENTO, A.; BATISTA, N. (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Lei 10.216, de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Publicada no Diário Oficial da União em 9 de abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso em: 2 abr. 2015.
- BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. 16 de dezembro de 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 23 ago. 2012.
- BRASIL. *Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm). Acesso em: 24 ago. 2012.
- BRASÍLIA. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 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: 14 jul. 2015.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. V. II.
- CARVALHO, S.; WEIGERT, M. A. B. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: Reflexões sobre os impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 48, p. 55-90, jan./mar. 2013.
- CARVALHO, S. *Pena e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FOUCAULT, M. *História da loucura na Idade clássica*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- FOUCAULT, M. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: MOTTA, Manoel Barros da (org.). *Ditos e escritos*. Ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-25. V. 5.
- FOUCAULT, M. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2002.
- MATTOS, V. *Uma saída*: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. *Teoria da pena e execução penal*: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- QUEIROZ, P. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Parte geral. Bahia: JusPodivm, 2014. V. 1.
- ROXIN, C. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.
- SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal*: Parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

TAVARES, J. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. V. II.I.

## REFERÊNCIAS DO CORPUS DE PESQUISA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 284011*. São Paulo. Relator: Min. Felix Fischer. Acórdão de 16 de setembro de 2014. 2014a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 300654*. São Paulo. Relator: Min. Ericson Maranho. Acórdão de 9 de dezembro de 2014. 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 303863*. São Paulo. Relator: Min. Felix Fischer. Acórdão de 18 de novembro de 2014. 2014c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 283049*. São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Acórdão de 24 de abril de 2014. 2014d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 284520*. São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Acórdão de 3 de abril de 2014. 2014e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 241246*. São Paulo. Relator: Min. Moura Ribeiro. Acórdão de 25 de fevereiro de 2014. 2014f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 832848*. Acre. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Acórdão de 2 de dezembro de 2014. 2014g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 251296*. São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 25 de março de 2014. 2014h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 214143*. Minas Gerais. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Acórdão de 02 de setembro de 2014. 2014i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 314232*. Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 24 de março de 2015. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 313907*. São Paulo. Relator: Min. Gurgel de Faria. Acórdão de 28 de abril de 2015. 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 335665*. São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 20 de outubro de 2015. 2015c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 527*. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Brasil, 2015d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 875.985*. Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi. Acórdão de 28 de junho de 2016. 2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 230842*. São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Acórdão de 14 de junho de 2016. 2016b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus nº 336.452*. São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Acórdão de 10 de novembro de 2016. 2016c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 373405*. São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 6 de outubro de 2016. 2016d.

## Direitos Humanos e Fronteiras A Representação da Mulher na Mídia

Vera Lucia Spacil Raddatz

Doutorado em Comunicação e Informação. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e do Curso de Comunicação Social da Unijuí. [verar@unijui.edu.br](mailto:verar@unijui.edu.br)

Marjorie Barros Bock

Graduada em Comunicação Social – Habilitação: Jornalismo (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí). Possui experiência na área de Comunicação. Atua como membro do Núcleo de Educação e Informação em Direitos Humanos – NEIDH, Projeto de Extensão junto ao PPGD – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Unijuí. [marjbock@gmail.com](mailto:marjbock@gmail.com)

### RESUMO

Este texto pretende discutir as fronteiras e os direitos humanos a partir da perspectiva de como a mulher é representada na mídia de fronteira e a que tipo de violência ela é exposta. A pesquisa é de caráter qualitativo e interdisciplinar, aproximando os estudos sobre a mídia de fronteira e as perspectivas de gênero e direitos humanos. Baseia-se no resultado de projeto de pesquisa e na coleta de dados sobre as formas de representação da mulher na mídia de fronteira, no período de agosto de 2017 a maio de 2018. A pesquisa constata a vulnerabilidade da mulher e a sua exposição às diversas formas de violência, tanto física quanto simbólica, fenômeno que se verifica em regiões de fronteira.

**Palavras-chave:** Fronteiras. Direitos humanos. Mulher. Violência. Mídia.

**BORDERS AND HUMAN RIGHTS: THE REPRESENTATION OF WOMAN IN THE MEDIA**

### ABSTRACT

This text intends to discuss borders and human rights, from the perspective of how women are represented in the border media and to what kind of violence it is exposed. The research is qualitative and interdisciplinary in nature, bringing together studies on the frontier media and the perspectives of gender and human rights. It is based on the results of a research project and the collection of data on the forms of representation of women in the border media, from August 2017 to May 2018. The research notes the vulnerability of women and their exposure to diverse forms of violence, both physical and symbolic, a phenomenon that occurs in border regions.

**Keywords:** Borders. Human rights. Woman. Violence. Media.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Fronteiras: um conceito que ultrapassa os limites físicos. 3 Direitos humanos e mídia: um olhar sobre a mulher. 4 Pelas fronteiras: quando a violência de gênero é contra a mulher. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 31/8/2018  
Aceito em: 10/10/2018

## 1 INTRODUÇÃO

A palavra fronteira é substantivo feminino, bem como a palavra mulher. A fronteira é um território considerado periférico nas relações de poder. A mulher historicamente esteve relegada a uma posição secundária nas instâncias de poder. A representação da fronteira na mídia está associada a um espaço de violência, de contrabando e de tráfico, em detrimento da integração que existe entre nações vizinhas. A imagem da mulher na mídia de fronteira está frequentemente associada à violência ou à violação dos direitos de gênero.

Esta livre associação de ideias entre a fronteira e a mulher são resultado das investigações do projeto de pesquisa realizado no período de agosto de 2017 a maio de 2018, tendo como foco a mulher na mídia de fronteira, a partir da busca na Internet de palavras-chave: mulher, fronteira e direitos humanos, com o objetivo de compreender que tipos de notícias são veiculados sobre a mulher na mídia de fronteira.

A hipótese é de que essas formas de representação da mulher nas mídias estudadas estão associadas ao imaginário que se tem sobre a fronteira, relacionado a um aspecto evidente: a violência nestes lugares é tão presente quanto a violência específica contra a mulher. Há, portanto, uma vulnerabilidade tanto da mulher quanto da fronteira, do ponto de vista dos direitos humanos, pois ambos estão situados no invólucro da violência. Estudos sobre a fronteira e principalmente reportagens sobre a região fornecem elementos para a formação de uma visão pessimista desse território. E o modo como a mulher é exposta ali se enquadra como uma violência simbólica, pois se dá a partir das linguagens textual e imagética com que essas representações são construídas.

Os direitos humanos são o parâmetro ético para compreender a importância da igualdade de direitos, da justiça e da equidade, e tem como princípio básico o respeito a todas as pessoas, independentemente da nacionalidade, etnia, cor, sexo, religião, classe social, filosofia política ou idade. Esta perspectiva universalista respeita os diferentes e defende a dignidade humana, porque o mais importante é o respeito à vida e à liberdade. Desse modo, defende-se neste texto a importância de olhar mais atentamente para o papel dos meios de comunicação na fronteira e a forma como a imagem da mulher está sendo reproduzida, pois se a mídia cria representações e constrói realidades a partir da tessitura do cotidiano, então cabe observar como essa representação pode estar contribuindo para o fortalecimento de estereótipos sobre a mulher na sociedade ou para o desrespeito à equidade de gênero.

Como parte do resultado do projeto de pesquisa que analisa a mulher na mídia na relação com a fronteira, este texto apresenta um recorte sobre os dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul e das notícias veiculadas sobre a mulher. Metodologicamente, a pesquisa, de caráter qualitativo, se dá a partir da inserção das palavras-chave mulher, mídia e fronteira, tendo como foco as principais notícias do mês de maio de 2018, considerando os municípios da fronteira gaúcha com maiores índices de violência contra a mulher.

O objetivo é compreender como os meios de comunicação estão exercendo a sua função de mediadores do processo do direito à informação, da cidadania e dos direitos humanos. Desse modo, espera-se identificar como está sendo construída a imagem da mulher por meio da instância midiática, mais precisamente o Jornalismo, principal fonte de veiculação de infor-

mações na sociedade, hoje potencializado pelos *sites* e redes sociais. O método de pesquisa utilizado para a realização foi o dedutivo, procurando-se, a partir de premissas baseadas nos princípios dos direitos humanos, construir um raciocínio coerente a fim de elucidar a questão proposta.

Este texto constitui-se de três partes. Na primeira apresenta a fronteira, discutindo seu conceito a partir de um olhar que considera não apenas os limites físicos e geográficos, mas a questão contextual, histórica e cultura dessa região. Na segunda parte faz uma sucinta análise histórica dos direitos humanos e da sua importância na sociedade, relacionando-os à violência contra a mulher e ao papel da mídia na sociedade. Na terceira parte socializa a pesquisa realizada, fazendo a análise dos dados, discutindo-os à luz dos direitos humanos, da justiça e da equidade, especialmente no que diz respeito ao papel da mídia de fronteira e da forma como a mulher é nela representada.

## 2 FRONTEIRAS: Um Conceito Que Ultrapassa os Limites Físicos

Um olhar sobre a fronteira revela um território de ambiguidades, além de ser um espaço limítrofe que serve à demarcação geopolítica entre países. A fronteira fala por si mesma e pelo seu contexto, pois é impossível dizer o que ela é sem ultrapassá-la, seja como viajante ou como morador dessa região. O contexto fronteiriço move-se tanto pelo seu sentido das fronteiras físicas, pela visão de zona periférica, como pelas relações históricas e culturais que ali se estabelecem e onde também paira no ar um tanto de curiosidade pelo desconhecido, pelo vizinho próximo que fala outra língua e pelas constantes descobertas e trocas que se realizam todos os dias ao cruzar a rua, a ponte ou as águas deslizando em uma balsa.

O conceito de fronteira no seu aspecto simbólico diz respeito às representações coletivas dos homens que habitam esse território. O sentido e os valores que engrandecem uma divisa são estabelecidos pelas classificações, hierarquias e limites, dentro dos quais é possível apreciar o mundo e induzir as passagens de comunicação. Como cita Pesavento (2002, p. 36) no texto *Além das Fronteiras*, “[...] a fronteira é um limite sem limites, que aponta para um além”. Inserida como um conceito de mobilidade, a fronteira encontra-se na história e se desenvolve através do tempo. Entendida como conceito narrado, a autora explica ainda que “a história é sempre um ser como, um discurso sobre um ter sido, na fronteira entre aquilo que teve lugar um dia e a representação que dele se constrói” (p. 37).

Compreender a fronteira também significa desprender-se da ideia de limite territorial puramente físico para adentrar em uma geografia em que o desenho foi construído pelo movimento humano, pela sua expressão, pelo jeito de ser e viver, sua linguagem, seus sonhos, conflitos e ambiguidades. É a fronteira cultural que fala mais forte do que as divisões estabelecidas politicamente e as pessoas que ali vivem sentem-se parte desse lugar.

Existem também conflitos e divergências. Cruzar a aduana não é um ato amistoso, apesar dos discursos de integração. O procedimento de apresentar documentação, abrir o porta-malas do carro, averiguar a mercadoria comprada, obedecer ao limite de 300 dólares para as compras, estar com o carro de acordo com as regras do país vizinho, ter a carta verde ao entrar na Argentina, por exemplo, preencher formulário de imigração na entrada e reapre-

sentá-lo no retorno, encarar a fila longa, esperar uma vaga na balsa, são atos que carecem de maior simplicidade. Esse ritual burocrático consome tempo e paciência, principalmente de quem não é um turista, mas um cidadão da fronteira.

Iniciativas que pedem normas mais flexíveis para quem reside na região do Rio Grande do Sul com a Argentina e o Uruguai são reivindicações antigas que não se concretizam, apesar do Tratado do Mercosul, mas as barreiras não são construídas pelos cidadãos e sim pelas normas do Estado. Uma definição sobre a rotina de deslocamento dos fronteiriços entre um território e outro é apresentada pelo geógrafo Tito Carlos Machado de Oliveira (2015, p. 15):

Cruzar as fronteiras algumas vezes ao ano é – ou pode ser – uma atitude de cosmopolitismo; mas cruzar a fronteira todos os dias, ou até várias vezes ao dia, é um ato de revolução. É necessário observar que as trocas corriqueiras no território fronteiriço são ditadas pela inclemência das necessidades orgânicas: comer, vestir, etc., e por preceitos intangíveis: desejo, amor, fazendo com que o ato de transgredir, violar, infringir, signifique para a população fronteiriça, na maioria das vezes, o imperativo ato de sobreviver e/ou resistir; caso fosse diferente, perderia seu significado. Esse deslocamento cotidiano de transeuntes faz nascerem e se materializarem circuitos íntimos com minúsculos sistemas de redes interativas subversoras aos interesses das nações.

As fronteiras são lugares de passagem, mas também de ancoragem. Carregam na sua marca as histórias e as vivências dos homens do lugar. O fato de uma cultura fronteiriça ser ambígua, mestiça e híbrida, mostra o quanto rica em diversidade a fronteira pode ser. A pesquisadora da área de comunicação e fronteiras, Karla Maria Müller (2015), defende que existe uma cultura e uma identidade fronteiriça em que se destaca a pluralidade e o permanente movimento dos elementos que a constituem. Ao mesmo tempo que se misturam língua e costumes, também são evidenciados os elementos da identidade nacional. “O fronteiriço tem consciência de possuir uma identidade nacional que necessita ser reforçada a todo instante para garantir a diferença na relação com o vizinho” (MÜLLER, 2015, p. 132). E essas marcas de identidade, próprias dos fronteiriços, são expressas por meio das falas, dos gestos e das rotinas cotidianas.

Muito da identidade na fronteira é fruto das representações produzidas pela mídia da fronteira. A influência que os meios de comunicação exercem para além do seu redor sinaliza o ciclo de transformação a que o ser humano está condicionado no mundo contemporâneo. A pesquisadora Daniela Ota (2015, p. 181), ao se referir às fronteiras do centro-oeste brasileiro, afirma que “o homem fronteiriço tem uma mentalidade tendente à integração, pois para ele as noções de espaço e nacionalidade muitas vezes são tão abstratas quanto a ideia da existência de uma linha demarcatória que o separa do outro país”.

Pesavento (2002, p. 36) também comprehende a fronteira para além do aspecto geopolítico, reconhecendo que há uma referência imaginária: “[...] o conceito de fronteira trabalha, necessariamente, com princípios de reconhecimento que envolvem analogias, oposições e correspondências de igualdade, em um jogo permanente de interpenetração e conexões variadas”. Os elementos peculiares que compõem esse limite integram um espaço de complexidade no qual as identidades são múltiplas. Aqueles que nela habitam estão sempre em busca de novas compatibilidades, como observa Canclini (1997, p. 324), pois “vivem no meio, na

fenda entre dois mundos, já que são os que não fomos porque não mudamos, os que ainda não chegamos ou não sabemos aonde chegar, decidem assumir todas as identidades possíveis”.

No Rio Grande do Sul são 12 as cidades que fazem fronteira com o Uruguai e/ou a Argentina: Aceguá, Barra do Quaraí, Chuí, Itaqui, Jaguarão, Porto Lucena, Porto Xavier, Quaraí, Santa Vitória do Palmar, Santana do Livramento, São Borja e Uruguaiana.

Aceguá, com 4.394 mil habitantes, está localizada no extremo Sul do Brasil e limita-se com a cidade homônima Aceguá no Uruguai, separada apenas por uma rua e um canteiro central. Conforme o *site* da prefeitura de Aceguá, “esta irmandade entre os dois países tem mais que a relação geográfica” (*on-line*), o que é possível observar pelo sotaque e pela linguagem de seus habitantes – o portunhol – ou seja, a mistura do português e do espanhol, resultado da convivência entre os povos das duas nacionalidades.

À margem dos Rios Quaraí e Uruguai situa-se o município de Barra do Quaraí, que faz fronteira com dois importantes países platinos, Uruguai e Argentina. No último censo, em 2010, a cidade tinha uma população de 4.012 habitantes. É a única cidade de tríplice fronteira do Estado e é o ponto mais a oeste do RS. O município conta com essa fronteira fluvial onde está localizada a ponte internacional *Bella Unión*, que conecta a cidade à rede rodoviária brasileira por meio da BR 472, ligando os países e possibilitando uma forte atividade comercial, devido ao câmbio favorável para a fronteira.

Ao extremo sul do Brasil está o município de Chuí, que com 5.917 habitantes é a cidade mais meridional do país, fazendo fronteira conurbada com a cidade do *Chuy*, no Uruguai. As cidades são separadas apenas por uma longa avenida com um canteiro central. De acordo com o censo demográfico do Brasil de 2010, Chuí é a cidade brasileira com a maior concentração de estrangeiros. Há um grande número de árabes palestinos residindo na cidade por conta do comércio.

A cidade de Itaqui está situada às margens do Rio Uruguai, divisa entre Brasil e Argentina, sendo esse um dos atrativos para os turistas que a visitam. Localizada na parte sudoeste do Rio Grande do Sul, Itaqui estima sua população em 38.159 habitantes no último censo realizado pelo IBGE em 2010.

No extremo sul do país está Jaguarão, que faz fronteira com o Uruguai. A cidade, com quase 28 mil habitantes, é ponto de chegada para a vizinha uruguaia, Rio Branco, onde na última década instalaram-se muitos *freeshops*, razão da grande movimentação de brasileiros que vão até lá em busca de artigos de marca. Logo cedo eles cruzam a ponte internacional Barão do Mauá, erguida pelo governo uruguai entre 1927 e 1930 sobre o Rio Jaguarão. A ponte é um Monumento Histórico Nacional uruguai desde 1977 e foi tombada pelo Iphan em 2011, para em 2015 receber também o Certificado de Patrimônio Cultural pelo Mercosul Cultural (IPHAN, 2015).

Com uma população de 5.413 pessoas, Porto Lucena nasceu da constituição de um núcleo populacional em razão das atividades comerciais que aconteciam por conta de sua localização às margens do Rio Uruguai. O município tem uma leve inclinação no sentido Rio Uruguai – leste/oeste – e é vizinho de outro município fronteiriço: Porto Xavier. Um dos recentes

municípios do Alto Uruguai é Porto Xavier, com 10.558 habitantes, banhado pelas águas do Rio Uruguai, faz fronteira fluvial com a Argentina, com o transporte de cargas e pessoas ocorrendo pelo Porto Internacional de Porto Xavier.

Com uma população estimada em quase 24 mil habitantes, Quaraí é um dos maiores municípios gaúchos em área territorial, com 3.147,631 km<sup>2</sup> e faz parte da Região da Fronteira Oeste do Rio Grande do Sul. Quaraí está localizada na fronteira com o Uruguai, fazendo divisa com a cidade de Artigas. Ambas as cidades comunicam-se pela Ponte Internacional da Concordia, construída em 1968 sobre o Rio Quaraí, considerada a ponte com a curva mais larga da América do Sul.

Com mais de 30 mil habitantes, Santa Vitória do Palmar localiza-se no extremo sul do Brasil, fazendo fronteira com o Uruguai. Juntamente com a cidade de Rio Grande, abriga a mais importante estação ecológica do Rio Grande do Sul e uma das mais importantes do país, a Estação Ecológica do Taim. E, com o município do Chuí, possui o maior complexo para geração de energia eólica da América Latina, o Complexo Eólico Campos Neutrais.

Na fronteira do Brasil com o Uruguai também está Santana do Livramento, um dos municípios mais antigos e o segundo maior em extensão territorial do Rio Grande do Sul. Com 82.464 habitantes segundo o último censo do IBGE de 2010, a cidade faz divisa seca com Rivera, no Uruguai, totalizando mais de cem quilômetros de faixa de fronteira seca com este país. Situada na chamada fronteira oeste do Estado, juntamente com outros municípios, integra a região fisiográfica da Campanha, que perfaz uma área total de 62.681 km<sup>2</sup> o que representa aproximadamente 22% da área territorial do Rio Grande do Sul.

Fundada pelos padres jesuítas espanhóis, São Borja tem a civilização mais antiga do Rio Grande do Sul. Com uma população estimada em 62 mil habitantes, São Borja está localizada na fronteira oeste do Estado e seu território é banhado pelo Rio Uruguai, fronteira natural com a cidade de Santo Tomé, localizada na Província de Corrientes, na Argentina. É declarada, por lei estadual, a Terra dos Presidentes, por ser a cidade natal de dois ex-presidentes do Brasil: Getúlio Vargas e João Goulart.

Localizada às margens do Rio Uruguai na Fronteira Oeste do Rio Grande do Sul, Uruguiana é a segunda maior cidade fronteiriça brasileira (a primeira é Foz do Iguaçu, fronteira com o Paraguai). Com uma população de 125.435 habitantes a cidade possui, por conta de sua localização estratégica, o Porto Rodoviário de Uruguiana (Porto Seco). O Porto está situado na BR-290 e é, atualmente, o maior do gênero na América Latina, e o terceiro maior do mundo. Ele faz ligação com o centro do país por via rodoviária, por meio da BR/472, que percorre a Fronteira Oeste do Brasil a partir do Rio Grande do Sul.

### **3 DIREITOS HUMANOS E MÍDIA: Um Olhar Sobre a Mulher**

Os direitos humanos compreendem a dignidade humana acima de qualquer outro valor. A dignidade é inerente à pessoa, independentemente de qualquer qualidade social, moral ou biológica e por isso, todos os seres humanos precisam ser tratados com dignidade, protegidos, portanto, de humilhações. A dignidade, desse ponto de vista, é da natureza humana e

não precisaria de nenhuma lei para garantir-la, entretanto as leis fazem-se necessárias porque há desrespeito aos direitos humanos individuais e coletivos em todas as sociedades, mesmo naquelas que vivem um Estado Democrático de Direito.

Todos os dias se ouve defesas em prol dos direitos humanos, mas há também manifestações equivocadas sobre o real papel dos direitos humanos, relacionando-os à proteção apenas dos condenados ou das minorias, ou dos diferentes e não aceitos como iguais no conjunto da sociedade. É preciso frisar que os direitos humanos são para todos, mas o conjunto de problemas que afetam a humanidade do nosso tempo é tão grande e complexo que algumas desumanidades acabam sendo aceitas pelo senso comum como normais.

Entre os maiores problemas atuais estão as desigualdades sociais e econômicas, os conflitos político-religiosos, que produzem os horrores da guerra, entre outras consequências, e a falta de reconhecimento dos diferentes. Na esteira destes vem uma série de outras incontáveis adversidades que em sua essência desrespeitam os direitos das pessoas.

Três documentos históricos são os balizadores das preocupações com a defesa dos direitos humanos e foram fundamentais para esta luta: a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Conforme Bedin (2002, p. 187), o primeiro documento representa o “bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, com base e fundamento de governo”. Em seu artigo 1º, a Declaração defende que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes [...]”.

O segundo documento reforça também no artigo 1º a mesma concepção de igualdade de direitos: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se em nada mais do que na utilidade comum” (BEDIN, 2002, p. 191).

O terceiro documento, fruto da Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas – proclama que o seu conteúdo é o “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações” e que toda a sociedade está convocada a fazer a sua parte para promover o respeito aos direitos e liberdades. A Declaração, em consonância com os documentos já citados, assim determina em seu artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. O conjunto dos artigos da Declaração fundamenta-se na luta contra a opressão e a discriminação, e defende a igualdade e a dignidade, reconhecendo os direitos básicos e as liberdades fundamentais do homem.

Os direitos humanos baseiam-se na liberdade de pensamento e expressão e na igualdade perante a lei. São também os que garantem a igualdade social e econômica e as condições mínimas para viver em sociedade, assegurando aos cidadãos uma vida digna com alimentação, saúde, moradia e educação. Os direitos fundamentais são aqueles que “não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas (...) são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais” (BOBBIO, 1992, p. 20). De acordo com Bobbio (1992), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora tenha sido escrita no passado, preconiza uma ideia do que se entende como o ideal de futuro para a sociedade em termos de proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos, mostrando-se

imprescindíveis, portanto, nos documentos de regulação das sociedades democráticas. Na Constituição brasileira a “prevalência dos direitos humanos” encontra-se descrita no Artigo 4º, Inciso II (BRASIL, 1988, p. 5).

O desenvolvimento tecnológico da sociedade em rede propiciou que as ideias circulassem de forma ampla pelo mundo, o que provocou uma maior abertura para o conhecimento e as trocas culturais, mesmo entre cidadãos de diferentes partes do mundo que falam línguas diferentes. A globalização da economia abriu os mercados e aumentou o fluxo contínuo das pessoas entre os continentes, tanto para estudar, fazer turismo, trabalhar ou estabelecer novos negócios. O aumento da população também forçou migrações em busca de novos horizontes e o avanço das comunicações diminuiu as distâncias e quebrou obstáculos nas fronteiras físicas e geográficas.

Todas essas condições são férteis para que se desenvolva a internacionalização dos direitos humanos, que se inicia em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e soma-se ao surgimento de um conjunto de novos direitos. Bedin e Grando (2015, p. 98) destacam que as Conferências de Teerã (1968) e de Viena (1993) interferiram na solidificação dos direitos humanos, abrindo perspectivas para um diálogo mundial dos direitos humanos, reafirmando-se sua universalidade e indivisibilidade.

Os pesquisadores afirmam que “a partir do novo cenário existente no período pós-Segunda Guerra Mundial, a sociedade mundial necessita de uma nova adequação para tratar dos direitos humanos, com a finalidade de sempre proteger-se cada vez mais as vítimas e dar maior efetividade aos direitos” (BEDIN; GRANDO, 2015, p. 98), mas são as duas Conferências que “representam importantes ferramentas para a verificação acerca de como estão sendo tratados os direitos humanos no cenário mundial, bem como quais medidas vêm sendo tomadas no sentido de sua efetivação” (2015, p. 98).

A mídia se estiver associada ao seu papel social e ao caráter social da comunicação tem compromisso com a democracia e com os direitos humanos. Deste conjunto de informações resulta algum tipo de conhecimento não formal que contribui para a vida dos cidadãos. A mídia exerce papel importante na formação de opiniões e pontos de vista na sociedade, portanto também realiza educação, mesmo que no âmbito informal, e agrega algum tipo de valor à bagagem que a escola, a universidade, os grupos sociais e a família vêm produzindo, cada um a seu modo, para o desenvolvimento dos indivíduos. É, portanto, o conjunto destes elementos que influencia a formação e os argumentos dos cidadãos.

Entende-se, então, que a mídia tradicional e as novas mídias funcionam como uma espécie de espaço público, e poderia se apropriar desta condição para contribuir para a discussão de pautas relacionadas aos direitos humanos, que de fato sejam significativas para o exercício da cidadania. Hannah Arendt (1958) em sua obra *A Condição Humana* apontou o espaço público como um lugar de diálogo, onde essencialmente o cidadão alcançaria a liberdade. Entenda-se esta liberdade como a possibilidade de participar ativamente na vida pública. Arendt entendia a comunicação como um pilar desse espaço público. Sobre este aspecto, Lafer (2003, p. 35), analisa que “restaurar, recuperar, resgatar o espaço público que permite, pela liberdade e pela comunicação, o agir conjunto, e com ele a geração do poder, é o grande tema unificador da reflexão de Hannah Arendt”.

A mídia, portanto, a partir de uma sintonia com a internacionalização do Direito e as políticas de universalização dos direitos humanos, reúne propriedades razoáveis para cumprir a função de informar os cidadãos sobre os seus direitos, mas também o dever de fiscalizar e denunciar a prática da violação aos direitos humanos em casos de exploração de menores, tráfico de pessoas, trabalho escravo, discriminação e violência de gênero, entre outros crimes que atentem contra os direitos humanos e a cidadania universal.

As tecnologias criaram mecanismos para que os receptores sejam cada vez mais ativos e participativos, influindo nas rotinas de produção midiática, que precisa se manter constantemente mais atenta não só à agenda factual, mas a grandes temas de interesse da humanidade. Os profissionais da mídia, diante desse quadro precisam se colocar como aptos a investigar e investir na produção de conteúdos, tendo em vista a proteção aos direitos humanos. Assim, estarão também em sintonia com os rumos da História e os anseios do público. Desse ponto de vista, a mídia pode ser agente articulador de políticas capazes de intervir na sociedade.

Nas últimas décadas as mulheres têm conquistado cada vez mais espaços e posições importantes na sociedade. Essa ascensão, entretanto, é recente e não apaga um passado no qual a mulher possuía um papel invisível na História. O renascimento do feminismo nos anos 70 garantiu direitos legais às mulheres, o acesso à educação superior e abriu caminho para entrarem cada vez mais para o mundo dos negócios, derrubando a mistificação do sexo frágil de uma mulher que tomava conta apenas da casa, lugar onde apenas tinham reconhecimento por serem esposa ou mães.

A figura feminina foi construída culturalmente a partir de uma violência simbólica de gênero que diz respeito aos motivos pelos quais essas mulheres foram intimidadas e colocadas quase sempre num estado de inferioridade. Por conta de uma sociedade predominantemente patriarcal, as representações sociais de gênero são caracterizadas por uma figura que dissemina uma representação constrangedora da mulher.

Para Jodelet (2002, p. 22), as representações sociais são “uma forma de conhecimento socialmente elaborado e compartilhado, com um objetivo prático, e que contribui para a construção de uma realidade comum a um conjunto social.” Assim, nenhum discurso sobre qualquer coisa foge à lógica da construção de uma realidade determinada a partir das representações que se tem sobre ela. É uma construção em nível de discurso e todo o discurso é concebido a partir de uma cultura de comportamentos, experiências e saberes, portanto uma construção social. Bourdieu (2014), quando trata da divisão entre os sexos, explica que parece existir uma ordem natural estabelecida, como se isso estivesse “na ordem das coisas” e que esse processo estaria institucionalizado em todos os lugares em um “estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas “sexuadas”), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação” (p. 21).

Como o corpo é o primeiro lugar de visibilidade, a sociedade encarou a mulher a partir de seus traços físicos, como seu corpo, e bastando-a por sua reprodução. Por conta da menstruação, da gravidez e do parto, as mulheres foram destinadas ao silêncio e à invisibilidade, fazendo com que sua luta não fosse totalmente efetiva. Nesse sentido, o conceito de gênero começa a ser utilizado para denunciar esse tipo de violência que a mulher sofre ao longo dos

anos. Colling (2014, p. 15) afirma que examinar a história a partir do gênero é questionar os modelos existentes, “tornando visível o androcentrismo do discurso científico e histórico tradicional, condicionando-se assim a produção global da história”.

A importância de utilizar esse conceito é a de indicar que a condição das mulheres não é mais restrita à sua natureza, comprovando que as características físicas não inferiorizam ou magnificam. O gênero diferencia socialmente as pessoas, levando em consideração os padrões histórico-culturais atribuídos para os homens e mulheres. A partir desse discurso é necessário desconstruir um estereótipo produzido ao longo da história. Scott (1998, p. 15) define gênero como o “discurso da diferença dos sexos. Ele não se relaciona simplesmente às idéias, mas também às instituições, às estruturas, as práticas cotidianas como aos rituais, e tudo o que constitui as relações sociais”. A historiadora ressalta a importância do discurso como instrumento de entrada na ordem do mundo, que embora não reflita a realidade biológica primeira, é o que constrói o sentido desta realidade. “A diferença sexual não é causa originária da qual a organização social poderia derivar; ela é, antes, uma estrutura social móvel que deve ser analisada nos seus diferentes contextos históricos” (SCOTT, 1998, p. 15).

O discurso masculino sobre o corpo da mulher naturaliza a feminilidade a partir da capacidade de reprodução, expressando que a condição feminina se dá apenas pela maternidade. Essa fala confirma a desigualdade hierárquica vivida na sociedade. Pierre Bourdieu explica que a definição social dos órgãos sexuais não é apenas um registro de propriedades naturais, mas “produto de uma construção efetuada à custa de uma série de escolhas orientadas, ou melhor, através da acentuação de certas diferenças, ou do obscurecimento de certas semelhanças” (BOURDIEU, 2014, p. 29).

Na fronteira, esse contraste social é ainda mais acentuado por conta da identidade cultural dessa região, composta por diferentes elementos que caracterizam os povos que nela habitam. Os modos de vida, as línguas presentes e os valores fazem com que estudar a violência de gênero fronteiriça seja algo complexo e delicado. A existência dessa identidade, causada por uma interação social entre as diferentes culturas, efetiva um conjunto de costumes e valores de uma população que se reinventa para habitar uma área.

Quando se trata de violência e segurança na faixa de fronteira em geral a questão é apresentada dentro de uma relação com o tráfico de drogas e o contrabando, principais crimes cometidos nesse local. Embora as situações de violência contra a mulher não sejam específicas da área fronteiriça, elas ganham maior proporção por receberem pouca atenção devido à prioridade de outros assuntos pelos órgãos de segurança dessa região.

#### **4 PELAS FRONTEIRAS: Quando A Violência de Gênero é Contra a Mulher**

A pesquisa da qual resultou a reflexão deste texto foi realizada de agosto de 2017 a maio de 2018, e aqui faz um recorte territorial em relação às cidades do Rio Grande do Sul que fazem fronteira com a Argentina e o Uruguai. A fundamentação da pesquisa está baseada nos direitos humanos, tendo como perspectiva um olhar universalista sobre as questões relacionadas ao ser humano, reconhecendo que mesmo em culturas distintas e com diferenças culturais bastante evidentes, deve predominar o reconhecimento dessas diferenças, a equidade de direitos e a justiça. Os direitos humanos são para todos e todas, preservando em primeiro lugar a dignidade de cada ser humano. Desse ponto de vista, analisar a representação

da mulher em determinados espaços ou culturas é um exercício de observação de como a sociedade ainda precisa evoluir na concepção da igualdade de direitos, eliminação do preconceito e discriminação e, principalmente, no combate à violência e na realização de projetos em educação para os direitos humanos. E a fronteira é um destes lugares em que é necessário investir em propostas direcionadas para tal fim.

A pesquisa é de caráter qualitativo e se utiliza do método hipotético dedutivo. O propósito deste texto é refletir sobre os direitos humanos com foco na mulher e na forma como ela é representada na mídia de fronteira. O recorte de pesquisa realizado para este artigo apresenta os dados sobre a violência cometida contra a mulher nas 12 cidades do Rio Grande do Sul que se situam na região de fronteira imediata com a Argentina e o Uruguai. Salienta-se que estes dados são os que são conhecidos tecnicamente, pois muitos casos de violência cometida contra a mulher nem são registrados, muitas vezes pela situação de vulnerabilidade familiar ou social em que se encontram as vítimas. Os dados foram divulgados pela Secretaria de Segurança Pública (SSP) – Departamento de Integração, Planejamento e Política de Segurança – Observatório Estadual de Segurança Pública (2018, *on-line*). Essa coleta realizada sobre as 12 cidades que fazem fronteira com o Uruguai e/ou a Argentina revelam a necessidade de as instâncias competentes encontrarem mecanismos que atuem dentro dos órgãos de segurança pública para combater a evidência de violência de gênero contra a mulher (Quadro 1).

**Quadro 1 – Violência contra a mulher na fronteira gaúcha**

Cidade	2017	Total (desde 2012)	% (vítimas/total)	População de mulheres	Taxa de mulheres vítimas/10.000 hab. 2016
ACEGUÁ	4	27	0,01	2.091	28,69
BARRA DO QUARAÍ	16	53	0,02	1.485	74,07
CHUÍ	17	136	0,05	2.996	93,46
ITAQUI	110	817	0,32	19.125	76,34
JAGUARÃO	80	412	0,16	14.343	36,95
PORTO LUCENA	8	78	0,03	2.715	29,47
PORTO XAVIER	45	310	0,12	5.258	98,90
QUARAÍ	54	405	0,16	11.793	61,90
SANTA VITÓRIA DO PALMAR	147	953	0,38	15.521	106,95
SANTANA DO LIVRAMENTO	337	1.767	0,70	43.088	70,55
SÃO BORJA	232	1.593	0,63	31.423	76,38
URUGUAIANA	424	2.926	1,15	64.426	73,57

Fonte: Elaboração reeditada a partir dos dados publicados pela Secretaria de Segurança Pública (SSP) – Departamento de Integração, Planejamento e Política de Segurança – Observatório Estadual de Segurança Pública (2018 – *on-line*).

O relatório disponível no *site* da Secretaria de Segurança Pública (SSP) apresenta a partir de quadros o monitoramento dos indicadores de violência contra mulheres e meninas ocorrida em cidades gaúchas. Esses dados são de delitos que se enquadram na Lei Maria da Penha, lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

O recorte temporal realizado para melhor compreender a pesquisa sobre a representatividade da mulher na mídia de fronteira separou apenas as informações das cidades do Rio Grande do Sul que fazem fronteira com o Uruguai e com a Argentina.

Por meio do comparativo é possível observar que a Fronteira Sul, com as cidades de Chuí, Santa Vitória do Palmar e Jaguarão, apresenta um índice maior de violência de gênero do que a Fronteira Oeste. A média apontada desde 2012 em Chuí é de 22 casos por ano, o que, com uma população de mulheres relativamente menor que nas outras cidades, revela uma taxa alta de vítimas. Santa Vitória do Palmar indica a maior taxa de mulheres vítimas de violência – 106,95 por 10 mil habitantes em 2016 – com 166 casos, dado obtido da tabela completa disponível no *site* da Secretaria de Segurança Pública (SSP). Com a cidade de Jaguarão a Fronteira Sul totaliza 1.501 casos relatados pela Secretaria desde 2012, revelando a necessidade de uma política que diminua os crimes de violência contra a mulher.

Uruguaiana é uma das situações mais preocupantes em relação aos dados divulgados nesse quadro. A maior cidade da região oeste e da fronteira do Rio Grande do Sul em população revela quase 3 mil ocorrências em seis anos, uma média de 488 casos por ano. O índice reflete a violação que essa minoria social sofre pela falta de mecanismos que desenvolvam políticas públicas a fim de enfrentar esse tipo de violência, que tem menor visibilidade que outros tipos de crime na fronteira.

A condição fronteiriça impõe desafios específicos para resolver os acontecimentos próprios da violência de gênero. Por se tratar de uma área em que os problemas com a criminalidade e a segurança são postos em evidência para serem solucionados com urgência, casos de violência contra a mulher, por exemplo, recebem uma atenção secundária e levam mais tempo para serem resolvidos, o que revela que existe uma carência de projetos destinados a esse fim.

Em uma sociedade na qual os discursos são predominantemente machistas, buscar por dados, entrevistas e mais informações que visam ao reconhecimento da mão de obra feminina é um grande desafio. A pesquisa desenvolvida procura compreender o papel dos meios de comunicação como mediadores do processo do direito à informação, da cidadania e direitos humanos, com vistas a entender como a mulher é representada na mídia de fronteira a partir da análise da relação entre as representações da mulher na mídia de fronteira e os direitos humanos.

Para tanto, durante o período de agosto de 2017 a maio de 2018 realizou-se a pesquisa de campo na Internet por meio do mapeamento de portais de notícias da fronteira e publicações em mecanismos de busca sobre as mulheres. A partir disso foi formado um acervo e arquivo do material já coletado, a fim de analisar os dados obtidos durante a pesquisa sobre a maneira como a mulher é representada nas mídias, principalmente a de fronteira.

Ao analisar os meios de comunicação e as formas de produção da comunicação, pode-se afirmar que a mídia atua como mediadora em um processo de dar visibilidade às informações. A abertura da mídia aos movimentos feministas propicia maior visibilidade à discussão sobre o tema do protagonismo da mulher, entretanto o empoderamento feminino ainda é tratado a partir de um debate pouco explorado dentro de nossa sociedade. Na metade dos anos 90, quando a Internet chegou ao Brasil, o Jornalismo passou por uma grande mudança em seu processo de comunicação e na maneira como as informações são divulgadas. O surgimento de variados canais de informações *on-line* promove um novo modelo do modo de distribuir as notícias. O Jornalismo *on-line*, presente nas plataformas digitais, oferece ao público a vantagem de garantir a facilidade de acesso à informação com atualizações constantes e divulgações mais rápidas que em outras mídias tradicionais.

A mídia fronteiriça apresenta um caráter do Jornalismo *on-line* estático; os principais veículos de comunicação deixam de lado a produção voltada somente para o digital e apenas copiando as notícias já divulgadas nos jornais físicos. Como analisa Müller (2015, p. 128):

Mesmo lançando mão de novos recursos, no entanto, percebe-se que a mídia local fronteiriça ainda engatinha no que diz respeito ao emprego das possibilidades que a Web oferece. Em relação à agilidade da Internet, os meios de comunicação deixam a desejar. As trocas entre leitor/internauta e produtores da informação são pequenas. De modo geral, os portais, sites e blogs que analisamos são bastante estáticos. Muitos deles representam mais um repositório de dados, composto por edições anteriores dos periódicos, do que um canal de atualização constante que pode ser buscado pelos interessados para que tenham informações sobre os acontecimentos em tempo real.

A pesquisa revela que grande parte das notícias está relacionada à violência doméstica que a mulher sofre, denunciando a questão de gênero que ainda predomina na sociedade. Mesmo ganhando maior discussão na mídia e dentro das casas da população brasileira, o pensamento comum demonstra a relação de poder que os sexos compõem na organização social, a chamada hierarquização dos sexos.

Ao realizar o mapeamento sobre como os *sites* e jornais retratam essa realidade a análise apresenta o discurso em que a mulher sofre violações dos direitos humanos a partir de uma falta de aprofundamento e abordagem do assunto nas reportagens. A veiculação dessas matérias acontece com pouca apuração sobre o caso e falta de pesquisa sobre a temática que está sendo tratada. Os meios de comunicação pouco se preocupam com os direitos civis, políticos e sociais das mulheres envolvidas.

A informação torna-se vazia quando não está embasada no conhecimento. Com um grande número de informações circulando de forma acessível, é importante ter os conhecimentos necessários para fazer a interpretação de todo o contexto e das relações que o envolvem (RADDATZ; NASI, 2017, p. 86).

O município de Santa Vitória do Palmar, região Sul do Estado, apresenta a maior porcentagem de taxa de mulheres vítimas de violência no ano de 2016. Em uma população feminina de quase 12 mil, em 2018 foram 147 denúncias envolvendo questões de violência na Lei Maria da Penha. Para a análise, foram escolhidos três veículos de diferentes portes que noticia-

ram o mesmo ocorrido em seus respectivos sites: no dia 18 de maio de 2018, sexta-feira, uma mulher havia sido assassinada naquela manhã pelo seu companheiro que logo após cometeu suicídio.

Conforme os horários disponibilizados pelos veículos, o primeiro a divulgar informações foi o jornal Diário Popular de Pelotas – RS. Intitulado de o “jornal mais antigo do Rio Grande do Sul”, liberou às 11h48min uma notícia pequena sobre o fato, apenas com informações e uma fala sobre a fonte que encontrou o corpo da vítima. O maior portal de notícias do Rio Grande do Sul, que integra o jornal Zero Hora e a rádio Gaúcha, a Gaúcha ZH fez a postagem da notícia às 12h51min com apenas uma nota de cinco linhas e sem detalhamento do que aconteceu. O site ainda avisa no final da notícia que “a Polícia Civil vai investigar as causas do crime”, mas não complementa com outras notas em relação ao fato. No blog de notícias Evaldo Gomes, onde são veiculadas notícias da cidade de Canguçu e de toda a região sul do RS, a publicação do fato também é escassa de dados e de aprofundamento.

Esse pequeno mapeamento revela a importância de o Jornalismo preocupar-se com parâmetros éticos observando a sua linguagem e abordagem para não violar os direitos humanos, evitando falas sensacionalistas, carência da pesquisa, primando pela apuração sobre o tema. Cabe aqui também ressaltar que a própria condição do fazer jornalístico se transformou com o advento da Web, pois o uso da Internet modificou a prática dos jornalistas de averiguar as falas de suas fontes, levando muitas vezes à replicação de notícias, o que mostra a preponderância da agilidade sobre a qualidade. Há uma briga por notícias quentes, corrompendo o princípio da importância que deve ser dada ao modo como é retratada a situação, guiando-se pela ideia de que a velocidade da circulação de informações é o que define o número de acessos.

Assim, tornou-se cada vez mais importante a dedicação a buscar informações, apurar fatos, ouvir diferentes atores sociais sobre distintas e infinitas produções de conhecimento, de fatos e de poder que os embalam, colocando, idealmente, à disposição do público, determinados acontecimentos que terão relevância na vida das pessoas e que precisam, de forma diversificada, plural e precisa, estarem no dia-a-dia das pessoas, para que estas possam exercer de forma mais consciente e clara a liberdade de escolha (KARAM; CHISTOFOLETTI, 2011, p. 80).

O Jornalismo é formado por valores, esses incluem a ética, a notícia, a verdade e o mais presente deles, o imediatismo. Para Traquina (2005, p. 37), “o fator tempo condiciona todo o processo de produção das notícias, porque o jornalismo é marcado por horas de fechamento”, a pressa pela publicação torna mais intensa essa relação do jornalista com seus valores profissionais.

Essa velocidade altera muito o formato e a maneira com que as notícias são divulgadas. Mesmo que elas não estejam completas ou totalmente apuradas são publicadas e posteriormente feitas as alterações, se necessário. Essa “nova” narrativa jornalística muitas vezes fere os princípios dos direitos humanos, uma vez que a falta de profundidade com que esses profissionais abordam assuntos específicos reflete em uma sociedade cada vez menos preparada para discussões acerca do tema.

O Jornalismo, a partir da perspectiva de seu viés social, precisa contribuir para modificar a maneira como a mulher é representada na mídia. É mais importante analisar o contexto histórico e social em que esses fatos estão inseridos do que apenas divulgá-los. O discurso social sobre a inferioridade feminina tem reflexos tanto na sociedade como nos relacionamentos afetivos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada aponta para a vulnerabilidade e a fragilidade da mulher, pela forma como ela é representada na mídia, geralmente ligada a situações de violência, que corroboram também a imagem de uma fronteira violenta. Visto de modo simplista poder-se-ia afirmar que tal violência contra a mulher é produto do meio, mas a pesquisa também indica que mesmo cidades como Santa Vitória do Palmar, com cerca de 30 mil habitantes, portanto um município pequeno, também está exposto à situação de violência contra as mulheres em níveis altos, considerando as ações impetradas com o recurso da Lei Maria da Penha, conforme o quadro de monitoramento publicado pela Secretaria da Segurança Pública sobre os municípios gaúchos.

Não se quer afirmar que a mídia é a responsável pela incitação à violência, pois as razões para isso são provenientes de um conjunto de outros elementos históricos e sociais, que não constituem o foco deste estudo. É importante salientar, porém, que a mídia tem um papel crucial na formação dos pontos de vista e na criação do imaginário e reside neste ponto a sua cota de responsabilidade quanto àquilo que está reproduzindo sobre gênero e fronteira e até que ponto não estaria ferindo os princípios dos direitos humanos. A era dos direitos corresponde a um período da História em que emergem em todas as instâncias de comunicação discursos pela proteção dos direitos humanos, na medida em que se reconhecem os níveis de desigualdade social entre milhões de seres humanos pelo mundo. Ao mesmo tempo floresce também a consciência de que existe uma hegemonia de classes econômicas e que isso influí diretamente na violação desses direitos. Há, portanto, um paradoxo a ser resolvido.

A cidadania é o lugar de fala para vigiar e interceder de forma ininterrupta nesse processo, não só pelo discurso, mas por ações no espaço público. Se a mídia reúne todas as características que se aproximam do cidadão, eticamente pode também exercer a cidadania e ser um elemento articulador ativo e participante por meio de sua comunicação nesse espaço público. Seu diferencial é a possibilidade de ocupar um lugar privilegiado de fala, pois se dirige a um grande contingente de pessoas e ao mesmo tempo pode manifestar-se por elas, pode indagar, investigar, fiscalizar, sugerir, informar, comparar, analisar e interpretar uma realidade, enfim, formar pontos de vista e questionar opiniões. Assim, principalmente os meios que recebem concessão pública para funcionar, deveriam ser cobrados para que de fato representem as múltiplas vozes, não podendo fugir do compromisso com a cidadania e a defesa dos direitos humanos. A mídia como espaço público é o lugar também de fala do cidadão que hoje quer participar do processo de comunicação, sentindo-se coautor e plenamente envolvido no sistema, considerando que há várias formas de participação, potencializadas pelas ferramentas de Internet. Ao perceber que a problemática de seu interesse está presente na mídia, o cidadão sente-se incluído e contemplado nas suas expectativas, o que gera empoderamento do indivíduo e capitaliza a audiência. Isto lhe dá mais autonomia para discutir, avaliar, tomar

decisões, qualificando inclusive a própria participação. Esta proximidade e o sentimento de fazer parte do processo criam vínculos entre a mídia e os cidadãos e estabelecem uma comunicação dialógica, capaz de fazer ambos olharem para dentro de si mesmos, reconhecendo seus iguais e diferentes, ampliando a sua visão do humano.

Os direitos humanos, portanto, precisam fazer parte da pauta da mídia, o espaço público por excelência da comunicação pelo e para o seu entorno, sem perder de vista a problemática da humanidade.

## 6 REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1958-2004.
- BEDIN, Gilmar Antonio; GRANDO, Juliana Bedin. A universalidade dos Direitos Humanos e seu percurso no século XX. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; LOPES Ana Maria D'Ávila; SPOSATO, Karyna Batista. (org.). *Direito internacional dos direitos humanos* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: Conpedi; UFS, 2015.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Campus: Rio de Janeiro, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*; tradução Maria Helena Kühner. 1. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. 1988. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao1988.html/Constituiode1988.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/Constituiode1988.pdf). Acesso em: mar. 2018.
- CANCLINI, Néstor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.
- COLLING, Ana Maria. *Tempos diferentes, discursos iguais: a construção histórica do corpo feminino*. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2014.
- DIÁRIO POPULAR. *Mulher é morta pelo companheiro em Santa Vitória do Palmar*. Disponível em: [http://www.diariopopular.com.br/index.php?n\\_sistema=3056&id\\_noticia=MTMyNjE2&id\\_area=Nw==](http://www.diariopopular.com.br/index.php?n_sistema=3056&id_noticia=MTMyNjE2&id_area=Nw==). Acesso em: 23 maio 2018.
- GAÚCHA ZH. *Mulher é morta pelo marido dentro de casa no sul do RS*. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/05/mulher-e-morta-pelo-marido-dentro-de-casa-no-sul-do-rs-cjhc542t509fg-01qoxxx1bj71.html>. Acesso em: 23 maio 2018.
- IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Brasil). *Ponte Internacional Barão de Mauá*: dossier de candidatura: Patrimônio Cultural do Mercosul – PCM = Puente Internacional Barón de Mauá : dossier de candidatura : Patrimonio Cultural del Mercosul – PCM; Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Brasília-DF: IPHAN, 2015.
- JODELET, Denise. Representações sociais: um domínio em expansão. In: JODELET, Denise (org.). *As representações sociais*. Rio de Janeiro: Eduerj, 2002.
- KARAM, Francisco José Castilhos; CHRISTOFOLETTI, Rogério (org.). Configurações políticas: fundamentos jornalísticos para novos cenários éticos da informação. In: SILVA, Gislene (org.). *Jornalismo contemporâneo: figurações, impasses e perspectivas*. Salvador: Edufba, 2011. Disponível em: <http://www.sisbin.ufop.br/novoportal/wp-content/uploads/2015/03/JORNALISMO-CONTEMPORANEO.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- MÜLLER, Karla. Mídia local fronteiriça: do impresso ao on-line. In: RADDATZ, Vera Lucia Spacil; MÜLLER, Karla Maria (org.). *Comunicação, cultura e fronteiras*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015.
- NOTÍCIAS EVALDO GOMES. *Homem mata mulher e depois se suicida em Santa Vitória do Palmar*. Disponível em: <https://eg-leal.blogspot.com/2018/05/homem-mata-mulher-e-depois-se-suicida.html>. Acesso em: 23 maio 2018.
- OLIVEIRA, Tito Carlos Machado. Fronteiras de Comunicação: movimentos, sentidos e semblantes. In: RADDATZ, Vera Lucia Spacil; MÜLLER, Karla Maria. *Comunicação, cultura e fronteiras*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015.
- OTA, Daniela. Radiojornalismo na fronteira: especificidades na produção e disseminação do conteúdo jornalístico. In: RADDATZ, Vera Lucia Spacil; MÜLLER, Karla Maria. *Comunicação, cultura e fronteiras*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015.
- PESAVENTO, Sandra Jatahy. Além das fronteiras. In: MARTINS, Maria Helena (org.). *Fronteiras culturais*. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2002.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil; NASI, Lara. O jornalismo como campo mediador dos direitos humanos. *Comunicação & Sociedade*, São Bernardo do Campo, v. 39, n. 2, p. 79-102, maio/ago. 2017.

PREFEITURA DE ACEGUÁ. *Histórico*. Disponível em: <http://www.acegua.rs.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2018.

SCOTT, Joan. *La citoyenne paradoxale*: lês féministes françaises et lês droits de l 'homme. Paris: Editions Albin Michel, 1998.

SSP. Secretaria de Segurança Pública. Departamento de Integração, Planejamento e Política de Segurança. Observatório Estadual de Segurança Pública. *Monitoramento dos indicadores de violência contra as mulheres e meninas*. Disponível em: <http://www.ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/201805/18130728-indicadores-criminais-geral-2018.xlsx>. Acesso em: mar. 2018.

TRAQUINA, Nelson. *Teorias do jornalismo: por que as notícias são como são*. Florianópolis: Insular, 2005. 1 v.

## Acesso à Justiça para Mulheres em Situação de Violência Análise da Atuação da Delegacia da Mulher à Luz da Justiça Social Pautada na Ética da Alteridade e na Responsabilidade

**Tatiana Mareto Silva**

Doutora vinculada ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos – FDC (2007). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV (2004). [tmareto@gmail.com](mailto:tmareto@gmail.com)

**Aloísio Krohling**

Pós-doutor em Filosofia Política pelo Instituto Santo Anselmo em Roma, Itália. Mestre em Filosofia e Teologia pela Universidade Gregoriana em Roma, Itália. Graduado em Filosofia pela Faculdade Anchieta, São Paulo. Graduado em Ciências Sociais pela Loyola University, Chicago, USA. [krohling@gmail.com](mailto:krohling@gmail.com)

### RESUMO

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340), de 2006, publicada há 10 anos, provavelmente não representou a redução da violência doméstica e sexual contra a mulher. Os mecanismos existentes antes da referida lei também não foram eficientes para reduzir os casos de violência de gênero no Brasil. O estudo analisou as delegacias especializadas em violência contra a mulher para verificar se sua atuação condiz com a base teórica que sustenta os tratados internacionais e documentos ratificados pelo Brasil para a erradicação da violência contra a mulher, utilizando as teorias da justiça social de Emmanuel Lévinas, da ética da responsabilidade e da alteridade, e de Nancy Fraser, com sua visão tridimensional das políticas públicas de gênero, pela metodologia do múltiplo dialético, concluindo pela necessidade de um repensar a execução das delegacias especializadas para que representem um acesso à justiça real e ético.

**Palavras-chave:** Violência contra a mulher. Ética. Justiça social. Delegacia de proteção à mulher.

**ACCESS TO JUSTICE TO WOMEN VICTIM OF VIOLENCE: ANALYSIS OF WOMEN'S SPECIAL POLICE STATION  
ACTING AT LIGHT OF SOCIAL JUSTICE BASED ON ALTERITY ETHICS AND RESPONSABILITY**

### ABSTRACT

Law 11.340/2006, *Lei Maria da Penha*, published 10 years ago, may did not represent the reduction of domestic and sexual violence against women. The mechanisms that existed prior to this law were also not effective in reducing cases of gender violence in Brazil. The study analyzed the specialized police stations in violence against women to verify if their action is consistent with the theoretical basis that supports the international treaties and documents ratified by Brazil for the eradication of violence against women, using the theories of social justice of Emmanuel Lévinas, The ethics of responsibility and alterity, and Nancy Fraser, with her three-dimensional vision of the public policies of gender, by the methodology of the dialectical multiple, concluding on the need to rethink the execution of the specialized police stations to represent a real and ethical access to justice.

**Keywords:** Violence against woman. Ethics. Social justice. Women's special police station.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A ética da responsabilidade e a alteridade em Emmanuel Lévinas. 3 A justiça estatal proposta por Nancy Fraser. 4 A delegacia de atendimento à mulher em situação de violência: a (in)eficiência do modelo estatal de acolhimento e proteção. 5 Conclusões. 6 Referências.

Recebido em: 5/12/2016  
Aceito em: 30/9/2018

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a igualdade formal entre homens e mulheres. A década de 90 foi marcada por convenções internacionais referentes aos direitos humanos das mulheres e à erradicação da violência contra a mulher. Os debates sobre gênero e desigualdades na perspectiva do gênero estão em foco permanente no século 21, tanto no tocante aos direitos das mulheres quanto na identidade de gênero.

A presente pesquisa tem como fundamento os trabalhos normativos e de políticas públicas para combate à violência contra a mulher, tanto no aspecto da punição dos agressores quanto na reestruturação da vida das mulheres em situação de violência. O reconhecimento dos direitos humanos das mulheres não foi capaz de eliminar completamente as desigualdades no campo material; os homens ainda ocupam majoritariamente os espaços públicos (ARENDT, 2007) e o masculino ainda exerce dominação sobre o feminino. Esse contexto privilegia a violência contra a mulher e impede ou dificulta a punição dos agressores, que são, geralmente, seus pais, familiares e companheiros. A situação de submissão e dependência das mulheres faz com que elas se mantenham em relações familiares violentas.

A atuação estatal para a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres não é suficiente no campo da igualdade formal. Não basta que o Estado afirme a igualdade de gênero e não realize políticas ou edite leis que discriminem homens e mulheres; é preciso que ele atue afirmativamente para reduzir as igualdades materiais, principalmente em relação à violência contra as mulheres (FRASER, 2006, 2007a). Nesse contexto, precisamos falar de como esse aparato estatal concilia sua efetividade a um ideal de justiça. A partir disso, devemos questionar: Como as mulheres em situação de violência que buscam a tutela estatal são acolhidas? Como o Estado e a sociedade as enxergam? O atendimento estatal viabiliza o acesso à justiça de mulheres, considerando as dificuldades específicas da mulher no espaço público (ARENDT, 2007)?

Para tanto, analisamos a justiça pela filosofia levinasiana da alteridade e da responsabilidade. A ética em Emmanuel Lévinas está para a relação do Mesmo com o Outro e o terceiro, que demanda justiça, e é essa ética, voltada para a responsabilidade, que qualifica as instituições para a realização do justo. Analisamos também se a justiça em Lévinas relaciona-se intrinsecamente com o Direito e com o Estado e vice-versa. Pelo método do múltiplo dialético (KROHLING, 2014), faremos uma análise histórica e teórica da situação das mulheres até o século 21, com ênfase no reconhecimento de seus direitos humanos e na luta de sua inclusão nos espaços públicos, bem como estabeleceremos as dificuldades e barreiras peculiares de acesso à justiça das mulheres e a relevância da atuação das delegacias de proteção à mulher para reduzir ou eliminar essas barreiras.

Não obstante ser um Estado Democrático de Direito, formado por uma Constituição democrática e garantista (BRASIL, 1988) e signatário de vários tratados e acordos internacionais para a erradicação da violência de gênero, o Brasil ainda é um país com altos índices de violência contra a mulher. Dados revelam que, apesar da evolução do feminismo e do reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, tanto pela comunidade internacional quanto nacional, de 1980 até 2013 morreram 106.093 mulheres nos Estados Brasileiros (WAISELFISZ, 2015). Mesmo depois da entrada em vigor da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o número

de homicídios de mulheres continuou a crescer numericamente, o que pode nos levar a duas hipóteses: i) a visibilidade dada à violência contra a mulher aumentou o número de denúncias, ampliando o registro estatal; e ii) a lei e as políticas públicas eventualmente instituídas como consequência do aparato legislativo, não foram suficientes para atingir o objetivo de reduzir e erradicar a violência contra a mulher.

Nesse cenário, o Espírito Santo ocupa o 2º lugar no Mapa da Violência 2015, atrás apenas de Roraima, nos índices de homicídios femininos. A maioria das vítimas mulheres é negra, entre 18 e 30 anos. A domesticidade da violência contra a mulher se revela evidente – 27,1% dos homicídios femininos aconteceram em casa, enquanto, para os homens, mais da metade dos homicídios se dá em vias públicas (WAISELFISZ, 2015, p 39). Esse dado demonstra que a mulher continua confinada aos espaços privados e subjugada em seu próprio lar, e os homens nos espaços públicos, numa reprodução da teoria arendtiana (ARENKT, 2007). Os parceiros ou ex-parceiros foram nomeados como agressores em mais da metade dos casos de atendimentos a mulheres em situação de violência (WAISELFISZ, 2015).

A mulher em situação de violência sofre agressões sistemáticas – a reincidência é de 54,1% para atendimentos de casos de violência em mulheres adultas e 60,4% em mulheres idosas (WAISELFISZ, 2015). Números elevados demonstram que as mulheres estão mais vulneráveis à violência no lar, com seus maridos, companheiros ou namorados, do que nas ruas, espaço social onde as violências masculinas mais comumente ocorrem. Novamente, essa é uma reprodução da teoria arendtiana (ARENKT, 2007), que apresenta a dificuldade que as mulheres têm de transpor a barreira do espaço privado para ocupar os espaços públicos, tradicionalmente dos homens.

Nesse cenário de violência e índices que tiveram redução pouco significativa desde a Constituição Federal de 1988, que positivou direitos fundamentais independente de gênero e igualou formalmente homens e mulheres, o feminino ainda está em posição de desigualdade formal em relação ao masculino. A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representou marco legislativo com o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade da intervenção estatal para a efetivação desses direitos. Considerando a violência contra a mulher um fato a ser erradicado da sociedade brasileira, visto que consiste em violação direta dos direitos humanos, como as mulheres em situação de violência estão sendo acolhidas pelo Estado? Esse acolhimento é suficiente para garantir às mulheres em situação de violência outro direito fundamental: o acesso à justiça?<sup>1</sup>

No contexto da violência de gênero, em 1985 foram criadas as primeiras delegacias de proteção à mulher, objetivando oferecer às vítimas de violência um espaço adequado para atendimento de suas queixas e denúncias (PASINATO, 2015). Esse espaço de acolhimento representa o primeiro contato da mulher vítima de violência com o Estado, devendo ser categorizado como vetor de acesso à justiça, que não se resume exclusivamente à judicialização de um conflito. A relevância das delegacias de proteção à mulher para viabilizar o acesso à justiça

<sup>1</sup> Utilizamos a expressão “acesso à justiça” na concepção tanto de Mauro Cappelletti (1988), que o considera como acesso ao Poder Judiciário e, ainda, a um provimento judicial justo, capaz de colocar fim ao litígio e atingir a pacificação social, quanto na concepção de Nancy Fraser (2006, 2007a), em que a justiça equivaleria ao reconhecimento da vulnerabilidade da mulher como grupo discriminado historicamente, e à distribuição Estatal para permitir a redução dessa discriminação e a retirada da mulher da situação de vulnerabilidade.

das mulheres em situação de violência, deve ser pontuada como uma ruptura dos espaços públicos exclusivamente masculinos, pensados por homens e para homens. Resta analisar se a instituição cumpre seu papel no atendimento às mulheres que procuram a tutela estatal quando sofrem algum tipo de violência, o que faremos durante este estudo.

## 2 A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE E A ALTERIDADE EM EMMANUEL LÉVINAS

Antes da análise proposta, é fundamental uma abordagem sobre a justiça em uma concepção filosófica fundada na ética da alteridade e da responsabilidade de Emmanuel Lévinas e como ela qualifica teoricamente a atuação dos mecanismos estatais que visam a propagar a justiça, funcionando a filosofia levinasiana<sup>2</sup> como uma espécie de fio condutor entre a ética e a justiça (HADDOCK-LOBO, 2010). Sua filosofia fenomenológica baseia-se em uma crítica à ontologia que subjuga o Outro e à sacralização da razão moderna (DARDEAU, 2013). Dessa forma, poderemos concluir sobre o acesso à justiça proporcionado às mulheres em situação de violência; se ele é ou não compatível com a filosofia ética de Emmanuel Lévinas e se essa (in)compatibilidade afetaria a atuação estatal para a erradicação da violência contra a mulher.

Apesar da influência inicial da fenomenologia husseriana e heideggeriana, Lévinas voltou sua pesquisa para a ética da alteridade e da responsabilidade, afirmando que a responsabilidade pelo Outro precederia a liberdade individual (do Mesmo), sendo indispensável para a convivência humana (KROHLING *et al.*, 2011). Lévinas (2014) propõe um olhar diferente para a ética, situando-o como “filosofia primeira” e matriz de todos os direitos fundamentais. Ele aprofunda os conceitos de Transcendência e o Infinito e os relaciona com a sua reflexão sobre ética.

É importante situar a filosofia levinasiana no contexto em que ela foi desenvolvida – período de Guerras Mundiais, vivência de quatro anos em campo de concentração, genocídios, crise da razão, crise das ciências, desvalorização da vida humana, entre outros. O trabalho de Lévinas aparece para trazer a responsabilidade e a justiça em contraponto à coisificação ontológica (NODARI, 2002). A ética levinasiana da responsabilidade aparece como resposta do apelo da condição humana da época histórica em que ela foi desenvolvida e da experiência pessoal de Lévinas com o Nazismo<sup>3</sup> e outras agruras da Segunda Guerra Mundial.

Em contraponto à filosofia kantiana, Lévinas coloca a proximidade do Outro para desafiar a individualidade, e sustenta essa relação entre o Mesmo e o Outro como base da alteridade (KROHLING, 2011). O filósofo francês desenvolveu sua teoria com base na filosofia de Martin Buber, para quem “o Eu não é substância, mas relação: existe somente enquanto se refere a um Tu, cuja existência é dada pela palavra que dirige ao Eu” (LÉVINAS, 2014, p. 8). O encontro entre Eu e Tu, o falar dele e falar a ele é que permite o acesso à alteridade e possibilita que ela se realize (LÉVINAS, 2014).

<sup>2</sup> Emmanuel Lévinas nasceu em Kaunas, na Lituânia, em 1906, e faleceu em 1995. Naturalizou-se Francês em 1939. Estudou filosofia na Universidade de Strasbourg, na França, e foi aluno de Edmund Husserl e Martin Heidegger. Em 1930 publica sua tese intitulada: *A Teoria da Intuição na Fenomenologia de Husserl*. Entre suas obras estão *Existence and Existents* (1947), *Totalidade e Infinito* (1961), *Ética e Infinito* (1982) e *Entre Nós – Ensaios sobre a Alteridade* (1991).

<sup>3</sup> Emmanuel Lévinas alistou-se no exército francês depois de naturalizado e foi preso em um campo de concentração nazista em 1940. Sua família lituana foi assassinada e sua esposa e filha precisaram ser escondidas em Órleans para escapar.

Lévinas acreditava que a ontologia poderia acabar por neutralizar o ser, criticando-a na relação que liga o ser com o objeto do conhecimento. “Nesta ordem, a ontologia aprisiona o ser no campo do conhecimento, e o ser perde sua identidade e sua consistência no entendimento do sujeito cognoscente” (NODARI, 2002, p. 194). Sendo a ontologia uma “filosofia do poder” (NODARI, 2002, p. 195), ela reduziu a alteridade ao indivíduo, ao “eu” ou ao “mesmo”. Estando o “eu” no centro do universo, não reconhece nada superior a si e acredita que pode – e deve – ser o destino de todas as coisas. Se o “eu” é autônomo, não faz parte do mundo e tem o mundo como seu objeto, podendo subjugá-lo – e todas as coisas nele presentes, bem como enxerga todas as coisas como se enxergasse a si mesmo (NODARI, 2002). O “outro” não é outro senão o “eu” em si mesmo.

Assim, para a ética como filosofia primeira, “o eu precisa ser destituído de sua pretensa e falsa soberania para que, através da vulnerabilidade, ele aprenda a dizer adeus a este seu mundo tautológico, enclausurado e imutável” (HADDOCK-LOBO, 2010, p. 80). Isso somente seria obtido pelo encontro com o Outro e pela violência sofrida pela transcendência do rosto.

Apesar da inspiração da filosofia de Buber, o encontro Eu-Tu, que pressupõe reciprocidade, difere do encontro do Mesmo com o Outro, que está para a ausência de simetria – o Outro, em sua infinita grandeza, acaba por superar o Mesmo (LÉVINAS, 2014). Esse encontro com o Outro é comunicação e diálogo, colocando a relação ética como o acolhimento do rosto do outro, face a face. Esse rosto não possui referencial no mundo que conhecemos; ele é transcendental, e é essa transcendência que configura o verdadeiro sentido da ética levinaiana. A ausência de tematização do rosto acontece porque a relação com o outro pauta-se no que se quer compreender do outro, porém a compreensão sempre ultrapassa e excede o esperado, tornando sem face o rosto do outro (HADDOCK-LOBO, 2010).

O rosto, para Lévinas, não possui historicidade nem contexto social. Ele não é fenômeno qualquer pois não podemos saber quem é o Outro. O acolhimento deve acontecer independente da forma como o Outro possa se manifestar. Nesse sentido, posiciona-se:

Tenho descrito sempre o rosto do próximo como portador de uma ordem, que impõe ao eu, diante do outro, uma responsabilidade gratuita – e inalienável, como se o eu fosse escolhido e único – e o outro homem é absolutamente outro, isto é, ainda incomparável e, assim, único. Todavia, os homens que estão à minha volta são tantos! Daí o problema: quem é o meu próximo? Problema inevitável da justiça. Necessidade de comparar os incomparáveis, de conhecer os homens; daí seu aparecer como formas plásticas de figuras visíveis e, de certo modo, “des-figuradas”: como um grupo do qual a unicidade do rosto é como que arrancada de um contexto, fonte de minha obrigação diante dos outros homens; fonte à qual a mesma procura da justiça, afinal, de contas, remete e cujo esquecimento arrisca transformar em cálculo meramente político – e chegando até os abusos totalitários – a sublime e difícil obra de justiça (LÉVINAS, 2014, p. 28-29).

Nessa perspectiva da ética, a liberdade e a autonomia do indivíduo são superadas pela responsabilidade e pela alteridade em relação ao Outro que clama pela justiça. Por ser anterior à liberdade, a responsabilidade pelo Outro é transcendência em respeito à subjetividade (LÉVINAS, 1979). É o rosto que revela o apelo à justiça. A liberdade do Mesmo está para a liberdade do Outro, subjugado e dominado. Ao atender a esse apelo, reconhecendo que minha liberdade não é autônoma, o Mesmo se torna justo (LÉVINAS, 2014).

A relação do Mesmo com o Outro pressupõe a não indiferença à miséria do rosto. O acolhimento do Outro requer respeito a esse Outro. Como explica Haddock-Lobo (2010, p. 81), “se se deve acolher o outro como outro, em respeito a sua alteridade, cumpre-se que tal acolhimento deve dar-se independentemente de quaisquer aspectos que este outro possa vir a apresentar”. A ética levinasiana, então, pauta-se na superação do Mesmo pelo Outro, no reconhecimento da transcendência do Outro, na linguagem que funda a relação entre o Mesmo e o Outro, na responsabilidade para com o Outro, ciente que o rosto que se desvela não tem forma predefinida. Dessa forma,

O “eu” tem de esquecer seus poderes e reconhecer o outro como nu, despojado, isto é, o “eu” deve rejeitar o livre exercício de sua consciência, acolhendo o outro como pobre e se responsabilizando por ele, não lhe sendo indiferente. Logo, ao se responsabilizar por outrem, o “eu” acaba por submeter-se ao seu interdito, à sua ordem. Quem acata a ordem reconhece outrem como seu mestre, como seu senhor (PIMENTA, 2010, p. 74).

A filosofia levinasiana também prevê a figura do terceiro, que se colocaria entre a relação do Mesmo com o Outro e que seria para quem se faz a justiça. O terceiro é o próximo e representa o respeito de todos para com todos, uma espécie de responsabilidade coletiva. A ética da responsabilidade requer o abandono à violência do não reconhecimento, da vingança, da prevalência dos interesses individuais como superiores ao rosto do Outro.

Lévinas não deixou uma teoria voltada para o Direito ou para a justiça legal (estatal), mas não podemos desconsiderar a relação entre justiça estatal e ética, que se mostra pilar deste estudo, em que a ausência de compreensão do Outro conduziria inevitavelmente à injustiça perante este Outro, pela assimilação (e sua consequente aniquilação). O Estado, não pautando a sua justiça em uma ética de responsabilidade e alteridade, ignoraria as diferenças e a pluralidade da sociedade e não conseguiria desenvolver políticas para atingir a desejada igualdade material entre todas as pessoas, uma vez que não saberia reconhecê-las e respeitá-las em suas particularidades.

Concepção interessante da filosofia levinasiana para o presente estudo pauta-se na compreensão de que Lévinas, *a priori*, materializou o Outro no feminino, assimetria do masculino, o que nos conduz às relações interpessoais que legitimam a violência doméstica pela tentativa de assimilação do Outro feminino pelo eu masculino. Dessa forma, a relação entre homem e mulher deveria afastar-se da falsa ideia de completude pelo risco de o Mesmo assimilar o Outro (LÉVINAS, 1979). O mito do amor romântico esconderia sempre o desejo de assimilação violenta do Outro, do tornar-se-um, o que aniquilaria, assim, a alteridade levinasiana. Assim, a violência contra a mulher, que observamos no cotidiano do século 21, pode ser analisada pela perspectiva de Lévinas a partir do momento em que se apresenta como o filósofo descreveu em suas obras: uma relação de aniquilação do Outro em razão da não compreensão de seu rosto, da insistência em assimilá-lo como eu.

### 3 A JUSTIÇA ESTATAL PROPOSTA POR NANCY FRASER

Filósofa estadunidense, professora da *The New School* em Nova Iorque e pertencente à escola da teoria crítica, Fraser elaborou uma teoria que conjuga três requisitos para a propagação da justiça. Ressaltamos aqui que Fraser, diferentemente de Lévinas, desenvolve uma teoria focada na atuação estatal, mas que pode ser qualificada pela filosofia levinasiana,

principalmente para o presente estudo. Para ela, há uma deficiência em teorias da justiça meramente distributivas ou em teorias do reconhecimento, como as de Charles Taylor e Axel Honneth, pois elas abrangem apenas um aspecto dos clamores sociais contemporâneos (FRASER, 2007a). Ainda, Fraser (2007a) destaca que é necessário garantir a participação dos grupos minoritários na elaboração das leis e das políticas públicas para que esses grupos, tendo voz efetiva, possam ser nelas representados.

Para entender a teoria frasiana, devemos primeiro compreender que os diferentes grupos e indivíduos podem estar segregados ou discriminados de distintas maneiras na sociedade, o que torna seus pleitos diferentes. As demandas dos grupos LGBTs, dos grupos étnicos, dos grupos religiosos e do feminismo, são diversas, mesmo que, ao final, tenham o mesmo objetivo: oportunidades e reconhecimento. Se as demandas são diferentes e os graus de discriminação sofrida por esses grupos são diversas, nem todas essas demandas poderão ser atendidas da mesma forma.

Fraser (2006) entende que a distribuição, como critério de justiça, tem uma conotação de equalização econômica, ou seja, pretende igualar os grupos em desvantagem econômica para que todos possam ter as mesmas oportunidades reais, e atenderia aos grupos que não conseguem ascender financeiramente por estarem inseridos em uma zona de pobreza que lhes impede disputar igualitariamente os espaços no mercado econômico.

Políticas sociais, como o Bolsa Família, são, geralmente, fruto das teorias distributivas, pois funcionam como mecanismos para regular uma sociedade economicamente desigual. Assim, pessoas sem oportunidades e sem acesso a bens primários para garantir-lhes a sobrevivência – o que, para Amartya Sen (2011), é uma das maiores injustiças do mundo –, receberiam auxílio do Estado para atingirem uma igualdade material e, assim, poderem concorrer com outros grupos socialmente privilegiados.

Já o reconhecimento não visa a equalizar indivíduos e grupos; ao contrário. A premissa das teorias do reconhecimento é o reforço às diferenças para garantir a todos o direito à identidade. Axel Honneth (2003) entende que o reconhecimento se dá em três estágios, sendo eles o autorreconhecimento, o reconhecimento jurídico (pelo Estado) e o reconhecimento social. O desrespeito à identidade de pessoas e grupos é, por si, uma situação de injustiça que precisa ser tratada.

Enquanto a distribuição visa a eliminar as diferenças, o reconhecimento objetiva reforçá-las e empoderá-las. Para Fraser (2007a), nenhuma delas, isoladamente, é capaz de atender às demandas por justiça das sociedades contemporâneas, principalmente porque há grupos que se encontram em uma zona nebulosa e pouco distinguível de seus pleitos, pois eles se revestem de características distributivas e identitárias.

Esse seria o caso dos grupos étnicos, que desejam tanto a igualdade de oportunidades no mercado com a erradicação do racismo (todas as raças são iguais), mas também anseiam pelo reconhecimento de sua identidade como grupo e, consequentemente, a afirmação e elevação de suas diferenças. Nesse mesmo contexto temos as mulheres como gênero, que pleiteiam a sua inserção nos espaços públicos tradicionalmente masculinos com a erradicação das desigualdades entre gêneros (homens e mulheres são iguais), mas também desejam a manutenção de suas identidades femininas (FRASER; HONNETH, 2003).

Para Fraser, é impossível que o Estado lide com tais pleitos utilizando-se apenas das teorias distributivas ou de reconhecimento. Fraser identifica que apenas uma conjugação entre essas teorias seria capaz de atender aos grupos dessa zona de indistinção, o que levaria a uma concepção de justiça com mais de uma dimensão.

É importante esclarecer que Nancy Fraser, em seus primeiros trabalhos, considerava uma justiça bidimensional, ou seja, que teria um aspecto distributivo e outro de reconhecimento identitário. Em suas obras mais recentes, Fraser considerou um terceiro elemento em sua teoria da justiça: a participação política paritária. Dessa forma, seria inefetiva uma teoria que não englobasse a representatividade de todos os grupos sociais, principalmente os minoritários. Sem voz política, as leis e ações estatais continuariam a ser elaboradas pelas maiorias, em uma visão “de cima para baixo” das necessidades dos grupos minoritários.

Dessa forma, as injustiças somente seriam erradicadas se, além da distribuição de recursos e o respeito às identidades, as minorias também pudessem ter representatividade, conferida pela participação política (FRASER; HONNETH, 2003).

Considerando esta teoria sobre a atuação justa do Estado, cabe analisar se as políticas sociais e afirmativas brasileiras condizem com a tridimensionalidade esperada por Nancy Fraser, mais especificamente no tocante ao reconhecimento identitário. Seriam essas políticas suficientes e eficientes para garantir tanto a distribuição quanto o reconhecimento? E, em se observando uma resposta negativa, faltaria a essas políticas a representatividade adequada para que as minorias pudessem manifestar seu clamor por reconhecimento?

#### **4 A DELEGACIA DE ATENDIMENTO À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLENCIA: A (In)Eficiência do Modelo Estatal de Acolhimento E Proteção**

Em um primeiro momento, consideramos necessário justificar o termo “mulher em situação de violência” utilizado neste estudo, em substituição ao tradicional “mulher vítima de violência”. A violência de gênero foi reconhecida, pela comunidade internacional, como um fenômeno cultural e social e, portanto, sugere que as mulheres se encontram sujeitas à violência por sua condição feminina, não são vítimas de violência aleatória ou descaracterizadas de fundamentos culturais (PASINATO, 2015). Trata-se, portanto, de fenômeno que deve ser combatido com políticas públicas específicas, uma vez que o entendimento de que o combate à violência, de modo geral, não é suficiente para que as mulheres deixem de sofrer violência de gênero.

Em um segundo momento, demonstraremos nesse tópico como atuam as delegacias especializadas para atendimento a essas mulheres em situação de violência, incluindo uma breve análise do modelo desenvolvido pelo Estado de atenção à mulher, conforme estabelecido na Lei 11.340/2006, e relacionaremos esse atendimento à justiça frasiana e à filosofia levinasiana, que se mostrarão como fios condutores da atuação estatal justa e igualitária.

Em 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, mulher, foi vítima de violência doméstica cometida por seu marido, que tentou matá-la em duas ocasiões: por meio de arma de fogo, causando lesões que a deixaram paraplégica, e por meio de eletrocussão durante o banho. Em 1998, Maria da Penha foi à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) contar sua história e pedir que providências fossem tomadas em relação à tolerância para com a violên-

cia cometida contra ela. O Estado Brasileiro deixou de apresentar as manifestações solicitadas tanto em 2000 quanto em 2001, quando lhe foi enviado o relatório da CIDH. Dessa forma, o relatório foi tornado público e levado à Assembleia Geral da OEA.<sup>4</sup>

A violência sofrida por Maria da Penha, vítima das agressões do próprio marido, não é um caso isolado. As mulheres brasileiras são manchetes diárias como vítimas de homicídio, tentativa de homicídio, lesão corporal de leve a gravíssima e outros casos envolvendo também a violência psicológica, todas causadas por companheiros, ex-companheiros ou pessoas próximas, em quem elas deveriam confiar. O Brasil, internacionalmente conhecido como violador de tratados internacionais de proteção e combate da violência contra a mulher, apenas em 2006 passou a ter uma legislação voltada para a temática, reconhecendo a especificidade da violência de gênero.

A Lei 11.340/2006 recebeu o nome de Lei Maria da Penha em homenagem à mulher que levou a âmbitos internacionais a discussão da ineficácia do Estado em prevenir, combater, erradicar a violência contra a mulher. Essa foi a primeira norma brasileira a reconhecer os direitos humanos das mulheres (artigo 2º), não obstante o Brasil tenha sido signatário de tratados internacionais com o mesmo objetivo: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1979 e ratificada pelo Brasil sem ressalvas em 1994, e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada “Convenção de Belém do Pará”, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 1994, dois exemplos de documentos internacionais comprometidos com o fim da violência contra a mulher.

Apesar de a Lei 11.340/2006 ser reconhecida como a mais relevante sobre violência contra a mulher no Brasil, ela não é protagonista no tema. A atuação estatal para atender às especificidades da violência de gênero não corresponde a um pacote coerente e sequencial de políticas públicas para atingir a finalidade de eliminar a violência contra a mulher. Ao invés de um projeto complexo e multidisciplinar para a obtenção do fim desejado, o Estado brasileiro agiu, até então, de forma difusa, posto que os mecanismos desenvolvidos não foram executados em congruência à base teórica que os originou.

O presente trabalho apresenta foco na estruturação e atuação das delegacias especializadas em atendimento às mulheres em situação de violência, delimitando, assim, seu objeto de estudo. Essas delegacias não foram instituídas pela Lei 11.340/2006, e a primeira foi instalada em São Paulo no ano de 1985 por Michel Temer, à época secretário de Segurança no mandato do governador André Franco Montoro. A Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, do governo federal, e a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, elaboraram, em 2006, uma cartilha a fim de estabelecer normas para o funcionamento das Delegacias da Mulher, denominadas Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM). O texto da cartilha apresenta a justificativa da criação das delegacias especializadas e sua solidão como política única de proteção à mulher:

<sup>4</sup> Informações do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 54/01, Caso 12.051, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

As DEAMs foram uma experiência pioneira, genuinamente brasileira desde sua criação e contribuíram para dar visibilidade ao problema da violência contra a mulher, especialmente aquela ocorrida no ambiente doméstico, no interior das relações conjugais e familiares, para o reconhecimento, pela sociedade, da natureza criminosa da violência baseada em diferenças de gênero, a qual a mulher estava submetida; e permitiu a institucionalização da política pública de prevenção, enfrentamento e erradicação da violência contra a mulher no Brasil. No entanto, uma vez que as DEAMs se constituíam como a única política pública governamental voltada para coibir a violência doméstica e sexual, estes equipamentos acabaram por realizar atividades não decorrentes da ação policial com vistas a atender uma demanda que até então encontrava-se reprimida (BRASIL, 2006).

Atualmente, o Brasil possui uma delegacia a cada 12 municípios nacionais, o que representa um total de 499 unidades especializadas em 447 cidades (ANDRADE, 2016). Esses números, *de per si*, já demonstram aparente insuficiência para a demanda e para que se atinja a finalidade das delegacias especializadas, que foram criadas com o objetivo de proporcionar um acolhimento imediato adequado às mulheres em situação de violência (PASINATO, 2004). Ainda, as delegacias especializadas atendiam crianças e adolescentes, pessoas idosas, homossexuais e outra vítimas de violências diversas, para as quais já existem – ou deveriam existir – políticas públicas específicas de atendimento (BRASIL, 2006).

Pressupõe-se, dessa forma, que a delegacia tradicional não é estruturada de modo a atender à mulher em situação de violência – ela é elaborada por homens, para homens, pois as mulheres sequer deveriam ocupar tais espaços (ARENKT, 2007; OKIN, 2013). As mulheres, na concepção da sociedade patriarcal, devem manter-se nos espaços privados e submeter-se aos seus maridos e companheiros, o que levaria à não necessidade de criação de estruturas adequadas para recebê-las na vida pública.

Apesar de a violência de gênero ser mais frequente nos espaços privados (WAIZELFISZ, 2015), a mulher não deveria, pela lógica heteronormativa do patriarcado, sequer denunciar eventuais agressões de seu marido ou companheiro. Ao se abandonar essa lógica e reconhecer a igualdade entre gêneros e a condição específica da violência de gênero, a criação das delegacias de proteção à mulher se torna necessária para atender à vítima dessa violência, que está em estado de absoluta vulnerabilidade.

Podemos, nesse momento, estabelecer um paralelo entre a ética da responsabilidade levinasiana e a atuação das delegacias especializadas. A mulher, na posição de quem demanda justiça, precisa ser acolhida, cuidada, respeitada como o Outro, independente da forma assumida por seu rosto. A justiça para a mulher em situação de violência somente será justa se reconhecer sua vulnerabilidade – não há justiça sem ética.

A carência de unidades de delegacia especializadas demonstra que nem todas as mulheres brasileiras terão acesso a um atendimento que respeite as especificidades da violência de gênero, sendo compelidas a buscar as delegacias tradicionais, não estruturadas para atender mulheres em situação de violência pela não esperada sensibilidade daqueles que deverão receber e acolher as vítimas.

As características do atendimento dos agentes estatais para as mulheres em situação de violência vêm descrita na própria cartilha que orienta a estruturação das delegacias especializadas:

É importante ressaltar que as mulheres em situação de violência de gênero devem ser consideradas como sujeito de direitos e merecedoras de atenção. Os policiais envolvidos no atendimento a essas mulheres devem ter escuta atenta, profissional e observadora, de forma a propiciar o rompimento do silêncio, do isolamento destas mulheres e, em especial, dos atos de violência, aos quais estão submetidas (BRASIL, 2006).

Dessa forma, observa-se que as delegacias para atendimento da mulher devem contar com profissionais sensibilizados para a situação da violência de gênero e suas especificidades, principalmente no tocante ao contexto sociocultural das vítimas, no caráter reincidente da violência e na dependência econômica das mulheres que, muitas vezes, levam à manutenção da submissão a seus companheiros e maridos.

Maior gravidade percebe-se, então, quando a delegacia especializada existe, porém não cumpre com sua função – não acolhe, não demonstra cuidado nem responsabilidade para com o Outro. Relatos de mulheres que buscaram atendimento nas delegacias de proteção à mulher indicam que estas são desestimuladas a prosseguir com a denúncia contra seus maridos ou companheiros e que são frequentemente revitimizadas. Em pesquisa realizada nas delegacias especializadas brasileiras, a jornalista Helena Bertho (2016) levantou que não existe treinamento especializado para os policiais que atuam em casos de violência de gênero; apenas uma disciplina de direitos humanos, o que não representa sensibilização específica para a questão da violência doméstica.

Wania Pasinato (2015) considera que essa situação se escora em padrões culturais que naturalizam a violência doméstica e a tratam como questão privada, que deve ser resolvida, quando possível, entre o casal. A culpabilização da vítima de violência de gênero, recorrente na aplicação da Lei 11.304/2006, também dificulta o pleno atendimento pelos agentes estatais, que devem acolher e aplicar as políticas públicas a fim de prevenir e reprimir a violência doméstica.

Esse problema é relatado pela ativista feminista Clara Averbuck, em texto publicado na revista *Carta Capital*, narrando as dificuldades que vivenciou, juntamente com uma amiga, para denunciar uma agressão doméstica. As duas mulheres foram obrigadas a esperar por mais de uma hora para serem atendidas e tiveram de voltar no dia seguinte, além de terem presenciado ofensas de agentes estatais para com as vítimas, culpabilização das vítimas e des-caso na tomada dos depoimentos (AVERBUCK, 2015).

Também não existe plantão noturno ou aos finais de semana em grande parte das delegacias especializadas. Em Vitória – Espírito Santo –, apenas uma delegacia de proteção à mulher funciona aos finais de semana e à noite, e vítimas de violência sem flagrante devem para lá se dirigir. Na delegacia, que conta com atendentes do sexo masculino, os depoimentos são tomados na recepção (BERTHO, 2016). O mesmo acontece com outros Estados, e apenas no Rio de Janeiro todas as delegacias especializadas funcionam 24 horas por dia (BERTHO, 2016).

Essa situação de desamparo da vítima de violência familiar que procura atendimento estatal, também foi mostrada em matéria realizada pela BBC Brasil (MENDONÇA, 2015). Mulheres que buscam a delegacia especializada são desestimuladas a denunciar as agressões sofridas por agentes estatais que tratam a situação como mera intransigência da mulher. Uma

vítima de violência<sup>5</sup> acabou desistindo de denunciar a violência sofrida em razão da atitude do delegado que a atendeu. Na sequência são expostas algumas frases imputadas à autoridade estatal no momento do atendimento:

Você tem certeza que vai fazer isso (denunciar)? Essas marcas aí? Estão tão fraquinhas... até você chegar no IML (para fazer exame de corpo de delito), já vão ter desaparecido. Se você denunciar, vai acabar com a vida dele. Ele vai perder o emprego e não vai adiantar nada, porque vai ficar alguns dias preso, depois vai pagar fiança e vai sair ainda mais bravo com você (MENDONÇA, 2015).

Quando a mulher procura a delegacia especializada para denunciar agressões domésticas ou crimes sexuais, também é revitimizada e culpabilizada. Seu discurso é comumente desacreditado e precisa oferecer provas contundentes de que não está mentindo – marcas de agressão não são consideradas suficientes e muitas são levadas a acreditar que a denúncia “não vai dar em nada” (MENDONÇA, 2015). Alguns casos de violência contra a mulher também deixam de ser atendidos pela delegacia especializada e acabam sendo direcionados a órgãos ainda menos sensíveis e preparados para atendê-los. Podemos exemplificar com a problemática envolvendo a denúncia de estupro coletivo por uma jovem de 16 anos, ocorrido em maio de 2016, que foi inicialmente dirigido à Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática. A jovem foi atendida por um delegado (sexo masculino) que, posteriormente, foi afastado do caso por ter demonstrado não acreditar no relato da vítima porque ela seria envolvida com o tráfico de drogas e por ter feito perguntas ofensivas (MARTINS, 2016).

A violência contra a mulher não diminuiu depois da criação das delegacias especializadas ou outros mecanismos de combate à violência de gênero, tampouco após a Lei 11.340/2006. É o que apresenta o Mapa da Violência de 2015: entre 1980 e 2013, o número de homicídios de mulheres cresceu 252% (WAIZELFISZ, 2015). Isso significa que esses mecanismos, incluindo-se a delegacia de atendimento à mulher, que acaba por ser responsável pelo primeiro contato da vítima de violência de gênero com o aparato estatal que deveria protegê-la e ampará-la, não estão sendo executados adequadamente ou não são adequados ao seu fim. Considerando que essa é uma questão mais ampla e que foge parcialmente do objeto desta pesquisa, mesmo assim devemos considerar que a ineficiência não é exclusivamente numérica. Pesquisa realizada pelo DataSenado concluiu, em 2013, que pelo menos 15% das mulheres que sofreram agressões domésticas não procuraram qualquer ajuda ou denunciaram seus agressores, enquanto pelo menos 34% dessas mulheres buscou ajuda informal, com familiares e amigos. A mesma pesquisa levantou que 74% das mulheres entrevistadas expuseram que o medo do agressor era motivo principal para a não denuncia da violência doméstica, porém 23% alegou que acreditam não haver punição para o agressor e 19% acreditam que a mulher em situação de violência não conhece seus direitos (BRASIL, 2013).

<sup>5</sup> A matéria da BBC Brasil preservou a identidade das mulheres entrevistadas utilizando-se de nomes fictícios. A vítima em questão foi nomeada Maria Fernanda.

## 5 CONCLUSÕES

A pesquisa propôs analisar as delegacias da mulher em uma perspectiva de acesso à justiça. Uma justiça pautada na ética e atuação estatal positiva, à luz das teorias da justiça filosófica em Emmanuel Lévinas e teoria da justiça como distribuição e reconhecimento em Nancy Fraser. Nesse sentido, a delegacia da mulher apareceria como aparato estatal destinado a proporcionar às mulheres em situação de violência atendimento – e esse atendimento deve ser sempre ético.

Foram observadas, no entanto, deficiências numéricas e estruturais nas delegacias de proteção à mulher que perduram desde a sua criação, em 1985. Atualmente, há pouco mais de 400 unidades espalhadas em mais de 5,5 mil municípios, o que demonstra ausência do serviço especializado e sugere ineficiência no acesso a esse atendimento primeiro à mulher em situação de violência. Estruturalmente, há também vícios relacionados à falta de preparo dos agentes estatais que lidam com a violência doméstica e sexual contra mulheres, falta de empatia e acolhimento, deficiência de pessoal, delegacias mal localizadas e com instalações precárias, entre outros.

Essas deficiências na distribuição, atribuição e atendimento nas delegacias especializadas levam a deficiências na própria atuação estatal voltada para a mulher em situação de violência. Essa mulher, reconhecidamente para quem a lei se faz (HADDOCK-LOBO, 2010), que precisa de cuidado e amparo em sua vulnerabilidade, tem sua condição especial assumida pelo Estado, mas não consegue respeito no tratamento pelos agentes prepostos deste Estado.

As delegacias especializadas devem estruturar-se conforme preceitos da justiça filosófica levinasiana e justiça tridimensional de Nancy Fraser. Nessa perspectiva, atenderiam, mais eficientemente, aos propósitos dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e da própria Lei Maria da Penha, que reconhecem a mulher como sujeito de direitos humanos e as especificidades da violência de gênero. Assim, é preciso repensar a dinâmica estrutural desse mecanismo estatal para perseguição de um acesso à justiça pleno.

Pela ética levinasiana, as delegacias de proteção à mulher deveriam pautar-se em um atendimento ético e de alteridade para com as vítimas que procuram auxílio estatal. Devem ser espaços de responsabilidade para com o Outro, onde a mulher possa ser acolhida e respeitada na situação de crise, no seu clamor por justiça. A necessidade de sensibilização dos agentes estatais para a justiça ética, para que pautem seu fazer na alteridade e no respeito ao seu próximo, é pungente.

No mesmo sentido, as delegacias especializadas não podem ser entendidas como medida singular de proteção às mulheres em situação de violência. O viés exclusivamente punitivo das políticas públicas voltadas para a erradicação da violência doméstica e sexual contra mulheres, ignora a construção cultural da violência de gênero (BEAUVOR, 2009; OKIN, 2013) e sugere que apenas a imposição de um procedimento penal mais rigoroso terá papel pedagógico na reeducação dos agressores – o que se mostra falso pelo aumento constante e gradativo da violência contra a mulher.

Nessa visada, tem-se a teoria frasiana que propõe uma atuação tridimensional do Estado para a promoção de justiça para minorias. A necessidade de medidas que visem à distribuição (viés econômico), reconhecimento (viés cultural) e representatividade (viés político),

se mostra específica em casos de violência de gênero, pois as mulheres sofrem violência em razão de práticas culturais sustentadas pela sociedade patriarcal e, com isso, estão alijadas do processo produtivo-econômico e dos espaços públicos. A garantia estatal de medidas educativas e que permitam às mulheres em situação de violência a fuga da dependência econômica de seus companheiros, coloca em xeque a eficiência de mecanismos unidimensionais – ou seja, a delegacia da mulher somente será eficiente se atuar em conjunto com uma série de medidas públicas voltadas para o fim da cultura que subjuga a mulher.

## 6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, H. *Brasil tem uma delegacia com atendimento à mulher a cada 12 municípios*. UOL Notícias. 2016. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/06/05/brasil-tem-uma-delegacia-com-atendimento-a-mulher-a-cada-12-municipios.htm>.
- ARENDT, H. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- AVERBUCK, C. A ineficiência da delegacia da mulher. *Revista Carta Capital – Escritório Feminista*, 28 mar. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/escritorio-feminista/a-ineficiencia-da-delegacia-da-mulher-1964.html>.
- BEAUVOIR, S. *O segundo sexo*. Versão digital. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BERTHO, H. Quando a delegacia é uma nova violência. *Revista AzMina*, 31 out. 2016. Disponível em: <http://azmina.com.br/2016/10/quando-a-delegacia-e-uma-nova-violencia>.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacomposta.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomposta.htm). Acesso em: 2 dez. 2016.
- BRASIL. *Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 2 dez. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. DataSenado. *A violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=a-violencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 2 dez. 2016.
- DARDEAU, D. Aporias da justiça – entre Lévinas e Derrida. *Sapere Aude*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, 2013.
- FRASER, N. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 15(2), p. 240, maio/ago. 2007a.
- FRASER, N. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007b.
- FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.
- FRASER, N.; HONNETH, A. *Recognition or Redistribution?* A political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2003.
- HADDOCK-LOBO, R. A justiça e o rosto do outro em Lévinas. *Cadernos da Emarf – Fenomenologia do Direito*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1. abr./set. 2010.
- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KROHLING, A et al. A ética da responsabilidade pela dignidade da pessoa humana: em busca da superação da neutralidade e da objetividade no direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 5, n. 14, 2011.
- KROHLING, A. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- KROHLING, A. *Dialética e direitos humanos*: múltiplo dialético – da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.
- LÉVINAS, E. *Totality and Inifinity – An essay on exteriority*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1979.

LÉVINAS, E. *Violência do rosto*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

MARTINS, M. A. Polícia afasta delegado que primeiro investigou estupro de adolescente. *Folha de São Paulo*, 2 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1779366-policia-afasta-delegado-que-primeiro-investigou-estupro-de-adolescente.shtml>. Acesso em: 2 dez. 2016.

MENDONÇA, R. Violência doméstica: 5 obstáculos que mulheres enfrentam para denunciar. *BBC Brasil*, 10 dez. 2015. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151209\\_obstaculos\\_violencia\\_mulher\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151209_obstaculos_violencia_mulher_rm). Acesso em: 2 dez. 2016.

MIYAMOTO, Y. M. H.; KROHLING, A. *Cidadania no estado democrático de direito sob a perspectiva de gênero*. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., Niterói: UFF, 2012.

MIYAMOTO, Y. M. H.; KROHLING, A. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 223-241, jan./jun. 2012.

NODARI, P. C. O rosto como apelo à responsabilidade e à justiça em Lévinas. *Síntese – Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 29, n. 94, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório Anual 2000*. Relatório 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes – Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

OKIN, S. M. *Women in western political thought*. Versão digital. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

PASINATO, W. *Violência contra a mulher no Brasil*: acesso à justiça e construção da cidadania de gênero. CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., Coimbra, 2004.

PASINATO, W. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções, os operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, n. 11(2), p. 407-428, jul./dez. 2015.

PIMENTA, L. G. Justiça, alteridade e Direitos Humanos na teoria de Emmanuel Lévinas. *Revista Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, ano XI, n. 19, jul./dez. 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SAFFIOTI, H. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, n. 16, p. 115-136, 2001.

SAFFIOTI, H. I. B. Violência de gênero: o lugar da práxis na construção da subjetividade. *Revista Lutas Sociais*, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, n. 2, p. 59-79, 1997.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça* [versão Kindle]. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Emmanuel Lévinas. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/levinas/>. Acesso em: 23 nov. 2016.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2015 – homicídio de mulheres no Brasil* [on-line]. 1 ed. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 23 jun. 2016.

## A Fundamentação dos Direitos Humanos Segundo Alexy

**Davi Marcucci Pracucho**

Mestre em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Procurador da República – membro do Ministério Público Federal. Ex-Defensor Público no Estado de São Paulo. [pracucho@gmail.com](mailto:pracucho@gmail.com)

### RESUMO

Robert' Alexy é conhecido, no Brasil, principalmente em razão da sua teoria dos princípios, desenvolvida na interpretação dos direitos fundamentais. Na sua vasta obra, para além desse campo, todavia, o jusfilósofo alemão debruçou-se, outrossim, sobre os direitos humanos, especificamente sobre a sua fundamentação, objeto do presente artigo. Partindo da premissa de que, embora a efetivação dos direitos humanos seja crucial, dela não se dissocia o problema da fundamentação – vale dizer: existe uma complementaridade entre a fundamentação e a efetivação dos direitos humanos –, procede-se, neste trabalho, a uma leitura da fundamentação dos direitos humanos em Alexy, antes a situando na sua Teoria do Direito e na filosofia do direito em geral, e objetivando, ao fim, evidenciar, também no pensamento do professor tedesco, aquela relação de complementariedade entre fundamentação e efetivação, questões que se pressupõem e influenciam reciprocamente e que ambas encontram respostas coerentes e racionais na Teoria Discursiva do Direito.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Fundamentação. Alexy.

### THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS ACCORDING TO ALEXY

### ABSTRACT

Robert Alexy is known in Brazil mainly due to his theory of the principles developed in the interpretation of fundamental rights. However, in his extensive work, beyond that field, the german philosopher of law also studied the human rights. Specifically, its foundation, the object of this article. Thus, starting from the premise that although the realization of human rights is crucial, it does not dissociate the problem of its foundation – that is to say: there is a complementarity between the foundation and the realization of human rights – this work reads the foundation of human rights in Alexy; however, before, places it in his theory of law and philosophy of law in general, aiming, at the end, to show, also in the thought of the german professor, that complementary relationship between foundation and realization, questions that presuppose and influence each other and that both find coherent, rational, answers in the discursive theory of law.

**Keywords:** Human rights. Foundation. Alexy.

### SUMÁRIO

1 Notas introdutórias. 2 O pós-positivismo jurídico e a Teoria do Direito de Alexy. 3 A Teoria Discursiva do Direito de Alexy. 4 A fundamentação dos direitos humanos segundo Alexy. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 11/9/2016  
Aceito em: 25/9/2017

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

É célebre a declaração de Bobbio (2004), em *A era dos direitos*, de que o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos humanos, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Não que o problema da fundamentação tenha deixado de existir, ressalva o filósofo de Turim – pelo contrário: segundo o mestre italiano, ele é ineludível – mas se pode afirmar que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e sucedida por diversas outras declarações solenes de aspiração universal, tal problema, ao menos em um certo sentido, restou resolvido, sendo mais preocupante, desde então, para além de saber o quê, quais e quantos são os direitos humanos, descobrir e estabelecer instrumentos eficazes para impedir a sua contínua violação.

Ocorre que, por mais preocupante que seja, hoje, o problema da efetivação dos direitos humanos, ele não prescinde da questão da fundamentação. Como assinala Torrado (2012), não existe uma verdadeira proteção dos direitos humanos sem que previamente se afirme a exigência de atribuir ao ser humano as garantias que, por sua natureza, lhe correspondem.

Nesse sentido, observa-se, com Cançado Trindade (2015), que o início do século 21, ao mesmo tempo em que vem marcado por novos conflitos e crises humanitárias e pela generalização da violência, traz um *jus gentium* no qual a pessoa emerge como o sujeito de direitos central, dotado de direitos oriundos diretamente do direito internacional e de capacidade para vindicá-los. Trata-se de um direito internacional cada vez mais humanista e universal, preocupado em identificar e realizar valores e metas comuns superiores relativamente a cada ser humano em particular e à humanidade como um todo.

Retomando as lições de Torrado (2012), consigna o professor espanhol que, sendo os direitos humanos uma realidade complexa – ética, política e jurídica – a sua fundamentação pode ter diferentes enfoques, mencionando, no seu trabalho, as perspectivas filosófica-jurídica, científica-jurídica, filosófica-política e ética-religiosa. Nesses prismas, sem prejuízo de outros, pode-se acrescentar o antropológico, no qual, as mais das vezes, é considerada a diversidade de comunidades morais existente entre as nações e mesmo no interior de uma nação, como se vê em Segato (2006). Problematizando ainda mais a questão, Santos (2014) des cortina o caráter hegemônico do discurso de direitos humanos de matriz ocidental e liberal, mostrando as ilusões criadas diante do seu verdadeiro caráter monocultural e monológico.

Este, porém, não é um trabalho sociológico ou antropológico. Trata-se de um ensaio jurídico; mais precisamente, jusfilosófico.

A proposta, aqui, é proceder a uma leitura da fundamentação dos direitos humanos no pensamento de Robert Alexy, “reconhecido como um dos mais destacados jusfilósofos da atualidade na Alemanha e considerado um dos grandes convedores da Filosofia do século 20, isto é, da Filosofia da Linguagem” (TOLEDO, 2013, p. 2). Suas categorias e terminologia, anota Barroso (2014), encontram-se incorporadas na linguagem de diversas cortes constitucionais mundo afora (incluso o Supremo Tribunal Federal), sendo na interpretação constitucional, especificamente na interpretação dos direitos fundamentais, onde se operou a sua contribuição mais revolucionária, via teoria dos princípios.

A obra de Alexy é vasta, quantitativa e qualitativamente. Em monografias e em um sem-número de artigos, para além da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o jusfilósofo germânico trata, *inter alia*, do conceito e da natureza do direito, da teoria do discurso prático geral, da argumentação jurídica e da teoria dos direitos humanos e fundamentais (ALEXY, 2015c), esta última objeto da presente exposição.

Antes, entretanto, de adentrar na teoria dos direitos humanos de Alexy propriamente dita, percorre-se um breve itinerário, em uma aproximação dedutiva, que passa por situar a teoria objeto de estudo, primeiro, no cenário da filosofia do direito em geral e, em seguida, no âmbito da Teoria do Direito do próprio autor.

O que se espera, ao final, independente das críticas que se possam dirigir à concepção apresentada – mormente as advindas de olhares vinculados a outras correntes ideológicas ou de análises filiadas a outros paradigmas científicos – é evidenciar, também na Teoria do Direito de Alexy, a complementaridade entre a fundamentação e a efetivação dos direitos humanos.

## 2 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO DE ALEXY

No século 19 e na primeira metade do século 20, o *positivismo jurídico* foi a teoria que dominou a filosofia do direito ocidental. Para responder à pergunta *o que é o direito?*, afirmavam as orientações positivistas, em geral, dois elementos definidores fundamentais: (i) o direito é uma criação humana – no dizer positivista: *posto* pelo ser humano; e (ii) o direito pode ser adequadamente compreendido pelo método das chamadas ciências *naturais* ou *físicas*, desenvolvido nos séculos 18 e 19, conhecido como *positivismo*, que, para alcançar a objetividade do conhecimento, busca eliminar todas as considerações de ordem subjetiva, especialmente os valores, que possam surgir no pensamento do cientista (MORRISON, 2006).

Na obra *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Bobbio (1995) explica que, enquanto *método*, o positivismo jurídico é a postura científica ante o direito, considerando o mesmo como um conjunto de fatos, fenômenos ou dados sociais em tudo análogos àqueles da natureza, devendo o cientista do direito, tal qual o cientista da natureza, abster-se completamente de formular juízos de valor, de modo que, assim tomado, o direito não é entendido como um valor; pelo contrário: é uma realidade absolutamente avalorativa.

Acrescenta que, não sendo adotado o método positivista para o estudo do direito, faz-se filosofia ou ideologia, mas não ciência do direito.

A principal consequência desse método – prossegue o filósofo de Turim – é a formulação de uma teoria da validade das normas jurídicas de caráter estritamente formal, isto é, fundada em critérios extraídos unicamente da estrutura formal do direito, prescindindo do seu conteúdo. É a dita teoria do formalismo jurídico.

Ainda segundo o mestre italiano, Kelsen, com a sua *teoria pura do direito* (também conhecida como *normativismo jurídico*), representou o apogeu do positivismo jurídico, depois do que o movimento entrou em crise, iniciando a sua decadência. As investigações levadas a efeito pelo austríaco tiveram os méritos, afirma-se, de separar o problema da validade do direito do da justiça (BOBBIO, 2008) e de proceder a uma análise estrutural deveras elucidativa da estática e dinâmica jurídicas. Apesar de assinalar a preocupação marginal da teoria pura

com a análise funcional do direito – que resultou no conceito de ordenamento coativo –, registra Bobbio (2007) que ela não exclui que se possa operar semelhante exame, além de ser compatível com os resultados porventura obtidos, a exemplo da função promocional, mais nítida no Estado contemporâneo.

O fato, entretanto, é que, a despeito dessas virtudes, o positivismo jurídico, no qual se inclui o normativismo kelseniano, embora pareça fornecer uma metodologia relativamente simples para identificar o direito, teve os seus alicerces abalados pela observação de Heidegger de que todo fenômeno social pode ser objeto de interpretações diferentes e multifacetadas. Nesse contexto, de acordo com os seus críticos, o positivismo jurídico enfraqueceu a capacidade de pensar o fenômeno jurídico, sendo necessárias novas formas de interpretação para compreender o papel do direito (MORRISON, 2006).

Os resultados limitados do positivismo jurídico passam a ser questionados. A teoria pura do direito, o ápice do movimento, passa a ser vista como doutrina inútil: Que sentido útil tem uma teoria jurídica não orientada para a dogmática, isolada desta, que não explora nem problematiza a realidade?, indaga Losano (2009, p. 20); ainda é vista, igualmente, como doutrina do *status quo* jurídico. Nas palavras de Losano (2011, p. XXIX): “Quem descreve e enumera simplesmente está delegando a outrem o ato de prescrever e escolher; [...] diante da inércia do outro, prescreve e escolhe quem tem o poder”.

Abre-se a filosofia do direito, então, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos (com as críticas de Dworkin a Hart) e, por outro, ao mundo dos fatos (com Weinberger e MacCormick). É o *pós-positivismo jurídico* (FARALLI, 2006).

Nesse cenário, Alexy (2011) advoga que a chamada *dogmática analítica* (sistematizada-conceitual), objeto central do método positivista, não basta ao caráter prático da ciência do direito, que, para cumprir a sua tarefa prática de forma racional, precisa também da dogmática *empírica* (cognição do direito positivo válido) e da dogmática *normativa* (práxis jurídica, determinação da decisão correta em um caso concreto).

A preocupação com a tarefa prática da ciência do direito, bem como com a racionalidade, pode explicar a matriz filosófica do autor, a saber, Habermas, com ele compartilhando a indissociabilidade entre *procedimento de justificação* e *confronto racional entre posições de valor* (PALOMBELLA, 2005). O conceito habermasiano de ação (e de racionalidade) comunicativa, por seu turno, pode ser considerado um exercício da *filosofia crítica*, ou *razão crítica*, posto que “a dimensão cardeal da ‘comunicação’ amplia, de maneira prototípica, a relação de intersubjetividade que Kant entrevira sem explorar totalmente” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 304). Em última análise, o ponto de partida é acreditar na ideia de uma razão crítica, afastando-se o relativismo (MARYOLI, 2005).

Orientado por essas balizas teóricas e procurando fazer frente ao caráter prático da ciência do direito, Alexy fornece relevante contribuição à racionalidade do discurso jurídico, especificamente, segundo Palombella (2005), mediante uma filosofia (hermenêutica) *analítica* do direito, entendendo o raciocínio jurídico como um *caso especial* do raciocínio prático e assim tratando da estrutura lógica dos argumentos e das regras de argumentação.

O professor da Universidade de Pisa relata que, no ensaio *The Foundation of Legal Reasoning*, escrito em 1981 por Alexy, em coautoria com Aarnio e Peczenik, enquanto admitam os autores que não existam regras de justificação aptas a conduzir a uma só conclusão, é necessário que as *transformações* sejam justificadas racionalmente, isto é, por meio de regras de justificação racional que produzam um discurso racional idôneo a conferir *aceitabilidade* ao raciocínio jurídico. Nesse processo, entrelaçam-se tanto regras inerentes à racionalidade lógica quanto regras voltadas à racionalidade dita *discursiva*, da qual tratou, sobretudo, Alexy, nela incluindo, entre outros, o requisito da *congruência (coherence)*. Trata-se, sem prejuízo do respeito às demais regras da racionalidade – lógica e discursiva –, da *compatibilidade* com o material interpretativo, quer dizer, as fontes credenciadas do direito.

A teoria de Alexy é considerada *procedimental (procedural)*, completa Palombella (2005), o que significa que indica um procedimento determinado, um sistema de regras necessário para se fazer uma justificação racional. Assim, na verificação da racionalidade uma justificação ocorre pela análise da observância das regras que disciplinam o procedimento argumentativo racional. É, portanto, uma hermenêutica *análitica*, diferindo da denominada *hermenêutica dialética*, a exemplo da de Gadamer e Esser, em que a verificação não envolve a forma dos argumentos, e sim o seu *conteúdo*.

Diferencia-se a Teoria do Direito de Alexy, outrossim, da concepção sociológica de Luhmann. De acordo com Faralli (2006), enquanto a última concebe o direito como um subsistema social autônomo, que opera segundo o código próprio e específico do direito/não direito, a primeira vê no fenômeno jurídico uma estrutura aberta ao mundo externo das razões não jurídicas (morais, ético-políticas, pragmáticas, etc.). Essa abertura vem, especialmente, dos princípios, entendidos como preceitos de otimização que exprimem decisões valorativas.

A propósito, narra a professora italiana que a ênfase de Alexy no conteúdo valorativo determinante dos princípios rendeu-lhe a crítica de Habermas, para quem a teoria do jusfilósofo de Oldemburgo promove a subordinação do direito à moral, que, ainda não completamente liberada do jusnaturalismo, é tendenciosa.

Faralli (2006, p. 11) insere a obra de Alexy no que denomina “constitucionalismo como teoria específica do direito e sua distinção do positivismo (ou legalismo)”, apontando como precursor dessa abordagem Dworkin, com a sua concepção do *direito como integridade*. A autora contextualiza os estudos do alemão no final dos anos 80, à luz do debate sobre o papel do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e a interpretação da sua jurisprudência. Assinala que o principal traço desses estudos, também presente nas demais abordagens constitucionalistas, é o reconhecimento do aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas jurídicos contemporâneos, ligada à introdução de princípios nas Constituições e à diferenciação destes das regras.

Esse traço principal é desdobrado em outros três pela professora de Bolonha, consistindo eles na defesa: da conexão entre direito e moral, da importância dos processos de aplicação do direito e da vinculação do legislador aos princípios e direitos constitucionais.

A conexão entre direito e moral decorre da dimensão da correção *moral* do direito, assim como da abertura a conteúdos morais levada a efeito pelos princípios e direitos invioláveis dos indivíduos.

A importância dos processos de aplicação do direito resulta justamente da conexão entre direito e moral, dessa abertura, sendo necessárias novas formas de decisão, a exemplo da ponderação de princípios (*balancing*).

A vinculação do legislador aos princípios e direitos constitucionais, por fim, é produto da estrutura político-constitucional, sendo realçado pelas teorias constitucionalistas, ademais, o papel decisivo do Poder Judiciário para a efetivação daqueles princípios e direitos, ainda que, para tanto, tenha de decidir em contraste com as decisões legislativas e com a lei.

Uma vez contextualizado o pensamento de Alexy no âmbito da filosofia do direito, passa-se a uma leitura da sua obra nos seus principais aspectos, nela buscando identificar o lugar da fundamentação dos direitos humanos, objeto central deste artigo.

### 3 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE ALEXY

Explica Trivisonno (2015a) que, apesar de vasta, incluindo uma diversidade de artigos, a obra de Alexy pode ser descrita por meio de três monografias: *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica* (1978), *Teoria dos direitos fundamentais* (1985) e *Conceito e validade do direito* (1992).

Na primeira delas (ALEXY, 2013), o jusfilósofo tedesco propõe-se a investigar se a argumentação jurídica racional é possível e com que alcance. Para tanto, enfrenta essa questão, primeiramente, em termos de argumentação prática geral, após o que, a partir desta, formula uma teoria da argumentação jurídica.

O impulso para tal investigação é a constatação de que a aplicação das normas, a hermenêutica jurídica, envolve valorações e juízos de valor, indagando-se, então, se essas valorações são passíveis de fundamentação racional.

No campo da argumentação prática geral, o autor visita teorias da ética analítica, incluindo Stevenson, Hare, Toulmin e Baier, bem como a teoria consensual da verdade de Habermas e a teoria da argumentação de Perelman. A partir delas, procede a uma síntese em uma teoria do discurso prático racional geral, ressalvando, não obstante, os seus limites. Esclarece que o seguimento das regras da teoria por ele esboçada aumenta a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garante que se possa obter um acordo para todas as questões tampouco que os acordos alcançados sejam definitivos e irrevogáveis. Isso porque algumas regras somente podem ser seguidas parcialmente, porque não estão determinados todos os passos da argumentação e porque todo discurso parte de concepções normativas mutáveis, historicamente dadas.

Para formular a sua teoria da argumentação jurídica, Alexy sustenta a chamada *tese do caso especial*, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Quer dizer: o discurso jurídico não deixa de ser um discurso prático, envolvendo questões práticas, sobre o que deve ou não deve ser feito. Envolve, ademais, a denominada *pretensão de correção*, ou seja, pretende-se, no discurso prático e jurídico, afirmar ou propor um enunciado correto, racional. Por outro lado, como caso especial, apresenta um elemento diferenciador, a saber: a pretensão de correção, no discurso jurídico, expressa-se na rationalidade no contexto de um ordenamento jurídico vigente, o que atrela a argumentação racional à legislação, aos precedentes judiciais e à dogmática jurídica.

Com isso, embora não possam ser eliminadas, as deficiências do discurso prático geral amenizam-se consideravelmente no discurso jurídico. A teoria do discurso jurídico racional, explica o autor, é uma teoria da fundamentação jurídica, não um procedimento que garante a segurança do resultado. Até porque, argumenta, nem mesmo nas ciências naturais, frequentemente consideradas as *verdadeiras* ciências, forma-se uma segurança definitiva. Assim, “não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras” (ALEXY, 2013, p. 284-285). O autor complementa afirmando que as inseguranças da teoria do discurso prático geral, que também afetam o discurso jurídico, não tornam inútil a teoria do discurso como critério de correção: serve a teoria do discurso, especialmente, como critério negativo, identificando os argumentos irracionais, além do que as suas deficiências nada mais fazem do que mostrar que o juízo sobre a correção de uma decisão tem sempre um caráter provisório e, desse modo, refutável.

Vê-se que Alexy, ao contrário de Dworkin, entende não ser possível uma única solução para cada caso, propondo uma ideia *regulativa* (TRIVISONNO, 2015b).

Na obra *Teoria dos direitos fundamentais* (2011), o pensador alemão prossegue voltado ao caráter prático da ciência do direito, desta feita procurando colaborar com a obtenção de respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas aos direitos fundamentais previstos no texto da Constituição da República Federal da Alemanha. Justifica-se, então, a investigação – assinala o autor – porque, de um lado, tais direitos, de acordo com o texto constitucional, são diretamente aplicáveis, vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e essa vinculação encontra-se sujeita ao controle do Tribunal Constitucional Federal, e porque, de outro, consubstanciam-se os direitos fundamentais em disposições abertas, desprovidas de um conteúdo inequívoco, à medida que a jurisprudência do Tribunal Constitucional, apesar da sua contribuição para diminuir o problema da abertura, é ela própria, também, aberta, servindo de base para diferentes tomadas de posição sobre uma mesma questão.

A colaboração de Alexy, nessa empreitada, é a famosa *teoria dos princípios*, no centro da qual estão a distinção entre regras e princípios e a máxima mais importante da interpretação dos direitos fundamentais, a da proporcionalidade.

*Regras* são normas jurídicas que contêm *determinações*, exigindo que algo seja feito de uma forma precisa; nem mais, nem menos, de modo que ou são atendidas ou não atendidas, sem meio-termo. Por consequência, quando duas regras conflitam entre si, por exemplo uma permitindo e a outra proibindo algo, a solução passa ou pela existência ou introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou pela declaração da invalidade de uma das regras, eliminando-a do ordenamento jurídico.

*Princípios*, de outro lado, são normas jurídicas que veiculam *mandamentos* (em sentido amplo: permissões ou proibições) de *otimização*, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, porque consideram as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As possibilidades jurídicas são outros princípios, bem como regras, que com eles possam colidir. De sorte, podem ser atendidos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades: totalmente, muito, pouco, etc. Por conseguinte, havendo dois princípios que colidam reciprocamente, a busca pelo atendimento de ambos, conforme as possibilidades, faz com que um deles tenha de ceder, sem, porém, que se tenha introduzida uma cláusula de exceção ou que seja declara-

do inválido. Qual dos princípios tem de ceder depende do *peso* que cada um deles apresenta no caso concreto, posto que os mesmos princípios colidentes podem ter distintos pesos em diferentes casos concretos, ora prevalecendo um, ora outro.

Nota-se que, para as regras, fala a *Teoria dos direitos fundamentais em conflitos*, contradições que ocorrem no plano da *validade*, pois não é logicamente possível que um ordenamento jurídico contenha, ao mesmo tempo, duas regras contraditórias entre si igualmente válidas. Já no que concerne aos princípios, as contradições dão-se entre princípios igualmente válidos, não havendo propriamente um conflito (exclusão recíproca no plano lógico da validade), e sim uma *colisão*, podendo ser vista como um encontro de vetores opostos, uma disputa de espaço. Essa disputa tem lugar no caso concreto. De acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, cada um dos princípios colidentes assume um *peso*. A dimensão *peso*, em que se opera a colisão de princípios, é tomada emprestada de Dworkin, da obra *Taking Rights Seriously*.

Da diferença estrutural entre regras e princípios, extrai o autor o seu distinto caráter *prima facie*: enquanto as primeiras trazem mandamentos definitivos, os segundos nunca são, em si mesmos, razões definitivas para uma decisão. Como sempre apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, os direitos decorrentes de princípios são sempre direitos *prima facie*.

Do mesmo modo, a conhecida máxima da proporcionalidade – com as suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – decorre da própria natureza dos princípios. A adequação e a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) decorrem da exigência de otimização ante as possibilidades fáticas. A proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento, *ut supra*) decorre da exigência de otimização perante as possibilidades jurídicas – outros princípios e regras.

Ainda na mesma obra, Alexy (2011, p. 153) acrescenta que princípios e valores se encontram intimamente relacionados, sustentando que a única diferença entre o modelo de princípios e o modelo de valores é o caráter deontológico (dever ser) de um e o caráter axiológico (critério de valoração) do outro: “aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido”. Assim sendo, quando se fala em uma colisão ou em um sopesamento de *princípios*, pode-se falar em uma colisão ou em sopesamento de *valores*, troca essa que, de resto, é comum nos enunciados formulados no cotidiano da prática jurídica.

A relação entre princípios e valores, assim como a possibilidade de fundamentação racional das valorações e do discurso jurídico (desenvolvida na *Teoria da argumentação jurídica*), é retomada na obra *Conceito e validade do direito*, na qual Alexy (2009), ao contrário dos positivistas, defende existir uma conexão necessária entre direito e moral.

No intento de demonstrar a sua tese, o autor vale-se de três argumentos principais: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.

O argumento da correção, aplicado na perspectiva do observador de um sistema (quer dizer: na visão de alguém *de fora*, que não participa desse sistema), mostra que, para ser direito, não basta a um sistema de normas a qualidade da *coerção* (força, eficácia), devendo formular, necessariamente, uma *pretensão de correção*. Pretensão de correção significa que

os atos praticados com base no direito (atos jurídicos) trazem implícitos em si a asserção de que são procedural e substancialmente corretos. Sem pretensão de correção, ainda que formulada com base em normas possivelmente *injustas*, tem-se um sistema no qual não existem ou perdem sentido as distinções correto/incorrecto, justo/injusto, desparecendo, até mesmo, o dever ser, dado que tudo se reduziria a poder, vontade e decisão (ALEXY, 2014). Desse modo, encontram-se conceitualmente excluídas do direito – ou seja: absolutamente não constituem direito – situações nas quais não se pode observar uma pretensão de correção, a exemplo do chamado ordenamento *absurdo* (simples relação de dominação, sem finalidade, direitos e deveres) e do ordenamento *predatório* (relação de dominação com uma finalidade; ainda sim, sem qualquer direito para os dominados).

Trata-se de situações-limite, é verdade, mas, além de já constituírem uma limitação da tese positivista na perspectiva do observador, o argumento da correção desempenha um papel central na perspectiva do participante de um sistema jurídico. São relevantes as suas consequências sistemáticas, vale dizer, em associação com os outros dois argumentos (o da injustiça e o dos princípios); representando, ademais, um nexo entre as duas perspectivas.

Assim é que o argumento da correção – como visto, argumento *conceitual* – complementa o argumento da injustiça, este empregado na perspectiva do participante e de forma *normativa*, o que significa ser um argumento que, embora não demonstre uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, demonstra que essa conexão é necessária para que se alcance determinado objetivo. Há aí, então, uma vinculação *normativamente necessária* entre direito e moral.

Apoia-se o argumento da injustiça, inicialmente, na conhecida fórmula de Radbruch, consoante à qual, em síntese, uma norma perde o seu caráter jurídico quando transgride um limiar insustentável de injustiça. Dito de outro modo: a injustiça extrema não é direito. Ao lado de outros argumentos normativos, agrega-se a isso que a verificação do limiar de injustiça extrema é pautada por exigências morais mínimas passíveis de fundamentação racional, como ocorre com o componente nuclear dos direitos humanos elementares. Inerente a esse processo, está a pretensão de correção: toda sentença, como ato jurídico que é, formula, necessariamente, uma pretensão de correção, sendo certo que uma sentença que veicule uma injustiça insustentável ou extrema não atende, nessa medida, à pretensão de correção.

Isso porque toda pretensão de correção encerra, em todos os contextos, um mesmo conteúdo: uma *pretensão de fundamentabilidade*, ou seja, de fundamentação, de resolver questões práticas de modo correto (ALEXY, 2015a), e porque todo sistema jurídico minimamente desenvolvido inclui, necessariamente, normas com a estrutura de princípios (*vide supra*) e, por consectário, assim permite considerações morais. Esses aspectos podem ser mais bem visualizados no argumento dos princípios.

De acordo com o argumento dos princípios, que o autor também situa na perspectiva do participante, e de forma *conceitual*, todo sistema jurídico minimamente desenvolvido, como dito, contém princípios, dentre os quais se encontram aqueles que integram uma moral. Dados o caráter *prima facie* desses princípios e a necessidade de sopesamento entre eles, tem-se que a pretensão de correção jurídica associa-se, no caso, à pretensão de correção moral; vale dizer: pretensão de aplicação de uma moral correta; não, porém, qualquer moral.

Como visto, a pretensão de correção implica pretensão de fundamentabilidade, de fundamentação racional; *in casu*, de uma moral fundamentável racionalmente. Na perspectiva do participante, observa-se a conexão entre o direito e não uma determinada moral conteudística, e sim entre o direito e a *ideia* de uma moral correta, no sentido de uma moral *fundamentada*, na qual fracassa um considerável número de argumentos irracionais e injustos. Essa ideia de moral correta, ademais, assume um caráter *regulador*, como um objetivo a ser alcançado na pretensão de correção.

Somando-se a esse quadro o argumento da injustiça, observa-se que, antes do limiar de injustiça extrema, o não atendimento da pretensão de correção, embora leve a uma *imperfeição* jurídica, não acarreta a perda da *qualidade* jurídica – ou, ainda, da validade. A norma produzida continua a ser direito. A essa conexão entre direito e moral o autor denomina *qualificadora* – o fenômeno não deixa de ser classificado como direito, mas é *qualificado* como um direito imperfeito. Por outro lado, ao romper o limiar de injustiça extrema, a norma produzida, para além de não satisfazer a pretensão de correção, deixa de ser direito, perdendo a sua validade jurídica. A conexão entre direito e moral nesses termos é dita pelo autor *classificadora* – o conteúdo moral afeta a própria identificação, *classificação*, do fenômeno, situando-o no direito ou no não direito.

Nas três obras, aqui brevemente interpretadas, é possível notar a centralidade da teoria do discurso. Primeiro, enquanto possibilidade de argumentação moral e jurídica racional, ao mesmo tempo em que afasta das questões práticas argumentos injustos e irracionais. Segundo, como mecanismo inseparável da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, via máxima da proporcionalidade, incluindo o sopesamento entre princípios. Terceiro, aparecendo como elemento-chave na satisfação da pretensão de correção, esta inerente ao direito e cujo conteúdo essencial é a fundamentabilidade.

Mencionou-se, linhas atrás, que, para Alexy, pauta-se por exigências morais mínimas, passíveis de fundamentação racional, a verificação do limiar de injustiça extrema, citando como exemplo o componente nuclear dos direitos humanos elementares.

Daí podem ser extraídas duas observações: segundo o autor, transgride-se o limiar de injustiça extrema quando se viola o núcleo dos direitos humanos elementares; e o componente nuclear dos direitos humanos elementares é passível de fundamentação racional.

Uma tal fundamentação também foi objeto de estudos pelo jusfilósofo alemão, e, igualmente, por meio da teoria do discurso.

#### **4 A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO ALEXY**

No ensaio *Teoria do discurso e direitos do homem*, Alexy (2015b) propõe-se a formular uma fundamentação teórico-discursiva (ou seja: com base na teoria do discurso) dos direitos humanos, o que passa por duas etapas: primeiro, a fundamentação das próprias regras do discurso prático, o ponto de partida da análise; e, segundo, a passagem das regras do discurso, das quais não resulta diretamente regra alguma para atuação (ou direito, portanto), para os direitos humanos.

A fundamentação das regras do discurso prático repousa em três argumentos: um argumento transcendental, um argumento voltado à maximização da utilidade individual e uma tese antropológica.

Para a passagem das regras do discurso aos direitos humanos, vale-se o autor, igualmente, de três argumentos: da autonomia, do consenso e da democracia.

Antes de adentrar na fundamentação das regras do discurso prático, cumpre apresentar quais são essas regras, até porque elas servem de base, na segunda etapa, para a fundamentação dos direitos humanos.

Destaca Alexy (2015b, p. 103) que “a teoria do discurso é uma teoria procedural da correção prática”. *Da correção prática* significa a busca pelo correto para questões práticas, decisões (morais ou jurídicas, *e.g.*), sendo o correto entendido como o fundamentável racionalmente. *Procedimental* porque a teoria reúne um conjunto de condições que, se cumpridas, levam a um argumentar prático racional. Trata-se, desse modo, de uma teoria da argumentação racional e o seu objetivo é a imparcialidade do discurso.

Para assegurar tal objetivo, é necessário que exista *liberdade* e *igualdade* entre os participantes da argumentação, de modo que as mais importantes regras do discurso dizem, em síntese, que: todo aquele que pode se expressar tem permissão para participar dos discursos, introduzindo ou questionando afirmações, ou simplesmente manifestando colocações; e nenhum participante pode ser impedido de exercer essas prerrogativas por outro participante.

Nesse quadro de liberdade e igualdade entre os participantes do discurso, de um ponto de vista coletivo e sob condições *ideais*, tem-se que, para uma aprovação *universal*, a correção prática exige a seguinte regra: corretas são as normas que, em um discurso ideal, seriam consideradas corretas por participante. Essa regra corresponde, assinala o autor, ao princípio de Kant do *poder doador de leis*, segundo o qual somente pode ser doadora de leis a vontade popular universalmente unida, isto é, a vontade concordante e unida de todos, cada um decidindo sobre todos e todos sobre cada um.

Para fundamentar as regras do discurso prático, Alexy, como dito, recorre a três argumentos, os quais se complementam, porquanto o argumento transcendental, em que pese nuclear, é fraco, precisando ser reforçado pelos outros dois, o argumento da maximização da utilidade e o antropológico/empírico.

Segue, então, que deve ser explicado em que consiste o argumento transcendental e porque o autor o considera um argumento fraco.

O argumentar transcendental passa por sustentar a necessidade de um determinado ponto de partida, dele extraindo, depois, certas categorias ou regras.

No caso da teoria do discurso, o ponto de partida são os atos de falar e, especificamente, fazer afirmações. Tais afirmações somente são possíveis se algumas regras, nelas pressupostas, forem necessariamente cumpridas.

Essas regras decorrem da essência das afirmações, que é promover uma pretensão de verdade ou correção. Sem a pretensão de verdade ou correção, haveria, em uma afirmação, uma contradição performativa. Sucessivamente, dessa primeira regra podem ser deduzidas outras, a saber: a pretensão de fundamentabilidade (uma afirmação, pretendendo ser verdadeira ou correta, pressupõe algum fundamento, qualquer que seja, para tanto); o dever *prima*

*facie* de fundamentar o afirmado, a pedido (pressuposto pela pretensão de fundamentabilidade); a igualdade de direitos na argumentação, a ausência de coerção e a universalidade da argumentação (fora dessas condições, a pretensão de correção não é atendida).

Ocorre que fazer afirmações e fundamentações é um ato possível, e faz parte da forma de vida mais geral das pessoas (em algum momento de sua vida, toda pessoa faz alguma afirmação ou pergunta *por que?*), porém, em tese, não se trata de uma realidade necessária, especialmente quando consideradas as situações concretas extremamente diferentes. Isso transforma o argumento transcendental em um argumento fraco e a teoria do discurso, a seu turno, em uma teoria do *potencial* da razão.

O argumento transcendental funcionaria bem se pudesse ser pressuposto que toda pessoa tem um interesse, preponderante sobre todos os outros interesses, de solucionar conflitos corretamente, no sentido justo. Isso, todavia, não pode ser validamente pressuposto, posto que o argumento transcendental, por si só, valida apenas *hipoteticamente* as regras do discurso prático, sendo *faticamente* limitado o seu alcance.

Por isso, entram em cena os outros dois argumentos. O argumento antropológico ou empírico começa afirmando que se, de um lado, não se pode pressupor o interesse de todos na correção (otimismo infundado), de outro não se pode, do mesmo modo, assumir que ninguém tenha tal interesse (pessimismo infundado). Interesse na correção *existe*, em alguma medida, entre governantes e governados. Posto isso, certamente é melhor para os primeiros fazer fundar o exercício da sua dominação, ao menos aparentemente, em *argumentos*, ainda que ruins, pois o mero exercício da força é custoso, instável e, enfim, arriscado. Uma legitimação *institucional*, e não subjetiva – os dominadores podem não acreditar, intimamente, nos argumentos, mas os afirmam para eliminar ou reduzir as desvantagens do simples uso da força. Tem-se, aqui, associado ao argumento do *interesse na correção*, o argumento da *maximização da utilidade individual*.

Ambos os argumentos, em conjunto, reforçam o argumento transcendental, dando *validade objetiva* às regras do discurso prático. Em resumo: deve se valer das regras do discurso, que fazem parte da forma de vida mais geral das pessoas, tanto aquele que tem interesse na correção como aquele que não tem, visto lhe ser vantajoso fazê-lo, a longo prazo, do ponto de vista da maximização da utilidade individual.

Tendo como ferramentas as regras do discurso prático, dotadas de validade objetiva, o professor tedesco parte, em seguida, para a fundamentação dos direitos humanos propriamente dita. Anota, nesse mister, a necessidade de fazer uso de outras premissas, dado que as regras do discurso têm caráter *procedimental*, delas não se podendo extrair diretamente alguma regra de atuação. Registra, ademais, que a fundamentação dos direitos humanos passa por dois problemas: o problema de *conteúdo* diz respeito a saber quais são esses direitos e o problema de *forma* nada mais é do que a necessidade de transformar tal conteúdo em direito positivo, para que os direitos possam se desenvolver e ter força plena.

O problema de forma é mais simples, resolvendo-se, em última análise, na necessidade do próprio direito positivo, que surge de três problemas: do conhecimento (como agir), da imposição (fazer cumprir) e da organização (necessidade de alcançar exigências morais e objetivos coletivos). A renúncia à solução desses problemas redundaria na anarquia.

Quanto ao problema de conteúdo, o autor adianta que a sua preocupação, no ensaio, é com os direitos humanos discursivamente *necessários* (o que chama de fundamentação *imediata* – diretamente a partir da teoria do discurso), e não com os direitos meramente *possíveis* no discurso, vale dizer, aqueles que exsurgem do exercício teórico-discursivo no âmbito de um determinado processo político (fundamentação *mediata*), e elege, para tal desiderato, três premissas: da autonomia, do consenso e da democracia.

A premissa ou o princípio da autonomia é a ideia de que quem participa seriamente de um discurso pressupõe a autonomia do seu parceiro, o que significa aceitar que o outro determine o seu comportamento somente pela livre adoção de normas por ele consideradas válidas após suficiente deliberação e reflexão. Fundamenta-se tal princípio no fato de que a participação seria em um discurso implica não a simples busca de um convencimento pessoal, mas, sim, um consenso discursivamente criado e controlado, com possibilidade permanente de revisão discursiva, assim protegido de equívocos duradouros. Quer isso dizer, então, que o interesse na correção do discurso engloba o interesse na autonomia dos participantes. Tudo isso, de novo, de um ponto de vista *institucional*, objetivo, e não subjetivo, motivacional, entrando aqui, também, o argumento da maximização da utilidade individual quanto àquele que não participa genuinamente do discurso.

Ao princípio da autonomia corresponde um direito geral à autonomia, que também pode ser designado *direito de liberdade geral*, sendo o direito humano fundamental mais geral: “cada um tem o direito de apreciar livremente o que é ordenado e o que é bom e de atuar correspondentemente”, formula Alexy (2015b, p. 120). Trata-se de um *princípio*, um direito *prima facie* (v. *supra*), que deve ser realizado na maior medida possível, mas podendo ser limitado em virtude da autonomia dos outros e de bens coletivos, sobre os quais exerce, entretanto, uma primazia *prima facie*. Além disso, do direito à autonomia decorrem outros direitos, de duas formas. A primeira são simples desdobramentos ou espécies de autonomia. A segunda, direitos necessários para que alguém possa atuar autonomamente, a exemplo do direito ao mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais. Em ambos esses processos, situam-se, também, os direitos da autonomia *pública*, como a liberdade de opinião, imprensa e reunião, o direito universal e igualitário ao voto, etc., abrindo-se a porta, nesse passo (processo político), da fundamentação *mediata* dos direitos humanos.

O argumento ou a premissa do consenso é a verificação, em um discurso *ideal*, de resultados necessários ou impossíveis. É empregado pelo autor para introduzir a imparcialidade e, por seguinte, a *igualdade/universalidade* dos direitos. Para tanto, vale-se de dois argumentos principais. Primeiro: o enlace do argumento do consenso com o da autonomia (pressuposto do discurso), procedendo-se, no primeiro, apenas a uma distribuição igual dos direitos que já se encontram fundamentados na última. Segundo: em um discurso ideal, além de pressuposto, a autonomia é um objeto elementar de interesse humano que encontraria a aprovação de todos.

Por fim, o argumento da democracia, que é composto por três premissas: a democracia é o melhor *locus* para a realização de uma racionalidade discursiva; a democracia, por outro lado, somente é possível mediante o exercício igual e pleno de direitos humanos e fundamen-

tais políticos; e tais direitos somente podem ser dessa forma exercidos, ao fim e ao cabo, em que há a garantia de direitos humanos e fundamentais não políticos, dentre os quais os direitos à vida, ao mínimo existencial e a uma certa formação.

Conclui o autor, assim, haver uma união inseparável, apesar das tensões, entre direitos humanos e fundamentais e democracia, estado constitucional democrático. É certo, em vista disso, que a teoria do discurso permite não apenas a fundamentação daqueles direitos, mas do estado democrático, da democracia.

É possível observar que a matriz dessa fundamentação dos direitos humanos, ainda que com base discursiva, é *kantiana* e, desse modo, *liberal*. Tal fato é expressamente reconhecido pelo autor, que, entretanto, esclarece: toda fundamentação tem de se apoiar em algo, sendo tão boa, na verdade, quanto as premissas sobre as quais se apoia (ALEXY, 2015b).

O autor reconhece, igualmente, que a sua fundamentação jusfilosófica dos direitos humanos não deixa de ser *metafísica*, quer dizer, não é puramente naturalística, calcada em dados observáveis do mundo exterior, interior e social. Classifica-a, porém, como uma metafísica *construtiva* (não enfática, de salvação ou elevação), racional e universal (ALEXY, 2015c).

Esses dois aspectos – caráter metafísico e ideológico da fundamentação – são deveras importantes, mas não interessam aprofundar aqui. O objetivo, conforme anunciado inicialmente, é observar, na teoria estudada, a relação de complementaridade entre a fundamentação e a efetivação dos direitos humanos.

Fundamenta-se um direito com vistas à sua efetivação, e, ao efetivar-se um direito, pressupõe-se ou discute-se, conforme o caso, o seu fundamento. Assim, a fundamentação dos direitos humanos é um problema teórico com consequências práticas. Quanto mais duvidosa é uma fundamentação, ou menor o consenso em torno dela, mais importante ela é, afirma Alexy (2015a).

Não somente, todavia. Mesmo em situações nas quais não paire dúvida sobre a fundamentação dos direitos humanos, a teoria do discurso pode desempenhar papel útil na efetivação desses direitos. Em uma situação na qual colidam direitos, ela é uma ferramenta adequada para o sopesamento racional e, portanto, correto, à luz dos fundamentos dos direitos envolvidos e das condições do caso concreto, podendo-se cogitar, também, a situação em que a efetivação de um direito seja, habitual ou casuisticamente, negada, fornecendo a teoria discursiva, nesse caso elementos para afastar os argumentos irracionais e injustos, além de servir de base para sustentar a própria posição e dignidade do participante do discurso ali prejudicado.

A teoria do discurso é uma teoria da razão prática. Nela, fundamentar e efetivar direitos são questões práticas. Questões diferentes, mas práticas, ligadas à mesma razão, à razão prática. Na base dessas duas questões, que podem ser vistas como uma sucessão lógica ou mesmo (virtualmente) cronológica, reside o mesmo esquema racional de correção prática, moral e jurídica, em uma relação de continuidade e – mais – como visto, complementaridade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para proceder a uma leitura da fundamentação dos direitos humanos, segundo Alexy, primeiramente situou-se o jusfilósofo germânico no movimento *pós-positivista*, ou *não positivista*, como ele mesmo prefere (ALEXY, 2014). A preocupação com o caráter prático da ciência do Direito fez com que o autor incursionasse no mundo dos valores, buscando superar o relativismo moral do método positivista por meio de procedimentos racionais. A ideia fundamental é que a razão prática é possível.

Daí a *teoria do discurso* (prático, racional), a base do pensamento do mestre alemão nas diversas vertentes da sua Teoria do Direito: a argumentação jurídica, a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais, conceito e validade do direito e, o objeto deste artigo, a fundamentação dos direitos humanos.

A princípio uma questão teórica – a fundamentação dos direitos humanos – apresenta consequências práticas. Fundamenta-se um direito que se pretende ver efetivado. Uma fundamentação sólida, em torno da qual se forme amplo consenso, conduz a uma efetivação segura, isto é, mais espontânea, menos conflituosa e questionável. De outro lado, na efetivação de um direito acha-se pressuposta a sua fundamentação, a qual, se duvidosa, abre espaço à consagração de soluções irrationais e injustas.

Nesse passo, ao submeter a fundamentação dos direitos humanos à teoria do discurso, Alexy, coerente com seus marcos teóricos e, notadamente, sua teoria sobre a argumentação jurídica, interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, amalgama também a fundamentação dos direitos à racionalidade discursiva, prática.

Assim é que, no pensamento de Alexy, a razão prática, longe de ser apenas um adendo ou *post scriptum* ao positivismo jurídico – intentando delinear uma explicação racional para o processo de interpretação e aplicação do direito –, na verdade permeia a própria natureza do fenômeno jurídico, desde a construção dos seus fundamentos. Em Alexy, fundamentação e efetivação dos direitos humanos complementam-se não somente por, em tese, pressuporem-se reciprocamente, mas, sobretudo, por integrarem, coerentemente, o mesmo discurso prático-racional.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Organização Ernesto Garzón Valdés et al. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und Geltung des Rechts*.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização e tradução Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.
- ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução e revisão Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b. Título original: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*.
- ALEXY, Robert. *O conceito e a natureza do direito*. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de *El concepto y la naturaleza del derecho*.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Tradução de *Theorie der juristischen Argumentation*.
- ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travassoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015c. Tradução de *Eine Theorie des praktischen Diskurses und andere*.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução da 5ª edição alemã de *Theorie der Grundrechte*.
- BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 69-99.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de L'età dei Diritti.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução Daniela Baccaccia Vessani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. Título original: Dalla struttura alla funzione.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008. Título original: Diritto e potere.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução Candice Premaor Gullo. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. Título original: La filosofia del diritto contemporanea.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Philosophie critique et raison juridique.
- LOSANO, Mario, G. Introdução. In: *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. VII-XXXIII. Título original: Das Problem der Gerechtigkeit.
- LOSANO, Mario G. Nota preambular. In: KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-39. Tradução do "Apêndice" da 2ª edição alemã, de 1960, da Teoria Pura do Direito.
- MARYIOLI, Aglaé. A reconstrução habermasiana do direito. In: BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 429-439. Tradução de: Histoire de la philosophie du droit.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução Ivone C. Benedetti. Revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: Filosofia del diritto.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.
- SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais, *Mana*, 12 (1), p. 207-236, 2006.
- TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-18. Tradução de: Theorie der juristischen Argumentation.
- TORRADO, Jesús Lima. El fundamento de los derechos humanos. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*, Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, n. 16, p. 223-246, jan./jul. 2012.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Nota sobre a organização e a tradução. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015a. p. XV-XXI. Tradução de: Eine Theorie des praktischen Diskurses und andere.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: A Teoria Discursiva do Direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b. p. 1-32. Tradução de: Eine Theorie des praktischen Diskurses und andere.

## O controle de Convencionalidade na Relação Intersistêmica entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os Sistemas Nacionais de Direitos Humanos Desafios em Cenários de Interseções Variadas

**Pedro Henrique de Faria Barbosa**

Doutorando em Direito do Comércio Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco (2016).  
Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2009). [pedrohfb@hotmail.com](mailto:pedrohfb@hotmail.com)

**Sylvio Loreto**

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1952). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1954). Professor titular da Universidade Federal de Pernambuco. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional Privado, Legislação sobre estrangeiro e princípios aplicáveis, Direito Internacional. Líder do grupo de pesquisa "Integração regional, globalização e Direito Internacional". [sylvioloreto@uol.com.br](mailto:sylvioloreto@uol.com.br)

### RESUMO

O presente artigo insere-se no campo de estudo dos direitos humanos, focando-se na aplicação do controle de convencionalidade por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos tribunais internos dos Estados-membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Seu objetivo principal é a análise dos desafios para a instituição de tal controle em um cenário de interação intersistêmica. Quanto à metodologia, a análise é desenvolvida inicialmente por meio de uma abordagem linguística das definições de certos termos de direitos humanos por parte da doutrina internacional, prosseguindo para uma abordagem histórico-jurídica da consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na sequência são feitas considerações sobre possíveis resultados da relação intersistêmica entre o contexto regional e nacional, quanto à aplicação do controle de convencionalidade, apontando os níveis de interseção existentes entre os distintos sistemas. Desse estudo resultam as conclusões no sentido dos desafios para a efetiva aplicação do controle de convencionalidade por parte dos tribunais internos dos Estados americanos e de caminhos possíveis para o incremento do diálogo intersistêmico.

**Palavras-chave:** Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Relação intersistêmica. Interseções.

### THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE INTERSYSTEMIC RELATIONSHIP BETWEEN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND THE NATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEMS – CHALLENGES IN SCENARIOS OF VARIED INTERSECTIONS

### ABSTRACT

The present article is inserted in the field of study of human rights, focusing in the application of the control of conventionality by the Inter-American Human Rights Court and internal courts of Member-States of the Inter-American Human Rights System. Its main objective is to analyze the challenges to implement of such control in a intersystemic interaction scenario. About methodology, such analysis is initially developed through a linguistic approach of definitions of certain human rights terms by the international doctrine, proceeding to a legal-historical approach of the consolidation of the Inter-American Human Rights System and the Inter-American Human Rights Court. In sequence, considerations are made about possible results of the intersystemic relation between national and regional context about the application of the control of conventionality, pointing existent intersection points levels between the distinct systems. From such study results the conclusions in the sense of the challenges for the effective application of the control of conventionality by the internal court of American States and of possible paths to increase the intersystemic dialogue.

**Keywords:** Inter-American Human Rights System. Inter-American Human Rights Court. Control of conventionality. Intersystemic relations. Intersections.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como sistema internacional – questão terminológica. 2.1 Regime x Sistema. 2.2 Sistema Global x Sistema Internacional. 2.3 Direitos Humanos x Direitos Fundamentais. 3 O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. 3.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4 O Controle de Convencionalidade. 4.1 Controle de Convencionalidade quando não há interseção direta entre sistemas. 4.2 Controle de Convencionalidade quando um sistema é subsistema de outro. 4.3 Controle de Convencionalidade quando há interseção entre sistemas. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 29/8/2018

Modificações requeridas em: 18/2/2019

Aceito em: 26/2/2019

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são um ramo do Direito que tem passado por profundas alterações nas últimas décadas. Desde o final da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, mas, principalmente, com as mudanças do sistema internacional ocorridas no início da década de 90, há uma profunda relação entre o Direito Internacional e os direitos nacionais em matéria de proteção de direitos humanos.

No contexto latino-americano, superando o período de regimes autoritários ocorrido durante as décadas de 50, 60 e 70 do século passado, a onda de redemocratização ocorrida durante a década de 80 e início da década de 90 do século 20 afetou profundamente o Direito Constitucional dos países da região, com o surgimento de diversos novos textos constitucionais. Conforme analisa Flávia Piovesan:

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana (2013, p. 91).

Não apenas a criação de normas e princípios, mas, principalmente, o surgimento de organismos internacionais específicos para proteção, monitoramento e cumprimento dos direitos humanos, tem alterado a forma tradicional de aplicação dos direitos humanos, superando períodos em que a matéria era tratada de maneira soberana por cada Estado. Simultaneamente, antigos organismos de monitoramento passaram por um período de fortalecimento, com a adesão de diversos novos Estados.

A interação entre sistemas jurídicos diversos não é uma questão simples, especialmente quando envolve o tratamento de normas em âmbito constitucional, como é o caso da matéria de direitos humanos. A tradicional hierarquia piramidal, presente em um único ordenamento jurídico, não necessariamente explica a relação entre sistemas, uma vez que nem sempre há relação hierárquica capaz de dirimir conflitos. Esse problema é apontado por Marcelo Neves ao analisar que:

A pergunta concernente à conformidade ou desconformidade ao direito (licitude ou ilicitude), em relação a um mesmo caso, apresenta-se perante uma pluralidade de ordens jurídicas. Essa pergunta vazia pode ser complementada com referência a conteúdo: quais os critérios ou programas condicionais que podem servir para definir se algo se enquadra na hipótese da licitude ou da ilicitude? As diversas ordens, naturalmente, não invocar, primariamente, os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução de casos. Sem dúvidas, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de “pontes de transição” é fundamental. Evidentemente, essas “pontes”, como

modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo (2009, p. 128).

Assim, as chamadas colisões entre as diversas ordens não podem ser dirimidas de forma semelhante às colisões dentro de um único sistema. A criação de pontes e o surgimento de uma conversação constitucional reveste-se de relevância não apenas no plano teórico, mas, principalmente, para solucionar conflitos concretos que porventura surjam.

O diálogo para a construção de pontes entre os sistemas é, talvez, o principal mecanismo para a solução de paradoxos. É sabido, porém, que tal diálogo depende da capacidade de compreensão de conceitos de maneira semelhante. A linguagem de cada sistema, especialmente em se tratando de direitos humanos, tema repleto de conceitos abertos e definições abrangentes, é profundamente influenciada por seu contexto cultural, de modo que há colisões, não apenas no que se refere ao âmbito normativo, mas, principalmente, na interpretação dada aos conceitos jurídicos pelos órgãos jurisdicionais de cada sistema.

No contexto regional americano é conhecida a importância e influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na tratativa de direitos humanos no continente. Nesse cenário, um importante ponto de diálogo presente nesse sistema, ressaltado pela atuação de seu órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é a realização do controle de convencionalidade, ferramenta para garantir que haja um respeito por parte dos diversos Estados americanos às normativas convencionais interamericanas.

Apesar da imensa importância do controle de convencionalidade, ainda há certa resistência de diversos Estados em variados níveis de suas administrações em fazer valer o referido controle. Assim, é objetivo do presente trabalho analisar a figura do controle de convencionalidade e os cenários existentes nas relações entre os sistemas de direitos humanos, os quais justificam eventuais aplicações ou rejeições do controle de convencionalidade.

Para isso, deve-se partir de uma análise terminológica da definição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um sistema internacional, importante para evitar imprecisões terminológicas que prejudicam a compreensão da matéria tratada, para em seguida adentrar em possíveis cenários distintos de interação intersistêmica. A abordagem deste estudo é sempre no sentido de buscar compreender os cenários de possibilidade e desafios para o diálogo intersistêmico no continente americano em matéria de direitos humanos, assunto de grande importância não apenas para os Estados que integram o contexto regional, mas, principalmente, para os indivíduos, destinatários primários das garantias de direitos humanos consolidadas nas últimas décadas.

## 2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO SISTEMA INTERNACIONAL – QUESTÃO TERMINOLÓGICA

O objetivo do presente trabalho é analisar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Apesar de ser amplamente conhecido e empregado por uma respaldada doutrina, por vezes há confusões terminológicas e algumas definições são empregadas como sinônimas, quando na realidade tratam de temas diversos. É necessário, portanto, traçar algumas distin-

ções entre conceitos muitas vezes utilizados sem grande rigor científico, mesmo por autores de respaldo. Assim, para garantir que a expressão a ser aplicada no trabalho corresponda a uma noção adequada, deve-se prosseguir com uma sucinta diferenciação e delimitação de conceitos como sistema, internacional e a noção de direitos humanos, fazendo um contraponto com outros termos bastante conhecidos e amplamente empregados na doutrina.

## 2.1 Regime x Sistema

Inicialmente, abordando o conceito de regime, é notória sua conceituação por Stephen Krasner, que bem define como “(...) princípios, normas e regras implícitos ou explícitos e procedimentos de tomada de decisões de determinada área das relações internacionais em torno dos quais convergem as expectativas dos atores” (KRASNER, 1982, p. 2, tradução nossa).<sup>1</sup> A concepção de regime, portanto, envolve aplicação de regras e princípios por atores internacionais. Exemplo disso é a noção de regime internacional de direitos humanos, em que atores diversos (Estados, organizações internacionais, indivíduos) interagem entre si baseados em uma série de normativas.

Na doutrina do Direito há uma ampla utilização do termo sistema para definir uma série de comunicações entre normas e atores, a exemplo de sistema jurídico, sistema mundial de comércio, entre outros. A difusão da noção de sistemas está intimamente relacionada com a difusão e aceitação da doutrina jurídica da Teoria Geral dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (LUHMANN, 2016). Sem aprofundar-se na teoria em si, há uma maior aceitação, por parte da doutrina, do emprego do termo sistema quando se refere a uma série de formas de interação e organização, por se tratar de um termo mais amplo, o qual não necessariamente preocupa-se em considerar se se trata de algum âmbito das relações internacionais, como é o caso de regimes.

Desse modo, adentrando nomeadamente na temática dos direitos humanos, é compreensível que haja uma predileção doutrinária por definir arranjos na matéria como sistemas, principalmente quando se trata de relações em que há uma pluralidade de atores sem uma necessária priorização do aspecto internacional das relações. Não por acaso, portanto, quando se fala em arranjos locais ou regionais, é mais empregada a noção de sistema, a exemplo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ainda assim, definida a escolha pela terminologia sistema, quando se trata de matérias que ultrapassam as fronteiras nacionais de um Estado, há também algumas dúvidas quanto a sua definição. Sistemas globais (ou mundiais) muitas vezes são empregados como noções semelhantes de sistemas internacionais, de modo que é necessário considerar até que ponto é possível, de fato, aplicar indistintamente os termos.

## 2.2 Sistema Global x Sistema Internacional

Apesar de análogos, o termo global (o qual é costumeiramente empregado como sinônimo de mundial) e o termo internacional possuem concepções, apesar de próximas, distintas em pontos importantes. Seguindo uma concepção mais próxima dos verbetes no pró-

<sup>1</sup> No original: “(...) sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations”.

prio dicionário, o conceito de global/mundial traz consigo uma carga de englobar o planeta como um todo, sem deixar de incluir qualquer local ou indivíduo. Assim, quando se fala em sistema global de direitos humanos, pressupõe-se uma noção de universalidade (também por isso em situações específicas é aplicado como sinônimo de universal) na abrangência desse sistema, sem estar adstrita a um Estado específico ou a um grupo de indivíduos.

A noção de internacional, outrossim, também possui uma concepção abrangente, porém bem mais limitada. Em verdade, a prefixação do termo traz a noção de relação entre nacionais, ou seja, algo que vai além do limite de uma nação, podendo tanto se limitar a dois ou três atores nacionais distintos quanto chegar ao ponto de abranger todas as nações e, nesse caso, aproximar-se bastante do conceito de global/mundial.

Nesse cenário, a utilização da terminologia sistema internacional é muitas vezes recomendada para delimitar sistemas sociais que ultrapassam as fronteiras de uma única nacionalidade, porém não necessariamente possuem a universalidade de abrangência do sistema global, como poderia ser, por exemplo, o sistema global de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Mais que isso, quando se trata de um sistema internacional de abrangência regional, como é o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seria em verdade uma imprecisão tentar defini-lo como um sistema global, pois em verdade trata-se de uma esfera de influência internacional, de âmbito regional.

### 2.3 Direitos Humanos x Direitos Fundamentais

Por fim, talvez uma distinção que ainda cause debates nos dias atuais é a definição clara das diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais. Ambos, sem dúvidas, podem referir-se a uma dimensão de direitos básicos que os indivíduos dispõem para concretizar as garantias mais básicas de sua vida e exercer a cidadania, porém há, por vezes, o questionamento acerca da real abrangência de cada um.

Parte significativa da doutrina convencionou em considerar que os direitos humanos seriam designados para direitos básicos previstos na esfera internacional, enquanto os direitos fundamentais seriam a concretização de tais direitos dentro dos limites nacionais, sob a regência de um ordenamento jurídico interno, por exemplo, quando são previstos em um texto constitucional.

Apesar de ser uma definição sucinta e ainda muito empregada, ela traz uma série de questões, por exemplo, qual seria a definição a ser empregada quando um grupo de direitos humanos previstos na esfera internacional são internalizados em um ordenamento nacional, tornando-se, portanto, norma interna, como é exemplo, no caso brasileiro, dos decretos que promulgam tratados internacionais. Mais que isso, há uma tendência à consolidação de uma via de mão dupla entre os ordenamentos jurídicos nacionais e os sistemas internacionais de direitos humanos, em que ocorre uma influência recíproca que permite que conceitos, princípios e mesmo normas sejam absorvidos tanto da via internacional para a nacional quanto na via inversa.

Nesse cenário, é difícil definir com clareza qual seria o limiar para deixar de tratar determinados temas como direitos humanos, para ingressar no rol de direitos fundamentais. Há a preferência, portanto, por incluir a terminologia direitos humanos quando se faz presente

a influência internacional no referido direito, quer seja na sua concepção, normatização ou aplicação. Desse modo, quando se fala de interpretação de cortes internacionais, está sendo aplicada a dimensão dos direitos humanos.

Abordada essa questão terminológica, é possível compreender melhor a escolha pela definição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como o é, inclusive considerando sua natureza de sistema – ou seja, uma série de comunicações – internacional – de modo que ultrapassa as fronteiras de um único país – e de direitos humanos – em que o elemento internacional faz-se presente não apenas na formulação dos direitos, mas também em sua aplicação. Ultrapassada essa questão, é possível ingressar no Sistema Interamericano em si, considerando sua formação e consolidação, bem como eventuais influências desse processo na realização do controle de convencionalidade e em que níveis ele vem a ocorrer.

### **3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

A proteção dos direitos humanos é realizada por diversos organismos, nacionais ou internacionais, o que permite uma maior abrangência e efetividade na sua efetivação. No âmbito internacional, a matéria não se limita ao sistema global de proteção, conduzida primariamente pela ONU, sendo complementada por sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

A existência de diversas esferas, com abrangências distintas, não deve ser considerada um estímulo a conflitos, pois, ao contrário do que uma análise apressada apontaria, a multiplicidade de sistemas específicos contribui para a constituição de um sistema de proteção geral mais robusto. A proximidade geográfica e as similitudes culturais existentes dentro de uma região permitem que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos complementem de forma bastante efetiva o sistema global. Assim afirmam Christof Heyns e Frans Viljoen, ao analisarem que:

Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em caso de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode consequentemente complementar o sistema global em diversas formas (HEYNS; VILJOEN, 1999, p. 423).

De forma semelhante ao que ocorre na relação entre o sistema nacional e o internacional, não há uma oposição entre o sistema internacional global e o regional. Em verdade observa-se, cada vez mais, uma interpenetração bastante benéfica entre os âmbitos nacional, regional e global no que se refere à promoção e proteção dos direitos humanos. Não apenas a criação de normas de promoção de direitos humanos e o monitoramento de violações, mas, principalmente, o surgimento e a crescente abrangência dos tribunais de direitos humanos, nos quais, cada vez mais, há a presença dos indivíduos, o que tem fortalecido a instituição dos direitos humanos em diversos Estados.

No contexto regional do continente americano verifica-se a existência do sistema regional conhecido como Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Esse sistema surgiu no âmbito da Organização dos Estados Americanos, organização internacional criada em 1948, sendo efetivada, principalmente, com a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.

Fazendo uma breve retomada histórica da criação e consolidação do Sistema Interamericano, verifica-se que, inicialmente, quando da criação da OEA, é elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, aprovada na IX Conferência Americana em Bogotá, no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial. É notável analisar que o Sistema Interamericano previu princípios de proteção dos direitos humanos antes mesmo do contexto global, uma vez que a Declaração Americana precede a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de dezembro de 1948.

A Declaração Americana estabelece 28 direitos e 11 deveres dos cidadãos americanos. Como a maioria das declarações internacionais, o acordo prevê normativas, que constituem princípios, os quais são dotados de alto grau de generalidade e abstração, e não obrigações jurídicas em sentido estrito. Ainda assim, contribuiu como marco inicial e fonte principiológica que se adensaria com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Posteriormente é elaborado o Pacto de San José da Costa Rica durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de novembro de 1969, vindo a entrar em vigor em 1978. A adesão ao Pacto de San José não abrangeu todos os membros da OEA – EUA e Canadá não são parte da Convenção – e houve diversas adesões posteriores. Diferente da Declaração Americana, a Convenção Interamericana impôs deveres aos Estados, uma vez que reconhece a obrigação dos Estados de respeitar direitos e liberdades presentes na Declaração e de adotar posições de Direito interno que sejam necessárias para garantir a realização desses direitos.

Elenco os direitos humanos das Américas, semelhantes aos direitos universais: vida, personalidade jurídica, liberdade, integridade pessoal, proibição da escravidão e servidão, liberdade pessoal, garantias judiciais, princípio da legalidade e irretroatividade dos direitos humanos, indenização, proteção da honra e dignidade, liberdade de consciência e religião, liberdade de expressão, resposta e retificação, reunião, associação, proteção à família, nome, criança, direito à nacionalidade, propriedade privada, circulação de residência, direitos políticos, igualdade perante a lei, proteção judicial, direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>2</sup>

Adicionalmente ao Pacto de San José foram elaborados dois protocolos: o Protocolo de San Salvador, de 1988, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, e o Protocolo de Abolição da Pena de Morte, de 1990. A esses Protocolos somam-se as convenções interamericanas setoriais, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra

<sup>2</sup> Para maior detalhamento, ver artigos 3º ao 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencao\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencao_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf).

Pessoas Portadoras de Deficiências, de 1999. Houve também, em 2013, a elaboração da Convenção Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e da Convenção Contra Racismo, Discriminação Racial e Formas Relacionadas de Intolerâncias.

Dois órgãos foram designados para salvaguardar o Pacto de San José e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que iniciou seus trabalhos em 1979. Ambos funcionam de maneira complementar, com a Comissão constituindo a etapa preliminar para que se possa açãoar a jurisdição da Corte. Conforme mencionado anteriormente, o sistema regional atua de forma integrada aos sistemas nacionais de direitos humanos, sendo açãoado apenas quando não há solução à questão de direitos humanos dentro do Estado. Sobre isso, analisa Manuel Eduardo Góngora-Mera:

O sistema interamericano de direitos humanos está estruturado judicialmente em dois grandes níveis: um nível nacional que se baseia na obrigação de cada Estado de garantir os direitos e liberdades reconhecidos nos instrumentos interamericanos de direitos humanos, assim como de condenar e reparar as violações a estes direitos. Se um caso concreto não é solucionado neste nível, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (adiante Convenção Americana), contempla um nível regional – de potencial alcance hemisférico – que opera inicialmente em uma instância semijudicial a cargo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; se o caso ainda não é resolvido satisfatoriamente, passa ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adiante Corte Interamericana ou CorteIDH).

Descrito nestes termos, o nível regional representa uma proteção subsidiária, coadjuvante e complementar da que oferece o direito interno dos Estados membros do sistema, porque não opera independentemente das instâncias nacionais (GÓNGORA-MERA, 2013, p. 312-313, tradução nossa).<sup>3</sup>

A Corte Interamericana requer que o Estado reconheça expressamente sua jurisdição. É importante frisar que, ademais de atuar como um mecanismo de proteção subsidiário, complementar ao Direito interno dos Estados, a Corte é um órgão jurisdicional que emite sentenças, as quais possuem caráter vinculante para seus membros. Assim, verifica-se que o Sistema Interamericano complementa os sistemas nacionais dos Estados americanos em matéria de direitos humanos. Nesse contexto, a atuação de seus dois órgãos é um dos principais mecanismos para garantir e fortalecer o sistema, especialmente as decisões da Corte Interamericana, de caráter jurisdicional.

<sup>3</sup> No original: "El sistema interamericano de derechos humanos está estructurado judicialmente en dos grandes niveles: un nivel nacional que se basa en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, así como de condenar y reparar las violaciones a estos derechos. Si un caso concreto no es solucionado en este nivel, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), contempla un nivel regional – de potencial alcance hemisférico – que opera inicialmente en una instancia semijudicial a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; si el caso aún no es resuelto satisfactoriamente, pasa a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o CorteIDH).

Descrito en estos términos, el nivel regional representa una protección subsidiaria, coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados miembros del sistema, por lo que no opera independientemente de las instancias nacionales".

O Sistema Interamericano possui uma amplitude normativa de certa robustez, como é possível constatar pelo número de pactos e convenções que o integram, de modo que, ao reconhecer a jurisdição de um Tribunal Internacional capaz de emitir decisões sobre essas normas, o Estado está demonstrando um compromisso claro com a promoção dos direitos humanos, não apenas com seus vizinhos no âmbito regional, mas também com os indivíduos de sua população. O cumprimento desse corpo normativo é, em grande medida, assegurado por meio da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual consagra a necessidade de realização pelos Estados do chamado controle de convencionalidade, em que é buscada a adequação dos ordenamentos jurídicos nacionais junto as normas das convenções interamericanas. A criação e a atuação da Corte, portanto, veio para consolidar o Sistema Interamericano e permitir uma interação mais profunda dos Estados com esse Sistema.

### 3.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo vinculado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Criada por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte foi estabelecida e organizada quando a referida Convenção entrou em vigor, em 1979, período em que a Corte iniciou seu funcionamento. É necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte para que possa ser julgado. Com sede em San José da Costa Rica, a jurisdição da Corte, até o presente momento, é reconhecida por 22 dos 25 Estados-partes do Pacto de San José.

O funcionamento da Corte Interamericana foi definido por meio de seu Estatuto de 1979 e aprimorado por meio do Regulamento de novembro de 2009. Ela reúne-se seis vezes por ano, em quatro sessões ordinárias e duas extraordinárias. É composta de sete juízes eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos, com a prorrogação sendo possível por uma única vez. Não deve haver dois juízes de mesma nacionalidade. Caso o mandato de um juiz acabe antes de findo um caso, ele continua a participar deste até seu término. Os juízes eleitos são indivíduos de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, cuja atuação na Corte é desvinculada de seu país de origem.

Duas são as principais funções da Corte Interamericana: a emissão de opiniões consultivas e a competência jurisdicional. Sobre as opiniões consultivas, a Corte pode manifestar-se em qualquer matéria de direitos humanos, não se limitando aos Protocolos e Pactos do Sistema Interamericano, interpretando a conformidade da legislação interna dos Estados às normas internacionais de direitos humanos.

A importância das opiniões consultivas é premente para a harmonização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois, mesmo não possuindo caráter obrigatório, as opiniões revelam o posicionamento da Corte em matéria de direitos humanos antes mesmo que surja um eventual conflito no Estado, de modo a garantir uma adequação prévia. Apenas Estados podem requerer tais opiniões, mas a matéria a ser tratada é de enorme amplitude, englobando qualquer tema de direitos humanos que porventura possa ser de interesse de um Estado. Acrescentam Louis Hewkin *et al.*:

Em resposta a uma série de questões postas pelo Governo do Peru, relativamente à jurisdição consultiva da Corte, esta entendeu que tem jurisdição consultiva no que se refere a qualquer previsão atinente à proteção de direitos humanos enunciados em qualquer

tratado internacional aplicável aos Estados Americanos, independentemente se bilateral ou multilateral, qualquer que seja o propósito principal do tratado, não importando se o Estado não membro do sistema interamericano tem o direito de se tornar parte dele (1993, p. 673).

Ademais da função consultiva, uma das principais características da Corte Interamericana é, por se tratar de um Tribunal Internacional, a sua competência jurisdicional. Ela pode julgar casos de violações de direitos humanos, estabelecidos no Pacto de San José, dos Estados da OEA que reconhecem sua competência contenciosa. Por se tratar de uma competência jurisdicional, as decisões da Corte nesse sentido são vinculantes e possuem plena eficácia perante o Estado.

Apenas os Estados-membros do Sistema Interamericano e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem levar um caso à atuação contenciosa da Corte Interamericana. Ao contrário do que ocorre na Comissão, a Corte não recebe petições de indivíduos, grupo de pessoas ou Organizações Não Governamentais. O pedido desses pode vir por meio da Comissão, que funciona como órgão de acesso à Corte. Ainda assim, é possível a atuação dos indivíduos, especialmente vítimas e familiares, de forma autônoma, por meio de petições, argumentos e provas referentes ao caso. Conforme exposto no artigo 25, 1, do novo Regulamento da Corte Interamericana:

**Artigo 25. Participação das supostas vítimas ou seus representantes**

1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.<sup>4</sup>

Paralelamente a essa garantia, há também o Fundo de Assistência Jurídica da Corte. Esse Fundo existe para facilitar o acesso das pessoas que tenham petição a fazer, mas não têm recursos para apresentar tal petição. Ele existe como mecanismo para subsidiar defesas e fortalecer o exercício da Corte. Além disso, há também a figura do defensor público interamericano, que pode ser uma pessoa ou grupo de pessoas. O defensor é designado em cada caso para auxiliar as supostas vítimas que não possuem representação legal.

A atuação contenciosa da Corte deve ser fundar na denúncia de alguma violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos perpetrada por um Estado que reconheça sua jurisdição. Ressalte-se que um dos primeiros pontos da atuação da Corte, nesse sentido, trata da análise prévia de sua competência para atuar no contencioso, observando se os Estados envolvidos são partes legítimas, se a matéria trazida enquadra-se como uma violação ao Pacto de San José e se há competência temporal para julgar a violação apresentada.

Uma vez que a Corte lida com Estados que reconheceram sua jurisdição em períodos distintos, muitas vezes admitindo que ela atuasse analisando atos anteriores à data do reconhecimento, bem como investiga crimes que não se esgotam na data de sua ocorrência, mas

<sup>4</sup> Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)

se perpetuam até o presente, a confirmação de sua competência temporal é bastante importante para legitimar sua atuação. Há, entre a jurisprudência da Corte, um grande número de decisões que tratam de exceções preliminares sobre tal temática aduzidas pelos Estados.

Conforme analisado, é possível que um Estado acione diretamente a Corte por alguma violação realizada por outro Estado, mas, devido à estrutura de funcionamento do Sistema Interamericano, é habitual observar o acionamento da Corte ocorrendo mediante a atuação da Comissão Interamericana. Quando a Corte Interamericana age mediante provocação da Comissão, ela aproveita as investigações feitas e o relatório emitido pela Comissão, de modo a tornar mais célere o processo. Caso a denúncia tenha partido de um Estado, ela poderá realizar investigações preliminares e buscar explicações dos Estados envolvidos para instruir sua decisão.

Importante frisar que, conforme mencionado, o Sistema Interamericano baseia-se na ideia de prévio esgotamento dos recursos internos. Isso significa que, em caso de violação de direitos humanos, deve haver uma tentativa prévia de solução da questão dentro do Estado para que a matéria possa ser levada ao âmbito interamericano.

A noção de esgotamento dos recursos internos tem sido objeto de ampla análise hermenêutica nas últimas décadas, de modo que, atualmente, admite-se que esse esgotamento requer que os recursos internos sejam meios hábeis a solucionar a violação, não se limitando a meios meramente protelatórios que afastem as garantias dos indivíduos. Assim, não raro, a atuação da Corte Interamericana investiga a atuação dos tribunais internos na busca de solução à violação a ela apresentada. Nesse contexto, a Corte expressa, em suas sentenças, a sua relação com os Tribunais internos, exemplo disso pode ser observado no seguinte trecho de importante decisão sua perante o Estado chileno:

123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2º. da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. No entanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de cumprir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, consequentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, coletado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por seus atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violações dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana

124. A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam esvaziadas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o poder

Judiciário deve considerar não apenas o tratado, mas também a interpretação do mesmo que tenha feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (Tradução nossa).<sup>5</sup>

Essa decisão, inclusive, traz importante ponto para a doutrina interamericana, ao abordar a necessidade de aplicação do controle de convencionalidade das normas internas perante as convenções de direitos humanos, ponto que será abordado com maiores detalhes no tópico seguinte.

Para além disso, a sentença da Corte pode concordar com a atuação adotada pelo Estado, demonstrando que foram utilizados os meios adequados para fazer cumprir o Pacto de San José. Contrariamente, pode também observar ter havido uma violação ao Pacto, de modo a emitir uma sentença condenatória ao Estado. Caso condenatória, a decisão da Corte determinará a adoção, pelo Estado agressor, de medidas que façam cessar a violação e restaurar o direito, além de poder condenar o Estado agressor ao pagamento de indenização.

Existem três tipos de sentença: as exceções preliminares, que questionam admissibilidade de uma demanda ou competência do Tribunal para conhecer determinado caso; a decisão de mérito, julgando a ocorrência ou não de violação à Convenção Interamericana e, por fim, caso a decisão de mérito seja condenatória, a Corte poderá emitir uma decisão de reparações e custas. O conteúdo das reparações vai além de uma simples obrigação pecuniária, buscando um resultado que possa reparar os efeitos das violações cometidas. É o que afirma Victor Bazán ao analisar que

(...) o Tribunal Interamericano tem establecido que as reparações consistem nas medidas que tendem a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas, adicionando que sua natureza e seu montante dependem do dano ocasionado nos planos tanto material como imaterial (...) (2015, p. 29, tradução nossa).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile, sentença de 26 de dezembro de 2006. p. 642, 643. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/almonacid\\_arellano.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/almonacid_arellano.pdf). No original: “123. La descrita obligación legislativa del artículo 2o. de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

<sup>6</sup> No original: “(...) el Tribunal Interamericano tiene establecido que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas; añadiendo que su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial (...)”.

O cumprimento da sentença deve ser voluntário, mas é importante notar que as sentenças da Corte são internacionais, as quais, ao contrário das sentenças estrangeiras, não requerem qualquer processo de internalização. Assim, observa-se que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos possui grande impacto perante os Estados americanos. Não apenas por emitir decisões vinculantes, que obrigam as partes condenadas a cessar a violação e pagar eventuais reparações pecuniárias, bem como adotar medidas adequadas para reparar os danos sofridos pelos indivíduos, mas também por analisar as decisões dos mais altos Tribunais Nacionais em matéria de direitos humanos.

Não há hierarquia entre a instância nacional e o Tribunal Internacional. Verifica-se, porém, que a Corte Interamericana é o interprete maior do Pacto de San José, de modo que sua interpretação da relação deste com os ordenamentos jurídicos nacionais é essencial para o bom funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. A função de intérprete dos ordenamentos jurídicos nacionais cabe às Cortes constitucionais de cada país, as quais, não raro, são também a última instância de decisão nacional em matéria de direitos humanos.

É inescapável a interação entre a Corte Interamericana e as Cortes nacionais, de modo que, à medida que a Corte robustece sua atuação e fortalece uma jurisprudência em matéria de direitos humanos no continente americano, há uma necessidade cada vez maior dos ordenamentos jurídicos nacionais da região em se aproximar dessa Corte. Desse modo, a influência da Corte Interamericana no contexto regional tem estimulado um diálogo cada vez maior com as Cortes constitucionais americanas, conforme assinala Marcelo Neves:

Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII (arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de diálogo em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos (2009, p. 144-145).

Um dos pontos de profunda análise na atuação da Corte Interamericana é a forma com que ela busca garantir o cumprimento das normas convencionais interamericanas por parte dos Estados partícipes do sistema. Sobre essa temática, foi consolidada a ideia do controle de convencionalidade, o qual, inicialmente, foi aduzido em um caso concreto por parte da Corte, no supramencionado *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, como obrigação dos Estados em adequar suas normas, práticas administrativas e decisões às convenções americanas de direitos humanos, tendo se consolidado como ferramenta essencial para o funcionamento do Sistema Interamericano.

Por certo, a correta aplicação do controle de convencionalidade ainda é motivo de muito debate não apenas dentro dos Estados, mas mesmo na jurisprudência da Corte Interamericana, por vezes havendo posicionamentos bastante divergentes entre os diferentes atores acerca dos seus limites e aplicabilidade. Ainda assim, é função da Corte, como órgão do Sistema Interamericano, analisar as eventuais incongruências dos ordenamentos nacionais com a lógica do sistema regional.

## 4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade, abordado inicialmente pelo juiz da Corte Antônio A. Cançado Trindade e consolidado pelo juiz Sergio García Ramírez, é um mecanismo para embasar tanto a atuação da Corte Interamericana quanto dos Estados- partes do Sistema Interamericano nas regras convencionais existentes.

A partir de sua criação, o controle de convencionalidade foi amplamente discutido na doutrina, inclusive buscando definir sua abrangência, níveis de aplicação e técnicas de aplicação. Nesse sentido, conforme traz Mazzuoli:

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos (2011, p. 23).

Para além de ser o mecanismo que a Corte utiliza para considerar a validade e aplicabilidade dos atos dos Estados americanos, define bem o funcionamento do controle do convencionalidade Victor Bazán ao afirmar que:

Esse controle convencional exige verificar a congruência das normas jurídicas internas que aqueles (Estados) aplicam nos casos concretos com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – entre outros instrumentos internacionais que integram o corpo jurídico interamericano – e os critérios hermenêuticos forjados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (2015, p. 27, tradução nossa).<sup>7</sup>

Em verdade, o controle de convencionalidade deve ser verificado por todos os órgãos e setores de um Estado partícipe do Sistema Interamericano. Nesse sentido, mais do que buscar obrigar o Estado genericamente a respeitar o referido controle, a Corte Interamericana evoluiu sua jurisprudência no sentido de buscar diretamente setores específicos dos Estados responsáveis pela não aplicação do referido controle. É o que analisa Manuel Góngora-Mera ao considerar que:

(...) a Corte Interamericana alterou seu esquema tradicional de relacionamento com os países membros do Sistema Interamericano, conhecido na doutrina como o modelo de caixa preta (black-box model). Sob esse esquema, uma vez que a Corte encontrava que um Estado havia violado a Convenção Americana, se limitava a dirigir ordens ao Estado como um todo, sem atribuir obrigações específicas a órgãos estatais. Não obstante, desde o final dos anos noventa, a Corte vem instaurando um modelo de relacionamento direto com órgãos estatais, incluindo o Poder Legislativo e os juízes nacionais (2013, p. 314, tradução nossa).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> No original: "Ese control convencional exige verificar la congruencia de las normas jurídicas internas que aquellos aplican en casos concretos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) – entre otros instrumentos internacionales que integran el cuerpo jurídico interamericano – y los criterios hermenéuticos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Corte IDH).

<sup>8</sup> No original: "(...) la Corte Interamericana ha alterado su esquema tradicional de relacionamiento con los países miembros del sistema interamericano, conocido en la doctrina como el modelo de caja negra (black-box model). Bajo ese esquema, una vez la corte encontraba que un Estado había violado la Convención Americana, se limitaba a dirigir órdenes al Estado como un todo, sin atribuir obligaciones específicas a órganos estatales. Sin embargo, desde finales de los años noventa, la Corte ha venido instaurando un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales, incluyendo el poder legislativo y los jueces nacionales".

Ademais da importância de buscar que órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem o controle de convencionalidade, por uma escolha epistemológica o presente estudo busca focar-se na realização do controle por parte de Tribunais internos, considerando em que situações há uma maior fluidez ou rigidez na aplicação do mesmo.

É sabido que nem sempre há uma coordenação na atuação dos Tribunais internos e das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, especialmente no que se refere à aplicação e abrangência do controle de convencionalidade. Isso porque, não raro, as Cortes dos países consideram demasiadamente invasivas as aplicações de tal controle, enquanto, por outro lado, Cortes Internacionais verificam que, muitas vezes, os Tribunais internos furtam-se de aplicar o controle de convencionalidade, ou o fazem aquém do esperado.

A aparente contradição nessas interpretações leva a um questionamento acerca da efetiva sintonia entre os ordenamentos jurídicos e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. A racionalidade entre os sistemas pressupõe que haja uma coordenação na atuação dos distintos atores, principalmente no que se refere à interpretação das normas convencionais existentes.

Quando não há essa coordenação, existe não somente a incompatibilidade na conduta entre os elementos dos sistemas, mas mesmo um risco de fragmentação na relação intersistêmica. Em verdade, é possível ver pontos de conexão capazes de construir pontes de conexão entre os sistemas, porém aspectos não apenas jurídicos, mas também políticos e culturais, influenciam as tomadas de decisão nos diversos âmbitos. Assim, é necessário analisar quais fatores embasam a conexão entre sistemas constitucionais diversos, ainda mais sistemas de estruturas diversas, como o ordenamento jurídico nacional e o sistema regional de direitos humanos, bem como quais os desafios decorrentes da estruturação e funcionamento desses sistemas para sua efetiva harmonização.

Nesse contexto é possível, numa simplificação metodológica das inúmeras formas de interação entre sistemas, apontar três cenários bastante distintos da relação entre as normas convencionais interamericanas e as normas nacionais e como tais cenários dificultam ou facilitam a efetivação do controle de convencionalidade por parte dos Estados. Inicialmente será abordado o cenário no qual os distintos sistemas são herméticos, autônomos e sem pontos aparentes de interseção. Em seguida, numa abordagem mais internacionalista, analisar-se-á o cenário em que sistemas nacionais são enquadrados dentro de um sistema internacional regional maior, configurando-se como verdadeiros subsistemas da esfera internacional. Por fim, será considerada a situação na qual há pontos específicos de interseção entre os sistemas e como diferentes posições de normas dentro de cada sistema podem afetar a realização do controle de convencionalidade.

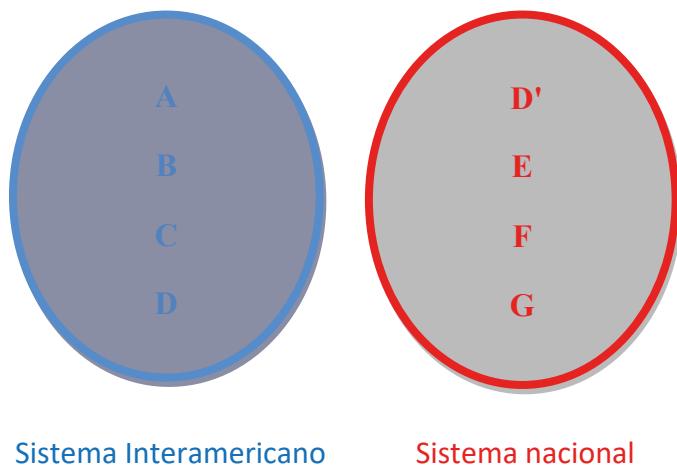
#### 4.1 Controle de Convencionalidade quando não há interseção direta entre sistemas

Em grande medida, apesar da evolução das temáticas internacionais e de direitos humanos, principalmente no pós-Guerras e surgimento da ONU, diversos Estados possuem ressalvas, via de regra embasadas em argumentos de proteção de soberania e autonomia institucional, a considerar as normas e diretrizes de sistemas jurídicos internacionais como elementos diretamente integrantes de seus ordenamentos jurídicos. Tal cenário não deixa de ser

verdade em matéria de direitos humanos, posto que, não raro, há um descompasso entre a profundidade e abrangência da tratativa da matéria no contexto internacional e a real dimensão dos direitos humanos dentro dos Estados nacionais.

É nessa situação, de uma completa distinção entre as normas que surgem no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, formando um conjunto normativo próprio, e as existentes no Sistema de Direitos Humanos nacional de cada Estado, em um outro conjunto distinto, que se pode verificar uma ausência de interseções direta entre os sistemas. É o que representa a imagem a seguir:

Figura 1 – Ausência de Interseção Direta entre Sistemas



Fonte: Os autores.

Diz-se ausência de interseção direta porque, conforme exibido na imagem, não há uma superposição entre os dois conjuntos, sendo cada sistema hermético e autopoietico, o que não exclui, porém, a possibilidade de surgimento de elementos de conexão que permitam a reprodução ou o conhecimento de um conjunto de normas e regras de outro. Ainda assim, ressalte-se, não há uma construção conjunta entre os sistemas, apenas a possibilidade de uma reprodução em maior ou menor grau similar de um em outro.

É o que é demonstrado na imagem por meio da presença do elemento «D» no Sistema Interamericano e do elemento «D» no sistema nacional. A norma interamericana pode até ter sido reproduzida no âmbito nacional, por exemplo por meio de um processo de internalização comum aos países que praticam o dualismo, porém não é possível afirmar, de plano, que se trata da mesma norma *ipsis litteris*, pois, no processo de reprodução, há uma ressignificação do conteúdo da norma para se adequar ao conjunto normativo nacional. Assim, é até possível que haja uma reprodução literal do texto normativo, porém a sua interpretação e aplicação pode ser bastante alterada pela prática já existente no ordenamento nacional.

Esse cenário apresenta uma grande dificuldade para a realização do controle de convencionalidade. Isso porque, conforme exposto na imagem, não há uma interseção que permita ao ordenamento jurídico nacional aplicar as normas convencionais considerando todo o Sistema Interamericano, de modo que os Tribunais nacionais têm uma grande tendência a rejeitar

a aplicação do controle de convencionalidade, por considerar uma imposição de normas alienígenas, fora do conjunto normativo nacional e cujas observações e aplicações pertencem a um conjunto exógeno e estranho.

Por outro lado, no caminho inverso, a atuação da Corte na aplicação do controle de convencionalidade tende a priorizar muito mais a análise sistêmica tomando por base, primariamente, o Sistema Interamericano, o que pode gerar certa incapacidade em reconhecer realidades e particularidades do sistema nacional, contribuindo mais ainda para que suas decisões pareçam imposições alienígenas aos Tribunais nacionais.

Em verdade, apesar de tal cenário apontar para uma imensa dificuldade na aplicação do controle de convencionalidade, é bastante difícil verificá-lo em sua totalidade na realidade americana. O próprio processo de formação e consolidação do Sistema Interamericano, conforme mencionado anteriormente, assim como os mecanismos existentes para aproximar os Estados do contexto regional de direitos humanos, como as opiniões consultivas, garantem que, na prática, não ocorra uma completa ausência de interseção entre os sistemas.

Apesar de algumas críticas e posições mais extremadas de alguns Estados apontarem para um cenário como o da Figura 1, o mesmo seria insustentável numa interação entre sistemas, tendendo muito mais a uma fragmentação intersistêmica, em que cada conjunto afasta-se definitivamente do outro, como seria exemplo de uma saída de um Estado do Sistema Interamericano. A existência de canais de diálogo converge para uma aproximação entre os sistemas, de modo a garantir que haja, em maior ou menor medida, uma interseção entre ambos. Essa interseção pode ser tão intensa e verificada em tal grau que se torna possível cogitar a completa inclusão de um sistema no outro, conforme visto no cenário a seguir.

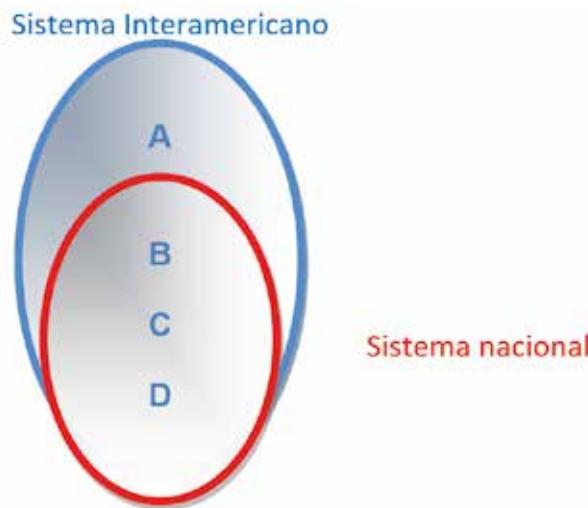
#### 4.2 Controle de Convencionalidade quando um sistema é subsistema de outro

Os sistemas internacionais, e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não é exceção, são sistemas que incidem em uma multíitude de Estados e com uma abrangência que, algumas vezes, permite considerar a sua existência como uma superestrutura, englobando seus Estados integrantes. Não por acaso, no período de expansão e consolidação das Organizações Internacionais e dos sistemas jurídicos internacionais, principalmente com o final do período de guerra fria, foram retomadas ideias de supersistemas, que não apenas interagem com os sistemas nacionais, mas, em certa medida, sobrepõem-se a eles.

Nesse cenário, em matéria de direitos humanos e na evolução do Sistema Interamericano, parte da doutrina internacional passou a ressaltar a importância de considerar as normas convencionais interamericanas como aquelas que, por suas características e maneiras de formulação, estariam automaticamente integradas a qualquer Estado que fosse parte do Sistema Interamericano, bem como, na via inversa, todo o ordenamento jurídico de todos os Estados membros seria também englobado dentro do Sistema Interamericano, podendo ser verificada a validade e aplicabilidade de suas normas perante o contexto convencional regional.

É o que se observa na imagem a seguir, que representa:

Figura 2 – Sobreposição do Sistema Interamericano sobre o Sistema Nacional



Fonte: Os autores.

Percebe-se, portanto, que o Sistema Interamericano surgiria para envolver todo o sistema nacional. Mais que isso, as próprias normas internas, nesse contexto, também passariam a fazer parte do Sistema Interamericano, na medida em que seriam passíveis de verificação e interpretação por parte dos órgãos interamericanos, notadamente a Corte, para considerar se estariam adequadas ao conjunto regional. Nesse contexto, o ordenamento jurídico nacional torna-se verdadeiro subconjunto do Sistema Interamericano na temática de direitos humanos, de modo que deve haver uma plena harmonia normativa para seu funcionamento.

Esse cenário é o de mais fácil verificação da aplicabilidade do controle de convencionalidade. Ao envolver todo o sistema nacional, o Sistema Interamericano consegue fazer uma análise de convencionalidade direta de todas as normas presentes e um eventual descompasso que existiria dentro do ordenamento nacional deve, necessariamente, ser corrigido ou ocasionar a extinção da norma de ambos os sistemas. A atuação da Corte Interamericana, nesse contexto, tem um caráter bem mais *top-down*, constituindo-se na intérprete maior das convenções interamericanas e podendo, portanto, rever quase que diretamente a atuação dos Tribunais internos.

Apesar de ser ressaltado como estrutura almejada no contexto regional americano por parte da doutrina, que menciona, inclusive, a capacidade de organismos como a Corte de verificar todas as normas dos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como sua competência para emitir opiniões sobre qualquer norma ou tema de direitos humanos que interesse ao contexto regional, a verdade é que esse cenário também é de difícil verificação na realidade americana.

Isso porque verifica-se na prática da Corte Interamericana, apesar da abrangência do Sistema Interamericano, que ela não possui capacidade irrestrita para analisar os ordenamentos jurídicos internos, bem como suas decisões, que apesar de vinculantes, passam por um processo de cumprimento voluntário por parte dos Estados. Assim, mesmo que a Corte considere uma norma interna inválida em relação às regras convencionais, por meio do controle de convencionalidade, caso os Tribunais internos de cada Estado recusem-se a cumprir tal decisão, há pouco que o Sistema Interamericano possa realizar para fazer valer sua interpretação.

Na prática, portanto, é difícil considerar que os sistemas nacionais de direitos humanos sejam apenas subsistemas do Sistema Interamericano, estando totalmente integrados dentro das normativas convencionais e, portanto, totalmente aptos a serem interpretados pela via do controle de convencionalidade. Se esse é o objetivo final do Sistema Interamericano, conforme parte da doutrina aduz, ainda está longe de ser concretizado.

Verifica-se, portanto, que nenhum dos dois cenários extremos apresentados, ausência total de interseção e inclusão completa como subsistema, parecem reproduzir a realidade atual da interação entre o Sistema interamericano e os nacionais. É possível considerar, desse modo, um caminho intermediário, no qual há interseção entre sistemas, porém ela ocorre em níveis e intensidades bastante distintas, a depender da norma em questão, do sistema nacional de cada Estado e da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana.

#### 4.3 Controle de Convencionalidade quando há interseção entre sistemas

Conforme mencionado, é difícil considerar, em termos práticos, os cenários onde os sistemas interamericano e nacional não se conectam em nenhum ponto ou onde eles conectam-se tanto que passam a um fazer parte integralmente do outro. Por outro lado, numa análise intermediária entre esses extremos, é possível considerar o cenário onde há interseção entre sistemas, em menor ou maior grau, e quais seriam os impactos dessa interseção para a aplicação do controle de convencionalidade.

Considerar que os sistemas possuem pontos de interseção direta não implica afirmar que eles não são sistemas autopoieticos, pois cada sistema é capaz de existir e funcionar de forma autônoma. Em verdade, a interseção aponta mais para um contexto em que as influências das particularidades normativas e jurisprudenciais de um sistema passam a influenciar a formação normativa e jurisprudencial do outro, fazendo com que normas mais semelhantes ao outro sistema tendam a gravitar mais próximo e sejam atraídas ao ponto de interseção, enquanto normas profundamente distintas da realidade do outro sistema permanecem afastadas do centro gravitacional de interseção. É o que pode ser demonstrado na imagem a seguir:

Figura 3 – Interseção entre Sistemas



Fonte: Os autores.

Esse cenário apresenta uma série de situações e particularidades interessantes, as quais influenciam diretamente a aplicação do controle de convencionalidade. Inicialmente, tomando por referência o elemento “E”, presente no sistema nacional, verifica-se que a aplicação do controle de convencionalidade nesse caso estaria muito próxima do cenário de ausência de interseção direta, na qual há uma tendência de a interpretação da norma ser bem mais influenciada pelo contexto do ordenamento jurídico interno e com ressalvas quanto à interpretação conforme as regras convencionais. Seria o caso, por exemplo, de um país com uma legislação bastante soberanista em matéria de Lei de Anistia de regimes de exceção, como foi a tônica em diversos casos no continente americano.

Cenário distinto é o caso do elemento “F”. A maior proximidade do ponto de interseção entre os sistemas contribui para que a interpretação conforme as normas convencionais seja mais verificável, o que pode ocorrer tanto da própria criação da norma, em um período de aproximação do Sistema Interamericano, quanto com uma paulatina mudança na interpretação jurisprudencial dos Tribunais internos por atração à jurisprudência da Corte Interamericana. Talvez um dos exemplos mais conhecidos seja a figura da proibição da prisão civil do depositário infiel, matéria que, inclusive, chegou a ser tratada em normas constitucionais por alguns Estados americanos e passou a ser gradativamente revista, aplicando o controle de convencionalidade para se aproximar da tratativa presente no Pacto de San José da Costa Rica.

De outro plano, pode também o sistema nacional influenciar o Sistema Interamericano e alterar a jurisprudência da Corte, o que se verifica no elemento “C”. Nesse cenário, a aplicação das normas convencionais pode se aproximar da interpretação conferida dentro dos Estados a certos temas, como é o exemplo da interpretação que a Corte Interamericana passou a conferir para o conceito de terras comunitárias, bastante influenciada pelo novo constitucionalismo latino-americano de Estados andinos, com forte representação de populações indígenas.

Por fim, é possível que certas normas surjam ou passem a integrar-se dentro do ponto de interseção entre os sistemas. É o exemplo do elemento “D”, que se distingue do cenário de inclusão de um sistema como subsistema do outro, pois a elaboração e consolidação da norma é resultado de um esforço complementar dos distintos sistemas, em um processo de diálogo que permita o reconhecimento mútuo entre os sistemas de direitos humanos, o que garante a mais fácil aplicação do controle de convencionalidade tanto por parte da Corte quanto dos Tribunais nacionais, que estão cientes da participação do Estado na negociação das normas convencionais e da sua adequação ao restante de seu ordenamento jurídico. Pode-se citar, nesse cenário, iniciativas como as recentes convenções que tratam do combate ao racismo e outras formas de discriminação e intolerância.

Esse cenário de interseção parcial entre os sistemas parece ser o mais verificável na realidade atual do contexto americano. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sem dúvida, evoluiu bastante nas últimas décadas, principalmente após o fim do período de regimes de exceção no continente americano, passando a interagir e dialogar, cada vez mais, com os sistemas nacionais de direitos humanos. Mesmo assim, a interação e interseção entre

eles ainda está em processo de consolidação, o que faz com que a efetividade do controle de convencionalidade varie a depender da matéria tratada e do grau de diálogo existente entre os distintos sistemas.

Nesse cenário, é necessário reconhecer as particularidades de cada contexto, sabendo verificar bem qual cenário de interação intersistêmica ocorre *in casu*, para, desse modo, evitar-se frustrações na aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana, bem como garantir a consolidação e expansão da aplicação do controle de convencionalidade por parte dos Estados americanos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática dos direitos humanos vem ganhando importância no continente americano nas últimas décadas e a crescente participação dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sido acompanhada por uma interação cada vez mais intensa entre os Estados e seus órgãos. Nesse contexto, é preciso buscar compreender melhor quais os elementos que influenciam a interação intersistêmica entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais internos.

É patente a importância da aplicação do controle de convencionalidade por parte dos Estados, principalmente por seus tribunais internos, para garantir a efetividade das convenções interamericanas, contudo nem sempre é claro qual o melhor caminho para a efetivação de tal controle e quais elementos dificultam a sua aplicação. Não há dúvida, entretanto, de que o diálogo entre os distintos níveis é essencial para o funcionamento do controle de convencionalidade, conforme aponta Victor Bazán ao afirmar que:

Uma significativa via de articulação consiste no traçado de linhas de cooperação dos tribunais internos e a Corte IDH e na prefiguração de um “diálogo judicial” entre eles, de ordem que os órgãos máximos de justiça constitucional dos Estados integrados ao sistema da CADH acatem com os *standards* fixados pelo Tribunal Interamericano, mas que correlativamente este tenha presente as observações que desde os contextos jurisdicionais nacionais se formulam a seus critérios jurisprudenciais. Isso é assim para fortalecer qualitativamente a tutela multinível dos direitos humanos e diminuir os riscos de eventuais dificuldades no funcionamento concreto do controle de convencionalidade (2015, p. 37-38, tradução nossa).<sup>9</sup>

O acatamento a certos *standards* fixados pela Corte Interamericana, todavia, não ocorre sempre de forma automática, variando sensivelmente a considerar o grau de interseção e interação intersistêmica existente entre o sistema nacional e o interamericano. Assim, para compreender a real efetividade de uma exigência da Corte para que Tribunais internos apli-

<sup>9</sup> No original: “Una significativa vía de articulación consiste en el trazado de líneas de cooperación de los tribunales internos y la Corte IDH y en la prefiguración de un “diálogo judicial” entre ellos, en orden a que los órganos máximos de justicia constitucional de los Estados integrados al sistema de la CADH acaten los estándares fijados por el Tribunal Interamericano, pero que correlativamente éste tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales. Ello así para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades en el funcionamiento concreto del control de convencionalidad”.

quem o controle de convencionalidade, é importante saber se há interseção entre a esfera interamericana e a nacional na interpretação da norma alvo do controle e, se houver, qual sua abrangência.

Nesse contexto, apresenta-se, como um cenário mais realista e de fácil verificação a situação da existência de pontos de interseção entre o Sistema Interamericano e os sistemas nacionais de direitos humanos, porém persistindo ainda matérias específicas que são tratadas de maneira bastante diversas pelos distintos sistemas, as quais muitas vezes constituem os maiores desafios para a realização de uma coordenação entre a interpretação da Corte Interamericana e dos Tribunais nacionais. É preciso prosseguir, portanto, com bastante cautela, buscando vislumbrar de maneira bastante clara os distintos cenários, para não frustrar a eficácia do controle de convencionalidade.

É certo que outros fatores influenciam tal eficácia – relativismos culturais, discursos políticos de certos Estados, menor abrangência da temática de direitos humanos nas cortes internas são alguns desses exemplos. É, todavia, um ponto de partida crucial compreender a natureza da relação intersistêmica na matéria específica. Sem isso, é possível que sejam adotadas interpretações bastante abrangentes do controle de convencionalidade por parte da Corte Interamericana que não são acompanhadas pelos Tribunais nacionais, não por uma rejeição da jurisprudência da Corte, mas por uma ausência ou fragilidade da interseção da temática conforme é abordada no âmbito interamericano com a prática nacional.

A eficácia do controle de convencionalidade, portanto, não deve ser fragilizada por níveis distintos de interação intersistêmica. Em verdade, é necessário compreender quais os diferentes cenários apresentados e buscar avançar no diálogo em diversos níveis de maneira adequada, para que tanto sejam respeitadas as recomendações e decisões da Corte Interamericana quanto os Tribunais internos possam reconhecer nas convenções interamericanas elementos comuns a seus ordenamentos, que facilitem seu trabalho hermenêutico.

Toda essa preocupação com a aplicação do controle de convencionalidade está focada no cuidado maior em garantir a aplicação dos direitos humanos da forma mais benéfica possível aos indivíduos. Sabe-se que muito da evolução da temática de direitos humanos, nas últimas décadas, tem sido no sentido de garantir a aplicação das normas mais benéficas aos indivíduos, os quais têm, cada vez mais, protagonismo na esfera internacional. O funcionamento adequado do controle de convencionalidade, portanto, deve servir para garantir mais ainda o acesso desses indivíduos a tais direitos.

Não há solução simples nem interpretação absoluta quando a temática é direitos humanos, muito menos na interação entre seus distintos sistemas, não sendo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos exceção nesse cenário. Considerar os distintos graus de interseção entre os sistemas quando da aplicação do controle de convencionalidade, contudo, é uma efetiva ferramenta para evitar surpresas e frustrações na relação entre as diversas cortes envolvidas.

## 6 REFERÊNCIAS

- BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 19, p. 25-70, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.02>.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile, sentença de 26 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/almonacid\\_arellano.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/almonacid_arellano.pdf). Acesso em: 22 jun. 2018.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf). Acesso em: 21 jun. 2018.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales: un enfoque coevolutivo. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (org.). *Estudos avançados de direitos humanos (democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 312-337.
- HEWKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans. An overview of human rights protection in Africa in South African. *Journal of Human Rights*, v. 11, part. 3, 1999.
- KRASNER, Stephen D. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables in International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, spring, 1982.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais – esboço de uma teoria geral*. 1. ed. São Paulo: Vozes, 2016. () .
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Prefácio Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins; v. 4. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf). Acesso em: 15 jun. 2018.
- PIOVESAN, Flávia Cristina; GOMES, Luiz Flávio; BEVILACQUA, Maria Beatriz Galli; DE MELLO, Monica; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. *Boletim Científico*, ,n. 4, jul./set. 2002. Disponível em: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios-e-perspectivas>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

## Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina Perspectivas de Responsabilização

**Ana Carolina Lopes Olsen**

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na linha de pesquisa Justiça, Direitos Humanos e Democracia. Graduação em Direito (2000) e Mestrado em Direito (2006) pela Universidade Federal do Paraná. Visiting Researcher no Instituto Max Planck para Direito Público Comparado e Direito Internacional, Heidelberg, 2019. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Católico SC, Unidade de Joinville. [anac.olsen@gmail.com](mailto:anac.olsen@gmail.com)

**Danielle Anne Pamplona**

Professora titular da Pós-Graduação e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. International Visiting Scholar na Washington College of Law na American University em Washington, DC (2015-2016). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). [dapamplona@pamplonaebraz.com.br](mailto:dapamplona@pamplonaebraz.com.br)

### RESUMO

Em virtude da constatação das graves violações de direitos humanos perpetradas por empresas transnacionais, e sua baixa responsividade, o presente estudo buscou identificar e discutir quais os fundamentos e mecanismos que o Direito Internacional dos direitos humanos oferece para promover a responsabilização civil desses atores privados, com foco na realidade latino-americana. A América Latina tem sido palco da atuação irresponsável de transnacionais em virtude de seu quadro social deficitário e da baixa institucionalidade na proteção dos direitos humanos. Pelo método hipotético-dedutivo, e mediante pesquisa bibliográfica, verificou-se fundamentos para deduzir a vinculação de empresas transnacionais a instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, o que pode autorizar sua responsabilização perante os Estados em que praticam a violação, ou perante os Estados em que mantêm o controle de sua atividade econômica e cadeia produtiva. Uma terceira hipótese, mais controversa, é a aplicação da jurisdição universal, cujo delineamento ainda carece de adesão dos Estados, mas já dá sinais de viabilidade, na medida em que se associa a responsabilidade civil à penal internacional.

**Palavras-chave:** Empresas transnacionais. Direitos humanos. Responsabilidade civil. Estado. Violação.

### HUMAN RIGHTS VIOLATIONS BY TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN LATIN AMERICA: LIABILITY PERSPECTIVES

### ABSTRACT

In view of the serious violations of human rights perpetrated by transnational corporations and their low responsiveness, the present study sought to identify and analyze the foundations and mechanisms that international human rights law offers to promote the accountability of these private actors, focused on the Latin American reality. Latin America has been the scene of the irresponsible performance of transnational corporations because of its deficit and weak institutional framework for the protection of human rights. Through the hypothetical-deductive method, and by bibliographical research, it has been found that transnational corporations are bound by international legal obligation to respect human rights, and may be held liable for their acts both by states where they violate these rights, and by those in which they keep control of their economic activity and chain of production. A third and more controversial possibility is the civil liability through universal jurisdiction, which becomes viable if criminal and civil responsibility are associated.

**Keywords:** Transnational corporations. Human rights. Liability. State. Violation.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Violações de direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina. 3 Vinculação das empresas transnacionais às normas de direitos humanos. 3.1 Vinculação indireta a tratados de direitos humanos. 3.2 Mecanismos de *soft law*. 4 Responsabilização das empresas por violações de direitos humanos perante os Estados. 4.1 Responsabilização perante Estados de acolhimento ("Host States"). 4.2 Responsabilização perante Estados de origem ("Home States"). 4.3 A proposta da jurisdição universal. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a proteção e o respeito aos direitos humanos não mais se restringe à atuação estatal. Graves violações de direitos humanos são identificadas todos os dias a partir da atuação de empresas privadas que exploram populações com pouca proteção jurídica. Estas empresas atuam em diversos Estados do globo, comumente procurando deslocar as atividades mais perigosas ou danosas aos direitos humanos para aqueles países cujo sistema jurídico mantém lacunas que permitem que sua atuação – mesmo contrária a regras às quais deva se submeter a matriz – viole direitos humanos.

Essa realidade tem tocado de perto Estados da América Latina, evidenciando violações de direitos humanos desencadeadas por empresas transnacionais que se instalaram com promessas de empregos e investimento econômico, mas deixam atrás de si deslocamentos forçados, violação de direitos de comunidades indígenas e tradicionais, contaminação de rios e solos, trabalho escravo. Situações como essas não podem ficar à margem da responsabilidade jurídica.

Diante desse quadro, a pesquisa buscou propor fundamentos e mecanismos a partir do direito internacional dos direitos humanos para promover a responsabilidade civil desses atores privados, com foco voltado para a realidade latino-americana.

Ressalta-se que o foco adotado foi de responsabilização civil, mais promissor que o penal, por uma série de fatores: (i) afasta dificuldade inerente ao reconhecimento da responsabilidade penal de pessoas jurídicas; (ii) desestimula violações em razão de condenações vultosas, bem como alerta os acionistas desejosos de proteção do seu capital; (iii) pode ser desencadeada diretamente pelas vítimas ou seus representantes; (iv) exige apenas provas que indiquem a preponderância da evidência (MONGELARD, 2006, p. 666-667).

Procurou-se inicialmente apresentar as formas como empresas transnacionais têm atuado na América Latina, as espécies de violações de direitos humanos e como os Estados e o sistema regional têm lidado com essa realidade.

Num segundo momento procurou-se demonstrar a possibilidade de se extrair diretamente do sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos uma obrigação geral de respeito por parte desses atores privados, seja mediante uma vinculação indireta a tratados internacionais já existentes, seja por meio do fortalecimento da concepção de *soft law*, que corresponde à maior parte dos documentos jurídicos internacionais que tratam de empresas e direitos humanos. Importante esclarecer, contudo, que na ausência de um tratado internacional que vincule diretamente as empresas transnacionais, as possibilidades de responsabilização passam, necessariamente, pela atuação dos Estados.

Nesse sentido, na terceira parte o estudo focou em três possibilidades de responsabilização das empresas transnacionais: (i) perante os Estados em que elas mantêm suas atividades, e que representam o palco das violações; (ii) perante os Estados de origem das empresas, mediante a perspectiva da jurisdição extraterritorial e (iii) mediante atuação da jurisdição universal, voltada para o combate a graves violações de direitos humanos, como crimes contra a humanidade.

A metodologia empregada foi a pesquisa exploratória em doutrina e jurisprudência, utilizando-se ora o método dedutivo, para, partindo das premissas do direito internacional dos direitos humanos, extrair a responsabilidade das empresas transnacionais; ora o método indutivo, em que o estudo de casos julgados por Cortes e sistemas jurídicos diversos contribuiu para refletir sobre as formas de responsabilização dessas empresas.

## **2 VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA**

Em tempos de intensa e deflagrada globalização econômica, os processos de coleta de matérias-primas, produção, distribuição e comercialização de produtos está longe de se concentrar exclusivamente em um só país. Diversas corporações ao redor do globo expandiram suas linhas de produção, enfraquecendo a soberania estatal na medida em que se verifica uma intensa circulação de bens e mercadorias, influenciando os processos de decisão política (LIMA, 2002, p. 146 *et seq.*). Empresas transnacionais – aqui entendidas como um organismo não centralizado, estruturado em uma rede produtiva instalada em múltiplos Estados com ações interdependentes a partir de uma racionalidade econômica (RAMONET *apud* LIMA, 2002, p. 148-149) – tornam-se importantes atores da conjuntura (e muitas vezes da estrutura) mundial.

Essa pulverização internacional das cadeias econômicas traz profundas influências jurídicas, políticas, econômicas, sociais e culturais, de modo que os Estados perdem o protagonismo na condução de todos os assuntos que tocam mais de perto a sociedade (CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 132-133). Nesse espectro, a falta de centros regulatórios capazes de controlar a racionalidade do lucro tem gerado efeitos nefastos para os direitos humanos. Diversas corporações sediadas na Europa e na América do Norte deslocam sua produção mais agressiva em termos socioambientais para Estados do Hemisfério Sul em busca de vantagens decorrentes da vulnerabilidade econômica e fiscalização mais frouxas em caso de potencial violação aos direitos humanos.

Nesse sentido, a América Latina é especialmente vulnerável (por razões econômicas, políticas, judiciais e sociais) à atuação desses grandes grupos econômicos, cujas receitas muitas vezes superam o PIB de Estados inteiros.<sup>1</sup> Como bem salientou Piovesan (2015, p. 66), multinacionais são “as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que, das cem maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Estados nacionais”.

Se, de um lado, as empresas transnacionais instalaram-se propagandeando geração de empregos, desenvolvimento econômico e ampliação das opções para o mercado de consumo, sua atuação também implica em outro, bem menos atraente, com alterações profundas nas estruturas sociais, incremento das desigualdades e degradação ambiental. As populações locais acabam por não perceber os benefícios, mas sentem diretamente os prejuízos (KALECK; SAAGE-MAAβ, 2008, p. 9; OKIMURA, 2012, p. 316-317).

<sup>1</sup> General Motors e Wal-Mart auferem receita maior que o PIB de toda a África Subsaariana (OKIMURA, 2012, p. 316).

Em virtude de limites pouco definidos ou definíveis do que é legal ou ilegal nesses países, severas violações de direitos humanos permanecem impunes (BÖHM, 2012, p. 11). Além disso, importa observar que no final do século 20, diversos países da América Latina empreenderam reformas neoliberais em seus sistemas jurídicos, tornando-se mercados atraentes para as corporações transnacionais (ZUBIZARRETA, 2009, p. 308).

A ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico, por exemplo, construiu na Baía de Sepetiba (Rio de Janeiro, Brasil), a maior central siderúrgica da América do Sul, sem as devidas licenças, poluindo as águas com arsênico e chumbo em prejuízo do emprego e da saúde de pescadores artesanais e suas famílias. Muitos que resistiram foram ameaçados e reprimidos, inclusive com mortes ainda não esclarecidas (BÖHM, 2012, p. 13).

Na Colômbia, a empresa norte-americana Chiquita Brands financiou as milícias colombianas, entre 1997 e 2004, possibilitando que deslocassem forçadamente as populações que viviam do plantio da banana. Essas vítimas jamais foram indenizadas pela empresa, uma vez que a investigação penal conduzida pelas instituições colombianas a respeito dos pagamentos concluiu pela preclusão do caso e pela ausência de provas de que o dinheiro fornecido teria sido utilizado para a perpetração de massacres (BÖHM, 2012, p. 14).

Outros exemplos importantes foram analisados por Kaleck e Saagen-Maaß (2008, p. 10): casos envolvendo uma fábrica de celulose montada pela transnacional Finnish em Botnia, no Uruguai; as disputas jurídicas entre Brasil e União Europeia na OMC em razão da vedação legal brasileira à importação de pneus usados; os graves conflitos havidos entre o Movimento Sem Terra, no Brasil, e milícias privadas contratadas pela Corporação Suíça Syngenta, a fim de garantir o plantio de sementes geneticamente modificadas que não poderiam ser replantadas; e ainda as péssimas condições de trabalho dos “sweatshops” na Grande Buenos Aires, decorrentes de contratações ilegais de mão de obra de migrantes bolivianos em favor das marcas Puma, Adidas e Le Coq Sportif. Esse último caso evidencia a própria lógica muitas vezes empreendida por transnacionais: maior será seu lucro se menor for sua responsabilidade pelos direitos das pessoas envolvidas no processo de produção (RAMONET *apud* LIMA, 2002, p. 149).

Como ilustra o caso argentino, em grande parte das vezes os direitos humanos são violados diretamente por pequenos empreendimentos que integram a cadeia de produção das empresas transnacionais, as quais têm uma participação indireta nas violações. Essas pequenas empresas dificilmente são submetidas à pressão pública, e passam ao largo do controle dos “shareholders”, o que dificulta ainda mais a configuração de eventual responsabilidade das transnacionais pelas violações (KALECK; SAAGEN-MAAß, 2008, p. 11).

Mesmo nos casos em que mecanismos administrativos e judiciais tenham sido desencadeados para reparar as violações aos direitos humanos, nenhum deles se mostrou eficaz (BÖHM, 2012, p. 15). Na medida em que os sistemas judiciais domésticos não logram satisfazer as pretensões de reparação das vítimas, seja pela morosidade imposta aos litigantes, que prejudica demandantes desempregados, por exemplo, seja pela diversidade de decisões, que estimula a interposição de recursos, eles acabam por incentivar violações por empresas transnacionais. “Os custos impostos pelo sistema judiciário são mais vantajosos do que a mudança no comportamento perante consumidores e seus empregados” (OKIMURA, 2012, p. 321).

A globalização, portanto, gera um quadro de facilitação da exploração econômica de populações em Estados com estrutura jurídica, social e política deficitária por empresas transnacionais. A pulverização das cadeias produtivas torna difícil a responsabilização das empresas diretamente beneficiadas, as quais lucram com violações de direitos humanos não devidamente reprimidas.

Não obstante, empresas transnacionais por vezes cooperam com violações de direitos humanos sem proveito econômico imediatamente aferível. Para além de situações em que (a) lucram com a violência praticada pelo Estado e (b) fornecem meios para colaborar com o regime de violação de direitos humanos, há (c) casos em que corporações diretamente apoiam a repressão sem nenhum benefício econômico direto. Exemplo desse último fato foi o apoio livremente dispensado pela Mercedes Benz à ditadura militar argentina, em que os dirigentes da empresa forneceram ao governo informações sobre o paradeiro e facilitaram a prisão, tortura e desaparecimento de seus empregados envolvidos em atividades consideradas subversivas. A Ford, por sua vez, permitiu que membros sindicais fossem presos e torturados em suas próprias instalações (KALECK; SAAGEN-MAAβ, 2010, p. 703-707).

Apesar da superação de regimes ditoriais latino-americanos, contudo, essas empresas não foram perseguidas. Essa falha na *accountability* deve-se em grande medida à continuidade das elites econômicas no poder, uma vez que são vistas como “atores-chave” no processo de reconstrução social, permanecendo impunes ainda que tenham contribuído para a injustiça do sistema (KALECK; SAAGEN-MAAβ, 2010, p. 718).

Diante da inefetividade dos meios domésticos de proteção aos direitos humanos, torna-se necessário buscar alternativas que possibilitem responsabilizar empresas transnacionais (KALECK; SAAGEN-MAAβ, 2008, p. 11). A reversão dessa realidade passa por duas questões centrais: se empresas transnacionais podem ser juridicamente responsabilizadas por violações de direitos humanos, e, sendo afirmativa essa resposta, perante qual jurisdição se poderia aplicar essa responsabilização.

### **3 VINCULAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS ÀS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS**

Ao se instalarem em um Estado, empresas transnacionais vinculam-se ao direito doméstico, devendo respeitar suas permissões e suas proibições. No sistema interamericano de direitos humanos, esta vinculação engloba tanto a legislação produzida por esse Estado (Constituição e demais leis) como também os tratados internacionais (inclusive de direitos humanos) de que esse Estado seja parte<sup>2</sup> (CERQUEIRA, 2015, p. 20). Tomando o Brasil por referência, a empresa transnacional aqui instalada deve respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Em caso de violação, qualquer das vítimas poderia acioná-la perante

<sup>2</sup> É o que se deprende do artigo 36 da Carta da Organização dos Estados Americanos: “*las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sujetas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales estos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores*” (CERQUEIRA, 2015, p. 20).

o sistema jurídico nacional, a fim de que seja devidamente responsabilizada e arque com as consequências (reparação dos danos). Essa situação, contudo, suscita alguns questionamentos que merecem ser enfrentados.

Seria possível afirmar que as empresas transnacionais estariam vinculadas aos tratados internacionais de direitos humanos independentemente da postura adotada pelos Estados em que estabelecem suas atividades? A resposta implicaria a possibilidade de o ente jurídico privado estar obrigado a respeitar normas de direitos humanos mesmo que não haja esse comprometimento por parte do Estado. Nesse sentido, vale levar em consideração que os Estados Unidos e o Canadá não são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, nem do Protocolo de San Salvador. Ainda, há que se avaliar que um Estado pode se retirar da OEA, como anunciou a Venezuela recentemente (MEZA, 2017). As empresas ali instaladas estariam, então, livres dos compromissos envolvendo direitos humanos estabelecidos nestes instrumentos internacionais? Se a resposta for negativa, é preciso justificá-la.

### 3.1 Vinculação indireta a tratados de direitos humanos

Reconhecer em empresas transnacionais destinatários diretos das obrigações decorrentes de normas internacionais de direitos humanos é matéria ainda sujeita à ampla discussão na doutrina. Essas corporações não estão vinculadas a nenhum tratado internacional de direitos humanos, apesar de inegavelmente exercerem imenso poder e influência nas condições econômicas, sociais e ecológicas pelo mundo (KALECK; SAAGE-MAAß, 2008, p. 12). Tal quadro representa uma grave assimetria, na medida em que a atuação das empresas transnacionais influencia a criação do Direito Internacional, mas elas não se submeteriam a ele.

Essa assimetria revela-se especialmente na evolução do Direito Comercial Internacional desacompanhada da vinculação aos Direitos Humanos Internacionais; isto é, as oportunidades técnicas que a globalização deu às empresas transnacionais e que possibilitaram a tutela de seus direitos comerciais *“no aparecen acompañadas de una mínima evolución en la aplicación directa de las normas internacionales a las empresas transnacionales”* (ZUBIZARRETA, 2009, p. 671). Uma forma de corrigir essa assimetria pode estar precisamente no fortalecimento dos sistemas internacionais de direitos humanos, como contraponto necessário à lógica de persecução do lucro da atuação corporativa. O pleno respeito aos direitos da pessoa humana poderia representar um critério que eventualmente legitimasse suas atividades (ZUBIZARRETA, 2009, p. 293).

Na qualidade de pessoas jurídicas privadas, as corporações transnacionais não são tradicionalmente vistas como pessoas jurídicas de Direito Internacional. No máximo, seriam sujeitos desse Direito, a ser aplicado mediante a intervenção de um Estado (ZUBIZARRETA, 2009, p. 301). Quando esses Estados não conseguem impor adequadamente à atuação destas empresas limites no respeito aos direitos humanos – como frequentemente acontece na América Latina – as atividades econômicas transnacionais muitas vezes restam blindadas à luz do Direito Comercial Internacional (ZUBIZARRETA, 2009, p. 305).

Se de um lado, porém, é possível descrever teoricamente uma ordem mundial na qual os Estados progressivamente perdem poder na determinação das relações sociais, econômicas e políticas, também seria possível cogitar, em sentido prescritivo, de se defender que esse Estado de fato perca o poder para dar lugar a entidades não estatais, desde que elas se tor-

nem igualmente responsáveis perante a ordem internacional (BRABENDERE, 2009, p. 192). Como salienta Tomuschat (2014, p. 133), é preciso reconhecer nos direitos humanos uma premissa axiomática capaz de embasar os sistemas legais de todo o mundo (nacionais e internacionais), obrigando Estados, indivíduos e corporações. Essa pretensão, contudo, está longe de se tornar realidade. Daí a necessidade de se pensar alternativas.

Há quem defenda a responsabilização das empresas transnacionais no plano internacional, como se fossem autênticos sujeitos de Direito Internacional: em virtude de seu poderoso desempenho nas relações internacionais, deveriam também ter *status* de entidades legais internacionais a possibilitar a assunção de obrigações relativas a direitos humanos. Num sentido mais radical, Gunther Teubner propõe que o mundo se estruture a partir de uma ordem constitucional global, na qual todos sejam sujeitos de direitos e deveres, especialmente grandes corporações (em razão de sua influência na ordem mundial) (TEUBNER, 2003, *apud* KALECK; SAAGE-MAAß, 2008, p. 14-15).

Essa concepção, todavia, enfrenta muita resistência em razão de uma estrutura jurídica internacional ainda focada na capacidade jurídica dos Estados, bem como na ausência de diplomas normativos ou mecanismos processuais que comprometam diretamente empresas transnacionais (KALECK; SAAGE-MAAß, 2010, p. 719), além das dificuldades pragmáticas que a instituição de tal ideia implicaria, por exemplo, que Corte teria jurisdição sobre estas então novas personalidades de Direito Internacional ou que tipo de sanções poderiam ser eficazmente aplicadas.

Diante disso, Peters (2012, p. 244) defende que se incorpore no plano internacional a doutrina do efeito horizontal dos direitos fundamentais, própria do Direito Constitucional (*third-party effect*). Corporações transnacionais deveriam respeitar integralmente o direito doméstico criado e aplicado por Estados-partes desses tratados, no sentido de incorporar e colocar em prática internamente as normas internacionais. Assim, empresas poderiam ser responsabilizadas, dentro desses Estados, se falhassem em cumprir com os *standards* definidos pelos tratados. Caso o Estado falhasse na criação e aplicação desse direito (segundo os padrões internacionais), e somente nessa hipótese, poderia ser desencadeado um dever intergovernamental residual capaz de responsabilizar as empresas (PETERS, 2012, p. 244-245). Essa perspectiva lança luz para obrigações em relação a direitos humanos independentes do direito interno dos Estados.

Assim, empresas poderiam responder por desrespeito a normas de direitos humanos independentemente do reconhecimento de personalidade jurídica internacional. Elas têm obrigações na medida em que essas forem aplicadas pelos Estados em que mantêm suas atividades, até porque é o Estado que permite a constituição dessas empresas, definindo como podem ou não atuar (SILVA; PAMPLONA, 2016, p. 160). Reconhecer essas obrigações não exige modificar a estrutura jurídico-normativa do direito internacional dos direitos humanos, mas promover uma reinterpretação que o torne mais aberto à participação de corporações transnacionais como destinatárias de obrigações (BRABENDERE, 2009, p. 195).

Nessa mesma linha se posicionam Kaleck e Saage-Maaß (2010, p. 720): estando consolidado que um indivíduo (ator não estatal) pode ser responsabilizado por crimes contra direitos humanos, segundo o Direito Penal Internacional [Estatuto de Roma], não seria razoável deixar de reconhecer que corporações também tenham obrigações na condição de pessoas jurídicas.

cas. Assim, uma vez reconhecido que a natureza subjetiva das corporações transnacionais, como atores não estatais, não poderia impedir o reconhecimento de sua vinculação aos direitos humanos, suas obrigações derivariam de uma reinterpretação das normas internacionais de direitos (BRABENDERE, 2009, p. 197-198).

No Direito Internacional humanitário, a obrigação de reparar o dano foi prevista no artigo 3º da IV Convenção de Haia, de 1907, aplicável aos Estados em razão da conduta de seus agentes (MONGELARD, 2006, p. 668). No julgamento do Tribunal Internacional Militar, em Nuremberg, esse foi um dos fundamentos determinantes da possibilidade de responsabilização de dirigentes de empresas privadas que se beneficiaram do regime nazista, ou até mais, contribuíram para sua plena eficácia (casos Farben e Krupp). Embora o julgamento tenha tido natureza penal, e dirigido às pessoas individuais dos dirigentes empresariais, os atos das empresas foram analisados de forma autônoma, podendo-se assim concluir que as empresas, como pessoas jurídicas privadas, agiram diretamente na violação de direitos humanos, e poderiam ser responsabilizadas – ainda que não necessariamente na esfera penal (BAARS, 2013, p. 173).

Da Declaração Universal dos Direitos Humanos também se infere que entidades privadas estariam comprometidas com o respeito aos direitos humanos, pois seu preâmbulo dirige-se a “todo indivíduo e todo órgão da sociedade”. Na mesma linha, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais referem-se à obrigação de todos os “grupos de pessoas” de se absterem de praticar atos que objetivem destruir os direitos e liberdades neles previstos. Ainda, o artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra, aplica-se a todas as partes envolvidas em um conflito (estatais ou não) (MONGELARD, 2006, p. 669-670).

Na mesma linha, o Comitê de Direitos Humanos criado pelo PIDCP já se pronunciou a respeito da responsabilização dos Estados pela tortura praticada por pessoas privadas. Além disso, determinou que os Estados garantam os remédios eficazes para combater tais práticas, o que diretamente afirmaria o dever de os Estados perseguirem agentes privados que as praticassem ou para com elas contribuíssem (PAUST, 2002, p. 815).

No tocante ao sistema interamericano, também da Convenção Americana de Direitos Humanos, permite-se depreender a responsabilidade de particulares em relação aos direitos humanos, ao estabelecer que “todas as pessoas têm deveres para com a comunidade e a espécie humana”. Seu artigo 29 também trata de “grupos de pessoas”, sem se restringir a Estados (PAUST, 2002, p. 814-815). Além disso, a Corte já teve oportunidade de asseverar a vinculação de particulares aos direitos humanos quando da Opinião Consultiva 18/03 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, ao afirmar que o direito humano à igualdade e não discriminação corresponde a *ius cogens* com efeitos *erga omnes*, razão pela qual atingem particulares (CANÇADO TRINDADE, 2015, p. 429).

A proibição de discriminação integra diversas normas protetoras de direitos humanos geradoras de obrigações para a comunidade humana (incluindo empresas transnacionais), como a proibição de atos de agressão, genocídio, direitos básicos da pessoa humana, proibição de escravidão. A característica de *ius cogens* deriva da erosão do princípio da reciprocidade no Direito Internacional, e sua substituição por normas com caráter de ordem pública,

gerando obrigações *erga omnes*, o que lhes atribui natureza objetiva capaz de atingir todos os destinatários das normas jurídicas, sejam eles órgãos do poder público, sejam particulares (CANÇADO TRINDADE, 2015, p. 430).

Precisamente afirmado essa dimensão cogente, a própria Convenção Americana dos Direitos Humanos, no artigo 1º, exige dos Estados a obrigação de garantir o pleno exercício dos direitos humanos. Com isso, deduz-se que no âmbito doméstico, tanto os órgãos estatais devem proteger direitos humanos, quanto os particulares devem respeitar – ou do contrário o Estado estaria obrigado a intervir para exigir esse respeito (CANÇADO TRINDADE, 2015, p. 431). Parece certo afirmar que indivíduos e empresas estão vinculados a esses tratados (AUTOR, 2016).

Assim, Cançado Trindade perfila-se ao lado de Paust (2002, p. 817), bem como de Mongelard (2006, p. 667) quando este conclui que “a ideia de que o direito internacional se aplica a atores não estatais, e, portanto, a empresas, e que elas têm obrigações e responsabilidades perante a lei, não implica nenhum problema conceitual”.

### 3.2 Mecanismos de *soft law*

Para além dos tratados, existem previsões específicas de *soft law* que demandam que as empresas respeitem os direitos humanos reconhecidos em tratados. Em 2003, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas tentou aprovar as denominadas “Normas sobre Responsabilidades de Corporações Transnacionais e Outras Empresas a Respeito de Direitos Humanos”, que estabelecia que as empresas deveriam compensar pessoas, entidades ou comunidades afetadas por atos em descumprimento das responsabilidades previstas no instrumento (MONGELARD, 2006, p. 671-672), todavia, por serem demasiadamente impositivas às corporações, foram rejeitadas.

Essas normas teriam vindo em resposta à proposta feita em 1999, pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, para vinculação das empresas transnacionais, chamada Pacto Global, a qual contou com o apoio da Câmara Internacional do Comércio – ICC. O programa estabelece dez princípios voltados a medidas anticorrupção, defesa do meio ambiente, respeito aos direitos humanos e à legislação trabalhista e se baseia na capacidade autorregulatória das empresas, cuja adesão se dá nas bases do voluntarismo (LOPES, 2014, p. 11). De fato, o número de empresas que aderiram ao Pacto Global foi significativo (cerca de 12 mil), porém seus princípios não especificaram punições para corporações que deixem de cumprir suas disposições, comprometendo sua efetividade (CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 133; SILVA; PAMPLONA, 2016, p. 152). Se o Pacto Global (2000) mostrou-se de baixa efetividade, as Normas sobre Responsabilidades de Corporações Transnacionais (2003), por sua vez, sequer foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Como resposta, em 2005 John Ruggie, a pedido do Secretário-Geral das Nações Unidas, apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos: os então batizados “Princípios Ruggie” (Resolução A/HRC/17/4). Referidos princípios estabeleceram os parâmetros “Proteger, Respeitar e Reparar” para o relacionamento entre Estados, empresas e direitos humanos: cabe aos Estados prote-

ger os direitos humanos contra violações decorrentes de atos de terceiros; empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos e as vítimas de violações devem ter facilitado o acesso às vias de reparação (SILVA; PAMPLONA, 2016, p. 153).

Embora ainda configurando *soft law*, referidos princípios impulsionaram a criação de um grupo de trabalho junto ao Conselho de Direitos Humanos para elaborar um tratado internacional capaz de vincular Estados e empresas aos direitos humanos (Resolução A/HR-C/26/L.22/Rev.1). Enquanto referido tratado não é produzido, é dever dos Estados se vincularem aos Princípios Ruggie e estabelecerem domesticamente um Plano Nacional definindo parâmetros legais para a atuação de empresas em respeito aos direitos humanos (CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 134-135).

Nessa linha, os Princípios Ruggie, ainda que classificados como *soft law*, não podem ser desprezados, posto que, assim como todas as normas jurídicas, correspondem a um referencial normativo para a produção de outras normas jurídicas ou parâmetro para a adoção de condutas, sendo reconhecidos como referencial legítimo pelos seus destinatários. Progressivamente, essas normas influenciam práticas nacionais e internacionais, tornando-se parâmetros capazes de orientar ações de Estados e particulares (TOMUSCHAT, 2014, p. 46). As normas jurídicas de *soft law* falta apenas a chamada garantia normativa, pois não estão acompanhadas de mecanismos jurídicos capazes de assegurar seu cumprimento.

Nem só de mecanismos de eficácia *stricto sensu*, todavia, sobrevivem as normas jurídicas. Elas são dotadas de institucionalidade quando se projetam em sua validade, de modo que arranjos institucionais podem determinar seu cumprimento. Na medida em que o Direito não se limita a restrições de comportamentos, mas tem também caráter institucional, será o grau de inventividade dos arranjos institucionais que poderá definir ou enriquecer a garantia normativa (CARDIA; GIANNATTASIO, 2016, p. 139).

Essa institucionalidade, contudo, não se estrutura em toda a América Latina. É preciso ressaltar que apenas a Colômbia<sup>3</sup> e o Chile lançaram seus Planos de Ação em consonância com os Princípios Ruggie. O Brasil, até o momento, não aderiu a essa normativa. Nem sempre parece haver interesse na persecução de empresas violadoras de direitos humanos (BÖHM, 2012, p. 22). Depender dos Estados pode ser problemático.

## 4 RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS PERANTE OS ESTADOS

A responsabilização das empresas por violações a direitos humanos depende em grande parte da configuração do Direito doméstico, na medida em que incumbe aos Estados criar normas jurídicas que viabilizem investigações, processamento, julgamento e exigência de reparação (MONGELARD, 2006, p. 673).

<sup>3</sup> Para o Plano de Ação Nacional colombiano, veja [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_9dic.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf) (Acesso em: 16 jul. 2017).

Como na América Latina muitos Estados partilham um contexto histórico de profunda desigualdade social, democracias ainda em processo de consolidação, déficit institucional de proteção de direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 137), empresas transnacionais acabam por se beneficiar na tentativa de elisão da responsabilidade civil por violações a esses direitos.

Diante desse quadro, e considerando a importância que os Estados exercem no processo de responsabilização das empresas, três situações diferentes merecem ser analisadas: a que trata da relação entre as empresas e os Estados em que se instalam (*"Host State"*); a que trata da possibilidade de se acionar o Estado em que a corporação mantém a sua matriz (*"Home State"*) e, finalmente, a proposta de responsabilização via jurisdição universal.

#### **4.1 Responsabilização perante Estados de acolhimento (*"Host States"*)**

Pensar a jurisdição a ser provocada para responsabilizar empresas transnacionais não pode prescindir de uma análise preliminar sobre quais seriam as práticas que poderiam desencadear essa responsabilização.

A responsabilidade civil exige basicamente três elementos: violação ao direito (*"a wrong"*), dano e a relação de causalidade entre esses dois (MONGELARD, 2006). Nessa perspectiva, a imputabilidade de uma violação a direitos humanos a corporações transnacionais surgirá quando ela age diretamente na produção do dano – como se verificou com os atos praticados por empresas na Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Empresas não alemãs se beneficiaram do uso do trabalho escravo, usurpação da propriedade de judeus, uso de trabalho de prisioneiros civis em condições subumanas. Esses atos, por si, representaram violações de direitos humanos, justificando a responsabilização dessas empresas (MONGELARD, 2006, p. 674-675).

Também os atos praticados por empregados da empresa, ou outras entidades a ela vinculadas (como terceirizadas) ensejam responsabilidade civil se violadores de direitos e ensejadores de dano (MONGELARD, 2006, p. 677). Esse tipo de responsabilização estará diretamente vinculado às modalidades de responsabilidade civil que o Direito nacional de cada Estado aplica, e no caso brasileiro deve ser verificada a presença dos seguintes requisitos: (i) o ato deve ser praticado por empregado da empresa ou pessoa física/jurídica a ela subordinada; (ii) o ato deve ser contrário à legislação que protege o direito humanos em tela e (iii) deve existir um dano imediatamente decorrente desse ato.

Finalmente, empresas podem ser responsabilizadas ainda que não ajam diretamente na produção do dano aos direitos humanos, mas sejam cúmplices daqueles que praticam a violação (especialmente os Estados, quando violam direitos para favorecer as atividades empresariais). Nesse caso, é fundamental que: (i) a violação tenha sido praticada por outra pessoa; (ii) a empresa tenha assistido a pessoa que praticou a violação (com recursos econômicos, facilitação de informações, entre outros); (iii) essa assistência tenha contado com o conhecimento e a intenção de ajudar na prática do crime (MONGELARD, 2006, p. 678).

Diante de práticas como essas, cabe aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos adotar medidas de responsabilização das empresas, a fim de se desincumbirem de sua obrigação de *"proteger"* e *"garantir"* direitos humanos, prevista no artigo 1º da Convenção. Esses Estados encontram-se vinculados a um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, que se projeta a partir de um regime de cooperação entre Direito Público

Interno e Internacional. O Direito Interno desses países, interconectado a partir de objetivos comuns – proteção dos direitos humanos, fortalecimento da democracia, redução das desigualdades sociais – teria a aptidão de responsabilizar com mais efetividade empresas transnacionais por suas violações (VON BOGDANDY, 2016, p. 12-13).

A responsabilidade dos Estados em relação a atos de particulares foi asseverada pela Corte Interamericana pela primeira vez quando do julgamento do caso Velasquez-Rodríguez vs. Honduras. A Corte condenou o Estado de Honduras pela falha na diligência em perseguir e punir particulares que promoveram o desaparecimento forçado da vítima (SANTOS, RIBEIRO, 2016, p. 387; CORTE..., 1988, parágrafo 172). Em outro caso, envolvendo o povo indígena Saramaka vs. Suriname, a Corte reconheceu que a legislação doméstica do Estado do Suriname era manifestamente insuficiente para garantir o direito de propriedade coletiva das terras do povo Saramaka, ao longo do Rio Suriname. Em razão disso, o Estado do Suriname concedeu a empresas os meios de exploração das terras indígenas para a construção de uma hidrelétrica, sem consultar o povo adequadamente; sem lhes garantir benefícios decorrentes dessa exploração capazes de compensar o uso de sua terra e sem exigir das empresas um estudo de impacto ambiental prévio à sua atuação (CORTE..., 2007, parágrafo n. 129).

No caso povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, julgado em 2015, a mineradora BHP Billiton (também envolvida na “Tragédia de Mariana”, em Minas Gerais, no Brasil, em novembro de 2015) exerceu atividade mineradora ao longo do Rio Suriname, contaminando-o com detritos, e causando prejuízo ambiental às reservas indígenas dos povos Kaliña e Lokono, que viviam da pesca no Rio Suriname (SANTOS; RIBEIRO, 2016, p. 392). Na sentença, a Corte Interamericana fez menção expressa aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, reforçando o papel dos Estados em coibir violações praticadas por empresas aos direitos humanos por meio de medidas apropriadas para prevenir, investigar, castigar e reparar os danos (CORTE..., 2015, p. 62-63).

Em decisão recente, a Corte condenou o Brasil por permitir que particulares mantivessem trabalhadores em condições análogas a de escravos no julgamento do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Embora não se tratasse de empresa transnacional, as considerações da Corte bem se aplicam a organizações desse porte. Nesse caso, o Estado Brasileiro não adotou medidas suficientes para coibir a violação da liberdade e da dignidade dos trabalhadores (CORTE..., 2016, p. 83). A omissão do Estado, quando presente seu dever de agir, foi o fator determinante da responsabilização (CORTE..., 2016, p. 84-85). Constata-se que não basta a existência de legislação como uma proposta política para lidar com o problema, deve o Estado se desincumbir de efetivo dever jurídico de garantir os direitos (MAGRAW, 2009, p. 486).

Verifica-se que em muitos casos (KALECK; SAAGE-MAAß, 2008, p. 22) os Estados dispõem de leis capazes de coibir ou reparar as violações, o que em tese poderia sugerir uma afinidade jurídica rumo ao *lus Constitutionale Commune* mencionado por Bogdandy. A responsabilização das empresas envolvidas, contudo, não se realiza por falta de aparato institucional preparado e disponível, seja nas searas administrativas de fiscalização da atuação das empresas, em órgãos que promovem o acesso ao Judiciário para as vítimas e mesmo na atuação desse próprio Judiciário.

Ainda que leis nacionais sejam o primeiro passo para a responsabilização de empresas transnacionais, de pouco servirão se não vierem acompanhadas de efetiva atuação estatal, delas se utilizando para uma real responsabilização. Ao falhar o Estado, pode-se desencadear sua responsabilização perante o sistema regional (SANTOS; RIBEIRO, 2016, p. 385).

Esse fator deveria servir como desestímulo para esses Estados, no sentido de controlar a atuação de corporações transnacionais que se instalassem em seu território para explorar mão de obra e recursos ambientais, bem como deveria impulsioná-los para a adequada diligência na proteção dos direitos humanos. Não é, todavia, o que ocorre: a pressão exercida pelo sistema interamericano de proteção não consegue fazer frente ao poder econômico das corporações transnacionais, ou mesmo a fatores políticos domésticos. A responsabilização dos Estados no sistema interamericano pode se mostrar de baixa eficácia se eles não incorporarem efetivamente as recomendações do sistema: parecem preferir manter atuantes as corporações transnacionais em seu território, a despeito de eventuais violações de direitos humanos.

O descompasso entre as recomendações do sistema interamericano e a realidade doméstica dos Estados pode comprometer a eficácia do sistema regional, como demonstra o caso da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Brasil. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a fim de resguardar direitos de povos indígenas que ocupavam a Volta Grande do Rio Xingu, proferiu Medida Cautelar recomendando que o Brasil suspendesse as obras da Usina. O governo brasileiro mostrou-se francamente contrário à Medida, alegando que adotara todas as precauções exigíveis para salvaguardar os direitos dessas comunidades e que a obra era essencial para a produção de energia no país. Paralelamente, e em retaliação, o Brasil retirou a indicação de Paulo Vanuchi para integrar a Comissão. Em virtude de desgaste, a Comissão acabou por retirar sua Medida Cautelar (SICILIANO, 2011, p. 3).

Em outras situações, o que se percebe é que os Estados, ainda que não o queiram, são incapazes de conter o poder econômico de empresas transnacionais (BÖHM, 2012, p. 22-23).

Para que as determinações do plano interamericano em relação à proteção dos direitos humanos efetivamente encontrem adesão nos Estados nacionais, necessário se faz que eles reconheçam externalidades substanciais capazes de desencadear um elevado custo (moral, político, quiçá econômico) de deserção. Em muitos casos, os Estados não reconhecem essas externalidades internacionais como uma ameaça concreta, o que acaba por gerar um descrédito em relação ao sistema (SICILIANO, 2011, p. 4). Especialmente no caso de Belo Monte, o Estado brasileiro mostrou-se disposto a arcar com os riscos inerentes à construção da Hidrelétrica, favorecendo transnacionais como a Odebrecht, a Camargo Correa e a Andrade Gutierrez (PEREIRA; GOY, 2010), além da própria plataforma política nacional.

Assim, recomendações e condenações do sistema interamericano aos Estados não impedem novas violações de direitos humanos, nem logram corrigir adequadamente as violações ocorridas. Com isso, as corporações transnacionais não são responsabilizadas por violações de direitos humanos, uma vez que os governos locais não têm vontade ou força política para proteger esses direitos, ou carecem de habilidade para efetivar essa proteção. Justamente essa impunidade indica o quanto importante é pensar alternativas de responsabilização, estendendo obrigações de respeito aos direitos humanos diretamente às empresas transnacionais, ou buscando outras jurisdições (BRABENDERE, 2009, p. 202).

#### 4.2 Responsabilização perante Estados de origem (“Home States”)

Quando empresas transnacionais se instalaram em Estados inaptos para desencadear sua responsabilização, poder-se-ia cogitar sobre a possibilidade de serem demandadas diretamente perante seu Estado de origem, onde está sua matriz ou centro decisório. Os Princípios Ruggie permitem essa manobra, a partir do dever de *due diligence*. Todas as corporações – seja a matriz, sejam suas filiais, inclusive demais empresas que compõem a sua cadeia produtiva – têm o dever respeitar direitos humanos, independentemente de sua localização (SILVA; PAMPLONA, 2016, p. 158).

A prática processual de submeter uma empresa transnacional à jurisdição de seu Estado de origem, por atos praticados em outros Estados, é conhecida como jurisdição extraterritorial (ZUBIZARRETA, 2009, p. 325). Trata-se da aplicação “de uma lei nacional de um Estado a atividades que se realizam além de suas fronteiras, ou que ocorrem em território de outro Estado sem conexão com o dele próprio” (KALECK; SAAGE-MAAβ, 2008, p. 27). Com isso, são “reterritorializados” os benefícios gerados pela atuação extraterritorial dessas empresas, como também sua responsabilidade por atos contrários ao Direito. No caso das corporações transnacionais, essa pode ser a única forma de responsabilizá-las quando têm sede em países da Europa ou na América do Norte, e desenvolvem ações nocivas aos direitos humanos em Estados do Hemisfério Sul.

Essa concepção conflitaria, *a priori*, com o princípio da territorialidade e da soberania, na medida em que implica a possibilidade de um Estado aplicar seu Direito Interno para tratar de atividades ocorridas em outros Estados, a partir do Direito Público Internacional. É preciso compreender, todavia, que quando um Estado falha no seu dever de garantir e proteger direitos humanos, mesmo em face de atos de terceiros, a própria noção de soberania passa por uma ressignificação. A soberania assume caráter relativo, servindo como um instrumento a serviço do ser humano a fim de justificar o exercício do poder estatal. Nesta qualidade, com sentido teleológico, acaba por autorizar a atuação de órgãos supranacionais em defesa dos direitos humanos, interferindo inclusive na aplicação do Direito Interno (FIGUEIREDO, 2012, p. 153). No caso da extraterritorialidade, admite-se buscar a jurisdição de um Estado para responsabilizar uma empresa por atividades adotadas em outro Estado, justamente porque violam os direitos humanos aos quais essas empresas devem respeito. Se o Estado de acolhimento não logra responsabilizá-las, poderia o Estado de origem fazê-lo. Nesse caso, o Direito Interno do Estado de origem serve como mecanismo de instituição e aplicação das normas de Direito Internacional.

Mesmo na ausência de um tratado internacional que autorize expressamente a extraterritorialidade, nesse sentido genérico (BRABENDERE, 2009, p. 203), a busca pela efetividade dos direitos humanos violados por empresas transnacionais tem impulsionado a atuação do sistema interamericano (SANTOS; RIBEIRO, 2016, p. 396).

Existem antecedentes de jurisdição extraterritorial na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como se depreende do Informe sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile em 1985, em que se identificou assassinato de funcionários do governo Salvador Allende por agentes de Inteligência Nacional norte-americana e argentina (CERQUEIRA, 2015, p. 19). Para a CIDH, a aplicação extraterritorial de normas jurídicas se justifica quando (i) os atos

ou omissões geradores de dano aos direitos humanos têm efeito para fora do Estado denunciado e (ii) o agente transgressor da obrigação internacional agiu sob a autoridade e controle efetivo do Estado denunciado (CERQUEIRA, 2015, p. 19). Para que esses requisitos se apliquessem a empresas, precisar-se-ia pensar em pessoas jurídicas cuja direção ou principal capital acionário pertence a um Estado, ou que ajam em seu nome no exercício de concessões públicas.<sup>4</sup> Nessas hipóteses, a jurisdição extraterritorial encontra bom suporte jurídico (BRABENDERE, 2009, p. 203).

A aplicação da extraterritorialidade para casos envolvendo violações de direitos humanos por empresas privadas, todavia, precisa ser enfrentada.

Sobre o tema, uma das previsões normativas mais emblemáticas é o *Alien Tort Claims Act* (ATCA), nos Estados Unidos. Criada em 1789, essa lei permaneceu longo tempo em desuso, mas ressurgiu em 1980, quando do julgamento do caso *Filartiga v. Peña-Irala*, em que foi condenado Americo Norberto Peña-Irala, paraguaio responsável pela morte sob tortura de Joelito Filartiga, em 1976, no Paraguai, durante a ditadura militar. Segundo o *Alien Tort Claims Act*, as Cortes federais dos Estados Unidos têm ampla jurisdição para julgar todo caso civil baseado em uma violação do Direito Internacional, independentemente de onde a violação ocorreu, desde que a Corte tenha competência para julgar o acusado (MONGELARD, 2006, p. 688-689).

Embora nesse primeiro caso tenha se tratado de um indivíduo acusado de tortura no Paraguai, o ATCA já possibilitou o julgamento de empresas transnacionais, como se verificou no caso *Doe vs. Unocal* (MAGRAW, 2009, p. 472). Admitiu-se pela primeira vez uma ação civil de responsabilização de uma corporação privada por violação de direitos humanos: a Unocal se beneficiou do aparato estatal militar de Mianmar para garantir a construção de oleodutos, mediante o uso da força, o que gerou deslocamentos forçados, torturas e estupros. Embora a ação tenha se encerrado mediante acordo, passou uma mensagem: “*The notion that U.S. courts were willing to hold corporations liable for complicity reverberated throughout the international corporate community, as many corporations were unsure of when they might face civil liability resulting from their foreign activities*” (MAGRAW, 2009, p. 472).

Também com fundamento no ATCA, o caso *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, estabeleceu parâmetros para a responsabilização de pessoas privadas por violação da lei internacional mediante apoio e suporte (cumplicidade): fornecer efetiva e deliberada assistência, com efeito substancial na perpetração de um crime (definido na lei internacional). Essa definição foi complementada pelo juiz Hall, para quem a responsabilização de corporações por cumplicidade na violação de direitos humanos pode ser definida pelos próprios Estados dotados de jurisdição para promovê-la (DANFORTH, 2011, p. 665).

Um problema a ser enfrentado para a responsabilização de empresas que violam direitos humanos é justamente identificar o Estado de origem. Zubizarreta (2009, p. 325) salienta que não basta identificar o domicílio da sede da corporação transnacional, pois pode não ser

<sup>4</sup> Como se verificou no julgamento *Ximenes Lopes vs. Brasil*, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando reconheceu que não se pode distinguir entre as responsabilidades do Estado quando age diretamente, e de uma pessoa jurídica privada que age como concessionária do poder estatal, praticando atividade estatal (como serviços públicos de saúde) em seu nome (CERQUEIRA, 2015, p. 20).

nesse domicílio que se encontra o núcleo responsável pelas tomadas de decisão. Os Estados de origem devem definir critérios jurídicos aptos a prever a responsabilidade de todos os setores da empresa, ou empresas, envolvidos nos processos decisórios que determinaram a violação de direitos humanos.

Um desses critérios é o da jurisdição pessoal ativa, ou seja, aplica-se o Direito do Estado de cuja nacionalidade é a empresa (sob qual direito ela se constituiu originalmente) (HOMA, 2016, p. 3). Com isso, permite-se estender o princípio do Direito Internacional público de *aut dedere aut judicare* conjugado com o princípio da solidariedade às corporações transnacionais. Nesse caso, o princípio da solidariedade permitiria, de um lado, um regime de cooperação internacional para a efetividade extraterritorial das sentenças proferidas pelos Tribunais nacionais do Estado de origem, envolvendo vítimas que fossem seus nacionais, para atingir violações ocorridas no Estado de acolhimento, caso este não tenha condições de promover essa responsabilização (HOMA, 2016, p. 3-4).

No caso de empresas transnacionais que se estruturam a partir de pessoas jurídicas diversas, cada uma com uma nacionalidade, há quem defenda a adoção de uma presunção de que todos os atos praticados pelas empresas filiais contam com a anuência da “empresa-mãe”, justamente em virtude do grau de interligação que existe entre essas empresas para que a cadeia produtiva funcione. Com essa presunção, poder-se-ia reduzir a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* pelo Estado de origem (HOMA, 2016, p. 4), todavia há a evidente dificuldade em admitir tal presunção, eis que a responsabilização deve, via de regra, ser imputada a quem contribuiu para a ocorrência do dano e esse nexo entre a atuação ou omissão do agente e o dano ocorrido não é presumido, como regra geral.

Para além disso, a extraterritorialidade pode ser inferida de alguns documentos internacionais, todavia não há qualquer consenso sobre a possibilidade de sua ampla aplicação. Ao contrário, mesmo a Corte Interamericana de Direitos Humanos admite sua aplicação para casos específicos, por exemplo, quando o agente age em nome do Estado, como ocorreu no caso Ximenes Lopes, quando o Brasil foi condenado pelos maus tratos sofridos pela vítima em um centro de internamento.

#### 4.3 A proposta da jurisdição universal

Diante das dificuldades apontadas para o exercício da jurisdição do Estado de acolhimento, ou mesmo do Estado de origem em casos de violação de direitos humanos por empresas transnacionais, a doutrina procurou apresentar uma nova alternativa para operacionalizar a responsabilização dessas corporações: a jurisdição universal.

Trata-se de utilizar a estrutura burocrática e coativa de um Estado para aplicar as regras do Direito Internacional a fim de reprimir violações. Esse Estado não precisa necessariamente ser aquele em que ocorreu a violação, nem precisam ser nacionais seus os envolvidos na afronta. Pode se tratar de um terceiro Estado completamente alheio ao caso, que age suplementarmente diante da impossibilidade de os demais agirem. Importante asseverar que a jurisdição universal não implica necessariamente um enfraquecimento da soberania dos Estados, mas sim sua reconfiguração, na medida em que a função por ela assumida seria exercer a justiça internacional (FASANO, 2011, p. 17-22).

Diferentemente da jurisdição extraterritorial, em que o Direito doméstico de um Estado (ainda que informado pelo Direito Internacional) se aplica a situações ocorridas em território de outros Estados, a jurisdição universal implica a possibilidade de um Estado investigar, julgar e punir práticas independentemente de onde tenham ocorrido, da nacionalidade do acusado ou de sua vítima. A ligação existente entre o Estado e a conduta que visa a punir é o repúdio à violação dos direitos humanos, pois afetam todos no panorama internacional. Mesmo que os causadores das violações sejam anistiados em seus Estados de origem, ou não sejam perseguidos nos Estados de acolhimento, estariam submetidos a um processo a ser desencadeado perante terceiros (ROBERTSON *apud* FASANO, 2011, p. 34). Como ressalta Cohen (2011, p. 145), um elemento essencial para a jurisdição universal é que a conduta ilícita seja matéria de interesse internacional.

A jurisdição universal foi concebida originalmente para o fim da persecução penal. Segundo um estudo intitulado “Projeto de Princetown sobre a competência repressiva universal”, em 2001, ela corresponderia à “competência penal baseada somente na natureza do crime, sem considerar o local em que o crime tenha sido cometido, a nacionalidade do suposto ou condenado perpetrador, a nacionalidade da vítima, ou qualquer outra conexão com o Estado que exerce tal jurisdição” (FASANO, 2011, p. 32). Segundo essa proposta, caberia a um Estado, a partir da operacionalização do seu sistema jurídico penal, processar, julgar e punir alguém pela prática de um crime internacional grave, com impacto sobre a humanidade (FASANO, 2011, p. 36-37).

Na América Latina, a jurisdição universal tem sido utilizada em casos de impossibilidade de se responsabilizar perpetradores de crimes contra a humanidade e genocídio perante a jurisdição do Estado em que atuaram, ou em seus Estados de origem. O caso das tribos indígenas Aché, no Paraguai, é um exemplo. Na década de 70 o governo ditatorial promoveu o deslocamento forçado dessas tribos para uma fazenda particular, supostamente considerada uma “reserva”, a fim de favorecer a expansão agrícola. Mais de 60% da população foi dizimada e os sobreviventes foram torturados e vendidos como escravos. As vítimas propuseram a ação na Argentina, com amparo na jurisdição universal, uma vez que não viram chance de obterem justiça em seu próprio país (TRIBO, 2014).

Essas hipóteses, contudo, ainda estão longe de lidar com a perspectiva da responsabilização de empresas transnacionais. Para esse caso, surgem duas dificuldades: de um lado, admitir que a jurisdição universal se aplique às corporações, e não só aos indivíduos, como tem ocorrido; e de outro, possibilitar que se promova a responsabilização civil, e não a imputação penal, para as violações de direitos humanos.

Segundo Magraw, a expansão da jurisdição universal para abranger também pessoas jurídicas privadas poderia decorrer das situações em que elas dão suporte e apoio àqueles que cometem o crime. Nesse sentido, o próprio Estatuto de Roma admite, no artigo 25, 3, c, que pessoas sejam responsabilizadas e punidas se atuarem como cúmplices ou encobridores, ou colaborarem de qualquer forma com a deliberada prática de um crime. Essa previsão poderia permitir uma interpretação autorizadora da responsabilização de empresas quando elas exercessem atividades que favorecessem a prática de crimes de guerra, contra a paz, contra a humanidade e genocídio (MAGRAW, 2009, p. 481).

Se é possível conceber que empresas transnacionais atuem de modo a contribuir com a ocorrência de crimes contra os direitos humanos, mais fácil seria viabilizar sua responsabilidade civil nesses casos, a fim de gerar a obrigação de reparar os danos. Nessa perspectiva, a jurisdição universal aplicável às empresas transnacionais poderia se mostrar mais viável para a maior parte dos Estados, que não admitem responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

A aplicação da jurisdição universal às empresas transnacionais exige a colaboração dos Estados, para que admitam em sua legislação interna os mecanismos jurídicos capazes de responsabilizá-las. Nesse sentido, o *Alien Tort Claims Act* ou *Alien Tort Statute* (ATS) tem muito a contribuir para o fim de desencadear a jurisdição universal – e não só a aplicação do Direito norte-americano a fatos ocorridos em outro Estado. Nesse sentido:

*The ATS is a jurisdiction-granting statute that does not create new substantive law. In enforcing specific, universal, and obligatory norms of international law through the ATS, U.S. courts are therefore not giving U.S. law extraterritorial reach. They are instead enforcing international law. Nothing in international law prohibits such enforcement; quite the contrary. Under the Lotus principle of international law, each nation-state has broad authority to exercise extraterritorial criminal and civil jurisdiction to enforce international law* (MEYER; HATHAWAY, 2012, p. 2).<sup>5</sup>

Assim, a fim de preencher uma “lacuna de governança” internacional que se formou entre a baixa habilidade dos Estados (em desenvolvimento) em promover a responsabilização de corporações transnacionais por seus atos, caberia aos Tribunais domésticos exercer a jurisdição universal com base em suas obrigações perante o Estatuto de Roma e a Carta de Direitos Humanos (MAGRAW, 2009, p. 495).

Vale observar também que, embora o Estatuto de Roma trate da configuração de tipos penais, sob a ótica internacional as dimensões penal e civil não são concorrentes, mas complementares (COHEN, 2011, p. 144). O próprio Estatuto reconhece a possibilidade de se condenar o agressor a reparar o dano. Assim, a jurisdição civil universal teria cabimento para os mesmos casos em que se cogita da jurisdição penal, mostrando-se menos gravosa que a última, pois não implica penas restritivas da liberdade, mas serve para reconhecer a responsabilidade e determinar a reparação dos danos.

Diversas são as razões alegadas por Cohen (2011, p. 146) para justificar a jurisdição universal civil: (i) persecução penal e civil por graves violações de direitos humanos são os dois lados da mesma moeda, a partir do princípio do combate à impunidade e a exigência de *accountability*; (ii) o *Alien Tort Claims Act* (EUA) já funciona como um mecanismo para responsabilização dos agentes privados violadores de direitos humanos (inclusive corporações transnacionais), o que demonstra que o Direito interno dos Estados pode dar o primeiro passo para reconhecer esse tipo de jurisdição; (iii) a racionalidade que justificou a criação de uma jurisdição universal para julgamento de crimes que preocupam a humanidade também se aplica para a condenação a reparações, tornando mais efetivo o acesso à Justiça para as ví-

<sup>5</sup> Essa citação consta da petição de *amicus curiae* apresentada pela Universidade de Yale no caso Kiobel, mas não foi a opinião da Corte. Trata-se de ação promovida por vítimas e familiares das vítimas da tribo Ogoni, da Nigéria, em face da Shell Petroleum Development Company (SPDC), por conta de sua colaboração com o regime militar do país no cometimento de várias violações de direitos humanos. O pedido foi fundamentado no *Alien Tort Act*, cuja aplicação foi afastada.

timas que não logram realizar suas pretensões perante o Direito Interno de seus países; (iv) a jurisdição civil universal também atenderia ao objetivo de combater a impunidade e (v) a concepção de um princípio poderoso como a jurisdição universal com a finalidade de perseguir ofensores deveria autorizar também uma contrapartida para as vítimas.

Em favor da jurisdição universal já se pronunciou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Segundo este Comitê, as infrações de natureza grave previstas nas Convenções de Genebra, de 1949, e no seu Protocolo Adicional I, de 1977, demandam dos Estados-partes uma postura ativa, a fim de que promovam a devida responsabilização daqueles que supostamente cometem esses delitos, independente da sua nacionalidade, perante sua estrutura jurisdicional doméstica, ou perante os Tribunais Internacionais competentes. Esses diplomas internacionais estariam em consonância ainda com a Convenção sobre Tortura (1984), e a Convenção sobre Desaparecimentos Forçados (2006), ambas prevendo a possibilidade de estabelecimento da jurisdição universal (COMITÊ..., 2015).

Até o presente momento não há tratado internacional autorizando a instituição da jurisdição universal civil para graves violações de direitos humanos por empresas transnacionais, mas, conforme indica a Base de Dados de Implementação Nacional do Direito Internacional Humanitário, do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, diversos países já dispõem em sua legislação interna de mecanismos que autorizam a jurisdição universal – ainda que em caráter penal, mas que poderia, com algum esforço, ser estendida para responsabilização civil pelos argumentos já apresentados (COMITÊ..., 2018).

Pensando na América Latina, verificam-se exemplos na jurisdição criminal como o do artigo 118 da Constituição Argentina (1994), que prevê a possibilidade de jurisdição extraterritorial para suas Cortes. No Brasil, a previsão de jurisdição universal decorre do artigo 7º, II, do Código Penal, o qual afirma que o Judiciário brasileiro é competente para processar e julgar crimes que, em razão de tratados internacionais, o Estado se comprometeu em reprimir. No Uruguai, a Lei n. 18.026/2006 institui mecanismos de cooperação internacional para punição dos crimes previstos no Estatuto de Roma, inclusive estabelecendo que não deve haver limites para a persecução dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (URUGUAY, 2006). Assim, vislumbra-se que a legislação nacional desempenha um papel essencial para operacionalizar a jurisdição universal.

A despeito da falta de tratado internacional, é possível encontrar elementos que delineiam minimamente esse instituto, a fim de se evitar sua aplicação de forma arbitrária (CAETANO, 2012, p. 6). A jurisdição universal seria aplicada apenas às mais graves violações de direitos humanos, notadamente aquelas que foram tipificadas como crime pelo Estatuto de Roma, ou seja, a importância da violação acabaria por determinar medidas extremas para autorizar seu julgamento (COHEN, 2011, p. 145; MAGRAW, 2009, p. 495).

Outro fator importante é a subsidiariedade: somente se justifica o recurso à jurisdição universal quando os Estados diretamente ligados à situação em que ocorreu a grave violação de direitos humanos não promoveram e não têm condições de promover a adequada persecução. Assim, a jurisdição universal surge da necessidade de fornecer uma resposta às vítimas precisamente quando o Direito falha, o que se viabiliza pela doutrina do *fórum necessitatis* (precisamente a contrapartida do *fórum non conveniens*):

A doutrina do fórum de necessidade permite a um tribunal ouvir uma reclamação, mesmo quando os testes padrões para a competência não estão totalmente satisfeitos, se não houver nenhum outro fórum em que o demandante poderia razoavelmente procurar alívio. É, portanto, a imagem espelhada do *forum non conveniens*, que permite aos réus estabelecer que um tribunal não deve ouvir uma reclamação, apesar dos testes de competência terem sido cumpridos, com base em uma série de fatores discricionários. Enquanto as doutrinas operam em princípios semelhantes, *forum non conveniens* dá aos réus uma chance extra de «matar» um caso, enquanto fórum de necessidade dá aos demandantes uma chance extra para salvá-lo (HOMA, 2016, p. 5)

É certo que os tribunais do local em que ocorreu a violação podem ter mais facilidade para colher provas, inclusive com conhecimento de toda a conjuntura do Estado a fim de dar um provimento jurisdicional mais justo (CAETANO, 2012, p. 7). Muitas vezes, todavia é essa conjuntura que acaba por determinar a impunidade de certos grupos – especialmente quando se trata de empresas transnacionais que estabelecem alianças com governos a fim de facilitar a instalação de suas atividades. Ademais, os Tribunais locais podem ser corrompidos justamente pelo jogo das forças inerentes ao poder político sempre que graves violações de direitos humanos se verificam. É preciso ter em conta que crimes como os descritos no Estatuto de Roma e nas Convenções de Genebra dificilmente podem ser perpetrados sem que pessoas efetivamente poderosas forneçam suporte e condições materiais.

Desacreditar uma Corte somente em função da distância que ela guarda em relação ao local dos fatos, ou mesmo da nacionalidade, da cultura ou da história das pessoas envolvidas (CAETANO, 2012, p. 6) implicaria comprometer até mesmo a atuação das Cortes Internacionais, sem real base fática para tanto. Decisões adotadas por Cortes Internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, voltam-se para o “fator humano”, buscando precisamente conhecer com cuidado e detalhes a realidade vivida pelas pessoas que serão diretamente atingidas pela decisão (SANDOVAL, 2014).

De qualquer forma, há que se considerar que um mecanismo tão poderoso quanto ainda carente de delinear ação jurídica como a jurisdição universal pode representar um avanço no combate à impunidade de empresas transnacionais que violam direitos humanos.

## 5 CONCLUSÃO

Empresas transnacionais exercem atividades por todo o globo, não sendo diferente na América Latina, todavia o que torna os países latino-americanos atraentes para a sua expansão, em grande parte dos casos, são condições jurídicas pouco rígidas para a proteção de direitos humanos das populações envolvidas nessas atividades. A América Latina, dependente dos investimentos financeiros estrangeiros, é institucionalmente fraca para coibir abusos.

Diante dessa realidade, referidas empresas transnacionais não podem estar à margem do direito internacional dos direitos humanos. Ainda que não haja um tratado internacional comprometendo-as direta e taxativamente, é possível extrair de tratados e declarações internacionais uma obrigação geral atribuível às empresas de respeitar direitos humanos, a qual independe de sua qualificação como pessoas jurídicas de Direito Internacional, pois é exercida e cobrada dentro da esfera nacional dos Estados.

Além disso, documentos jurídicos de *soft law* como os Princípios Ruggie exigem um compromisso de empresas transnacionais em relação aos direitos humanos. Embora desprovidos de mecanismos de eficácia, têm o condão de orientar a produção legislativa e atuação administrativa dos Estados, e ao menos expor as empresas internacionalmente via propaganda negativa quando descumprem esse compromisso. Como o Direito não se estrutura exclusivamente por meio de coerção, é possível deduzir que essas normas possam desencadear uma institucionalidade de responsabilização por parte das empresas.

Fato é que essa responsabilização precisa passar pela atuação dos Estados.

No caso dos Estados latino-americanos de acolhida (“*host states*”) existe, na maior parte dos casos, um aparato legislativo capaz de obrigar empresas transnacionais a respeitar os direitos humanos, no entanto se essas leis não são acompanhadas de uma atuação institucional efetivamente comprometida, violações ocorrem e não são responsabilizadas. O poder econômico das empresas fala mais alto, e os Estados muitas vezes aceitam pagar o preço político de desrespeitarem sua obrigação de garantir a fruição dos direitos humanos perante a comunidade internacional para manter em seu solo, atuantes, as empresas transnacionais.

Como alternativa, existe a jurisdição extraterritorial, ou seja, a responsabilização das corporações perante seu Estado de origem (“*home states*”). Nesse caso, o Direito interno do Estado de origem, antenado e comprometido com a esfera internacional de proteção dos direitos humanos, acaba por ser um canal de aplicação dessas normas. Uma das dificuldades diz respeito à distância do juiz em relação ao local da violação, o que muitas vezes sugere a aplicação da doutrina do *fórum non conveniens*, de modo a comprometer a responsabilização ao jogar o processo precisamente para o Estado sem condições de conduzi-lo com isenção ou rigor. Outro fator complicador é a descentralização das transnacionais, dificultando a identificação do Estado de origem.

Finalmente, quando falham Estados de acolhimento e Estados de origem, surge a proposta da jurisdição universal civil, em que qualquer Estado comprometido com a repressão a graves violações de direitos humanos poderia desencadear um processo de responsabilização das empresas sem com elas guardar vínculo de nacionalidade, tampouco com as vítimas ou ainda com o local em que tenha ocorrido a violação. Trata-se de mecanismo carente ainda de maior profundidade conceitual, bem como dependente da adesão do Direito interno dos Estados, a fim de institucionalizar essa operacionalização.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a responsabilização de empresas transnacionais permanece tema controverso, para a qual, contudo, já se apontam algumas possíveis soluções. Essa responsabilização deve ser feita com segurança e seriedade, para se tornar efetiva e atingir seus objetivos. Parafraseando o procurador no Tribunal Penal de Nuremberg, Robert H. Jackson, não se pode aceitar o paradoxo jurídico em que a responsabilidade seja a menor, quando o poder é o maior.

## 6 REFERÊNCIAS

- BAARS, G. Capitalism's Victor's Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WWII. In: HELLER, K. J.; SIMPSON, G. *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BÖHM, M. L. Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina: Dificultades para su imputación y juzgamiento. *Boletín Semestral Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen*, n. 4, jul./dic. 2012, p. 11-24.

- BRABENDERE, E. Non-State Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations. *Leiden Journal of International Law*, n. 22, jan. 2009, p. 191-209. Available from: <https://ssrn.com/abstract=1352623>. Cited: 5 maio 2018.
- CAETANO, F. A. K. e. Sobre a possibilidade de uma competência universal para a garantia do direito à memória. *E-Civitas*, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/750>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados: voto concordante do Juiz A. A. Cançado Trindade no Parecer n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de setembro de 2003. In: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Vol. I.
- CARDIA, A. C. R.; GIANNATTASIO, A. R. C. O Estado de Direito Internacional na Condição Pós-Moderna: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional. In: BENACCHI, M. (coord.); VAILATTI, D. B.; DOMINIQUNI, E. D. (org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016. p. 127-146.
- CERQUEIRA, D. La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. *Aportes DPLf*, n. 20, año 8, ago. 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35399.pdf>. Acesso en: 20 jun. 2018.
- COHEN, M. Between offenders and victims: the civil dimension of universal jurisdiction. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 11, n. 11, p. 141-153, 2011.
- COLÔMBIA. *Plano de Ação Nacional para Empresas e Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_9dic.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf). Acesso em: 16 jul. 2018.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *O escopo e a aplicação do princípio de jurisdição universal*: declaração do CICV nas Nações Unidas, 2015. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/o-escopo-e-aplicacao-do-princípio-da-jurisdicão-universal-declaracao-do-cicv-nas-nacoes>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *National Implementation of IHL*. Geneve. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988 (Mérito). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b-613fb7364d2008a0c3a1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf). Acesso en: 9 jul. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf). Acesso en: 7 jul. 2018.
- DANFORTH, M. E. Corporate Civil Liability Under the Alien Tort Statute: Exploring Its Possibility and Jurisdictional Limitations. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 660-691, 2011.
- FASANO, R. R. *A competência repressiva universal no direito internacional penal*. 2011. 187p. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Ana/Downloads/Renata\\_Rossini\\_Fasano\\_ME%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ana/Downloads/Renata_Rossini_Fasano_ME%20(1).pdf). Acesso em: 2 jul. 2017.
- FIGUEIREDO, M. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: VON BOGDANDI, A.; PIOVESAN, F.; MORALES ANTONIAZZI, M. (org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 143-177.
- HOMA. Centro de Direitos Humanos e Empresas. *As obrigações dos Estados de origem*: suas obrigações extra-territoriais nas violações de direitos humanos por corporações transnacionais. 2016. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/06/AS-OBRIGAC%CC%A7O%CC%83ES-DOS-ESTADOS-DE-ORIGEM.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. *Transnational Corporations on Trial: on the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America*. v. 4 in the Publication Series on Democracy. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung, 2008.
- KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, n. 8, p. 699-724, 2010.

LIMA, A. L. C. *Globalização econômica e política e Direito*: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, R. A. L. *A responsabilização de empresas transnacionais por violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional*. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., Florianópolis, UFSC 30 abr. a 2 maio 2014, p. 123-138. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4410a22591c15bc7>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MAGRAW, K. Universally Liable? Corporate-Complicity Liability Under the Principle of Universal Jurisdiction. *Minnesota Journal of International Law*, v. 18, n. 2, p. 458-497, 2009. Available from: [http://lawweb3.law.umn.edu/uploads/rR/O3/rRO3ojA\\_UlsJPyl54xOtaQ/Magraw-Final-Online-PDF-03.30.09.pdf](http://lawweb3.law.umn.edu/uploads/rR/O3/rRO3ojA_UlsJPyl54xOtaQ/Magraw-Final-Online-PDF-03.30.09.pdf). Cited: 27 jun. 2018.

MEYER, J. A.; HATHAWAY, O. A. *Supplemental Brief of Yale Law School Center for Global Legal Challenges as Amicus Curiae in Support of Petitioners*. Supreme Court of The United States. Esther Kiobel *et al.* v. Royal Dutch Petroleum Co. *et al.*, jun. 2012. Available from: <http://documents.law.yale.edu/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-yale-law-school-center-global-legal-challenges-amicus-curiae-brief-so>. Cited: 2 jul. 2018.

MEZA, A. Venezuela anuncia sua retirada da OEA: governo Maduro toma decisão após a organização convocar reunião para analisar a situação do país. *El País*, Caracas; Washington, 27 abr. 2017. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493246051\\_378028.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493246051_378028.html). Acesso em: 2 jul. 2018.

MONGELARD, E. Corporate civil liability for violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 863, sep. 2006.

OKIMURA, E. Y. A dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho decente no contexto da globalização. In: PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. (coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 305-329. V. 5.

PAUST, J. J. Human Rights Responsibilities of Private Corporations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 35, may 2002, n. 3. Available from: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1548112](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1548112). Cited: 19 jun. 2018.

PEREIRA, R.; GOY, L. Três maiores empreiteiras construirão Belo Monte. *Estadão*, São Paulo, 14 ago. 2010. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tres-maiores-empreiteiras-construirao-belo-monte,594852>. Acesso em: 9 jul. 2018.

PETERS, A. Membership in the Global Constitutional Community. In: KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANDOVAL, P. X. "Acima dos Estados estão os seres humanos que os compõem" Entrevista: Antônio Cançado Trindade. *El País*, Madri, 1º abr. 2014. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/31/internacional/1396300000\\_175731.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/31/internacional/1396300000_175731.html). Acesso em: 12 jul. 2018.

SANTOS, M. L. S.; RIBEIRO, C. F. T. Empresas e Direitos Humanos na Instância Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos. In: BENACCHIO, M. (coord.); VAILATTI, D. B.; DOMINIQUNI, E. D. (Org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016. p. 383-403.

SICILIANO, A. L. *O Caso de Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*: análise em dois níveis. São Paulo, out. 2011. Disponível em: [http://www.academia.edu/3264486/O\\_CASO\\_DE\\_BELO\\_MONTE\\_NA\\_COMISS%C3%83O\\_INTERAMERICANA\\_DE\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_AN%C3%81LISE\\_EM\\_DOIS\\_N%C3%8C8DVEIS](http://www.academia.edu/3264486/O_CASO_DE_BELO_MONTE_NA_COMISS%C3%83O_INTERAMERICANA_DE_DIREITOS_HUMANOS_AN%C3%81LISE_EM_DOIS_N%C3%8C8DVEIS). Acesso em: 9 jul. 2018.

SILVA, A. R. F.; PAMPLONA, D. A. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, M. (coord.); VAILATTI, D. B.; DOMINIQUNI, E. D. (org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: CRV, 2016. p. 147-168.

TOMUSCHAT, C. *Human Rights Between Idealism and Realism*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TRIBO da América do Sul leva governo do Paraguai a julgamento por genocídio histórico. *Diário Liberdade*. 8 jun. 2014. Disponível em: <https://www.diarioliberdade.org/america-latina/repressom-e-direitos-humanos/49784-tribo-da-am%C3%A9rica-do-sul-leva-governo-do-paraguai-a-julgamento-por-genoc%C3%ADdio-hist%C3%B3rico.html>. Acesso em: 11 jul. 2018.

URUGUAY. Ley Nº 18.026 de Cooperacion con la Corte Penal Internacional en Materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, 2006. *Diario Oficial* Nº 27091, 4 Octubre 2006. Disponible en: [www.parlamento.gub.uy/leyes/ley18026.htm](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ley18026.htm). Aceso: 10 mar. 2016.

VON BOGDANDY, A. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F. (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-52. V. 1.

ZUBIZARRETA, J. H. *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos*: história de una asimetría normativa, Bilbao: Hegoa e Omal, 2009. Disponível em: [http://publicaciones.hegoa.ehu.es/assets/pdfs/79/Empresas\\_transnacionales\\_frente\\_a\\_los\\_derechos\\_humanos.pdf?1488539221](http://publicaciones.hegoa.ehu.es/assets/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf?1488539221). Acesso em: 19 jun. 2018.

## O Protagonismo Político e Social do Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis na Efetivação de Direitos Fundamentais

Priscila Tinelli Pinheiro

Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa “Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos” da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada. [priscilatinelli@hotmail.com](mailto:priscilatinelli@hotmail.com)

Gilsilene Passon P. Francischetto

Pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (2008), sob a orientação do Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos. Professora titular na Graduação, Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado e orientadora do Grupo de Pesquisa “Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos” da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). [gilsilene@uol.com.br](mailto:gilsilene@uol.com.br)

### RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar, por meio da abordagem dialética, o protagonismo exercido pelo Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) na efetivação dos direitos fundamentais à saúde, à moradia e à educação. Desenvolvendo suas atividades nas ruas ou na modalidade associativa, esses trabalhadores enfrentam diversas dificuldades intrínsecas à sua atividade laborativa, as quais se agravam pelo fato de vivenciarem um contexto de repleta negação de direitos. Isso posto, pretende-se discutir a importância dos movimentos sociais para a conquista de direitos, em especial a atuação daqueles classificados como “novos”, na construção teórica de Maria da Glória Gohn (2013), como é o caso do MNCR, seguido pela análise das principais questões relativas aos direitos fundamentais à saúde, à moradia e à educação como objetivos traçados pelo Movimento para representar a categoria profissional. Por último, estuda-se o contexto atual dos catadores de materiais recicláveis por meio dos avanços obtidos na efetivação dos direitos em tela.

**Palavras-chave:** Movimentos sociais. Catadores de materiais recicláveis. Saúde. Educação. Moradia.

### THE POLITICAL AND SOCIAL PROTAGONISM OF THE NATIONAL MOVEMENT OF CATCHERS OF RECYCLABLE MATERIALS IN THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

This article proposes to analyze, through the dialectical approach, the role played by the National Movement of Collectors of Recyclable Materials (MNCR) in the realization of fundamental rights to health, housing and education. By developing their activities in the streets or in the associative mode, these workers face several difficulties intrinsic to their work activity, which are aggravated by the fact of experiencing a context of full denial of rights. In order to do so, it is intended to discuss the importance of social movements for the conquest of rights, especially the performance of those classified as “new”, in the theoretical construction of Maria da Glória Gohn (2013), as is the case of MNCR. Followed by the analysis of the main issues related to the fundamental rights to health, housing and education as objectives drawn by the movement to represent the professional category. Finally, the current context of collectors of recyclable materials is analyzed through the advances obtained in the realization of the rights on canvas.

**Keywords:** Social movements. Collectors of recyclable materials. Health. Education. Housing.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A “nova” face dos movimentos sociais. 3 O histórico de lutas do MNCR no cenário nacional e os direitos fundamentais objetivados. 3.1 Saúde, educação e moradia como objetivos do MNCR e sua atuação. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 24/8/2018  
Aceito em: 23/7/2019

## 1 INTRODUÇÃO

Em 2010, com a promulgação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305), a reciclagem ganhou visibilidade no cenário brasileiro. A partir das diretrizes legislativas, a tendência era de que o trabalho dos catadores de materiais recicláveis, na condição de ramificação do processo de reciclagem e de reaproveitamento de resíduos, passasse a ser valorizado, o que não ocorreu por completo em decorrência dos variados entraves enfrentados na prática por estes trabalhadores, inclusive para a efetivação de seus direitos mais básicos.

Com o crescimento da população, o problema dos resíduos urbanos produzidos pela sociedade tomou grande proporção, o que se transformou em uma situação insustentável tanto para a população quanto para o Estado. Neste contexto, houve a necessidade de investimentos na atividade de reciclagem, o que permitiu o avanço das técnicas empregadas em tal ação e a tornou altamente lucrativa.

Além do trabalho voltado para a conscientização da população acerca da necessidade de efetuar uma coleta seletiva, nota-se que a atividade desenvolvida pelo catador – que culmina, em um segundo momento, na formação de associações de catadores de materiais recicláveis – faz parte de um processo muito maior de busca por alternativas ao desemprego e à lógica de exclusão do capitalismo.

Com base nas proporções alcançadas pela atividade de reciclagem, os próprios reciclagens tomaram a iniciativa da criação de uma entidade, que tivesse como principal função resguardar o trabalho desenvolvido pelo catador por meio da busca pela efetivação junto ao poder público dos direitos daqueles que exercem tal atividade. Houve necessidade de organização e luta social diante das inúmeras lesões a direitos humanos, além do processo de discriminação do qual são vítimas.

Para tanto foi criado o MNCR,<sup>1</sup> que hoje se constitui em um verdadeiro órgão de fomento à atividade de reciclagem, em especial resguardando os direitos dos catadores. O protagonismo assumido desde a sua constituição é fundamental na luta diária enfrentada por estes trabalhadores, pois um de seus principais objetivos é justamente a efetivação de direitos dos seus membros.

Nesse sentido, o movimento busca a concretização de direitos como a moradia, a saúde e a educação dos catadores, os quais estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, como direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Além disso, incentiva-se que os catadores que atuam nas ruas associem-se e, com isso, fujam dos problemas enfrentados pelo exercício do recolhimento nas vias públicas.

Diante deste cenário de lutas, tendo em vista os objetivos almejados pelo MNCR, quais sejam, o direito à moradia, saúde e educação, de que formas as ações do referido coletivo têm contribuído para a sua efetivação?

<sup>1</sup> O Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) é um movimento social que “[...] surgiu em meados de 1999 com o 1º Encontro Nacional de Catadores de Papel, sendo fundado em junho de 2001 no 1º Congresso Nacional dos Catadores(as) de Materiais Recicláveis em Brasília, evento que reuniu mais de 1.700 catadores e catadoras” (MNCR, 2018f, p. 2).

## 2 A “NOVA” FACE DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Com o objetivo de compreender de maneira adequada o surgimento das organizações sociais formadas pelos catadores de materiais recicláveis, a análise do presente tópico iniciar-se-á pela categorização dos “novos” movimentos sociais e, neste ponto, diferenciando-os dos primeiros surgidos no Brasil para chegar, então, à identificação das formas de organização pelas quais os catadores pleiteiam seus direitos perante o Estado.

Ressalta-se que os movimentos sociais estão cada vez mais presentes na sociedade e a sua importância para o fortalecimento de grupos sociais, em especial aqueles que se encontram excluídos, é notável. No atual contexto, entretanto, observam-se algumas características que os diferenciam dos “velhos” movimentos sociais – anteriores à década de 70 – e conferem uma nova roupagem às formas de articulação adotadas por eles em busca da afirmação de suas ações.

No que tange às principais mudanças adotadas pelos denominados “novos” movimentos sociais em relação ao passado, Maria da Glória Gohn (2013, p. 15) destaca que, agora, é preciso classificar o tipo de ação coletiva utilizada para caracterizar uma modalidade de movimento social, pois “[...] estas ações [...] tanto podem ter caráter emancipatório e transformador, como meramente integrativo e conservador” (GOHN, 2013, p. 8).

Este caráter integrativo e conservador mencionado pela autora está bastante presente nos movimentos sociais das décadas de 80 e 90, pois naquela época era comum que sua organização não partisse dos próprios requerentes dos direitos, mas sim de terceiros, como os sindicatos, as ONGs, as Igrejas, etc.

De outra banda, aparece o caráter emancipatório e transformador, o qual predomina nas novas movimentações e tem, por consequência, a elevação dos integrantes das categorias sociais a sujeitos políticos. Isso significa que os atores sociais pertencentes aos grupos que pleiteiam direitos perante o Estado começam a exercer de forma mais explícita – uma vez que adquirem autonomia no sentido de capacidade organizativa própria – sua cidadania na forma coletiva.

Tornam-se, deste modo, sujeitos ativos de seus próprios movimentos de luta sem, por outro lado, precisarem seguir uma pauta de reivindicações predefinida por um grupo alheio aos seus anseios e angústias. Nos “novos” movimentos sociais predomina, então, um “[...] distanciamento do caráter classista que se configurava nos ‘velhos movimentos sociais’ (movimentos sindicais e operários, localizados no mundo do trabalho)” (HERKENHOFF, 2004, p. 16).

Entende-se que o conceito de cidadania possui, basicamente, duas dimensões: a individual – que neste momento não será objeto deste estudo – e a coletiva. À cidadania coletiva podem ser atribuídos dois marcos referenciais, os quais, na visão de Maria da Glória Gohn (2013, p. 195-196), podem ser descritos da seguinte forma:

O primeiro remete às origens clássicas do cidadão da polis grega, pois diz respeito a uma dimensão cívica, em que os cidadãos exercitam virtudes cívicas e têm na comunidade em que vivem a sua referência imediata. Há obrigações e deveres a cumprir. O segundo marco remete à contemporaneidade, ou aos tempos pós-modernos. Ela diz respeito à busca de leis e direitos para categorias sociais até então excluídas da sociedade, principalmente do ponto de vista econômico (lutas pela terra a partir de favelados, por exemplo, categoria social antes considerada como marginal ao sistema econômico, hoje vista como parte

dele, como bolsão da miséria e do subemprego), e do ponto de vista cultural (lutas contra a exclusão social de certas categorias sociais, como as mulheres, as minorias étnicas, etc.). Assim, a cidadania coletiva privilegia a dimensão sociocultural, reivindica direitos sob a forma da concessão de lei; reivindica espaços sociopolíticos sem que para isto tenha de se homogeneizar e perder sua identidade cultural.

Identifica-se este segundo marco referencial da cidadania coletiva, ou seja, a busca por leis e direitos para aqueles grupos sociais que se encontram excluídos da sociedade moderna, como o exemplo do movimento protagonizado pelos catadores de materiais recicláveis. Trata-se de uma categoria de trabalho formada por típicos atores da exclusão social, os quais encontraram na atividade de catação, seja nas ruas ou nas associações e cooperativas, uma alternativa ao desemprego estrutural na busca pela sobrevivência.

Outro ponto eleito pela autora para retratar as novas características assumidas pelos movimentos sociais consiste no fato de que

Naquela época os movimentos lutavam para ter “direito a ter direitos”. Como só podemos falar em direitos se contemplamos o universal, aqueles movimentos não estavam autocentrados, não miravam apenas a si próprios [...] olhavam para o outro, até para poderem construir a própria identidade [...] (GOHN, 2013, p. 17).

Isso se explica pelo fato de os primeiros movimentos sociais terem surgido no Brasil em plena ditadura militar, época em que vigia a repressão social e não se permitia qualquer manifestação contrária ao poderio estatal. Assim, antes de promover alguma reivindicação para o grupo, era preciso conquistar o direito de se opor às determinações dos governantes.

Superada esta etapa de conquista de voz perante o poder público, os “novos” movimentos sociais enfrentam o atual desafio de efetivação dos direitos já assegurados pelo Estado por meio de seus instrumentos legais. Além disso, pleiteiam-se “[...] novas culturas políticas de inclusão, contra a exclusão” (GOHN, 2013, p. 16), com o fim de tornar a sociedade mais igualitária sem, contudo, ultrapassar os limites das diferenças entre os grupos sociais, as quais são responsáveis por preservar suas identidades.

Observa-se, dessa forma, que um movimento social não se resume a uma mera organização de indivíduos integrantes de determinado grupo social, mas vai muito além dessa situação. Um movimento social deve ser organizado para lutar por transformações e, sobretudo, deve conferir autonomia para os seus membros.

Assim, os movimentos sociais se diferenciam das ações cívicas pelo fato de que

eles mobilizam ideias e valores e geram saberes e aprendizado coletivo; enquanto isso, a maioria das chamadas ações cívicas são organizadas de cima para baixo, permanecem autocentradas e autorreferenciadas, limitando-se ao desempenho de uma estratégia de sobrevivência ou uma ação cultural, sem desenvolver, na maioria das vezes, potencial para autonomia ou autodesenvolvimento das ações (GOHN, 2013, p. 41).

A partir destas ressalvas nota-se que “os movimentos sociais, populares ou não, expressaram a construção de um novo paradigma de ação social, fundado no desejo de se ter uma sociedade diferente, sem discriminações, exclusões ou segmentações” (GOHN, 2013, p. 203).

João Baptista Herkenhoff (2004, p. 25) atribui a seguinte função aos “novos” movimentos sociais, em especial àqueles promovidos no cerne da sociedade brasileira:

Os movimentos sociais não se submetem aos padrões do Direito estabelecido. Sobretudo em sociedades, como a brasileira, onde milhões de pessoas estão à margem de qualquer direito, num estado de permanente negação da Cidadania, os movimentos sociais estão sempre a “criar direitos” à face de uma realidade sociopolítica surda aos apelos de direito e dignidade humana.

É, em busca da criação e da efetivação de direitos, que os “novos” movimentos sociais passaram a ser organizados por aqueles excluídos do âmbito normativo. Numa tentativa de se fazerem novamente presentes na sociedade civil, estes indivíduos estão cada vez mais angariando forças e se reunindo em torno de condições dignas de vida, as quais compreendem as esferas do trabalho, educação, saúde, entre outras.

De acordo com Maria da Glória Gohn (2013, p. 31), torna-se possível identificar um movimento social, cujas ações adquirem expressividade perante a comunidade quando ele

[...] não assume ou “veste” uma identidade pré-construída apenas porque tem uma etnia, um gênero ou uma idade. Este ato configura uma política de identidade e não uma identidade política. O reconhecimento da identidade política se faz no processo de luta, perante a sociedade civil e política; não se trata de um reconhecimento outorgado, dando, uma inclusão de cima para baixo. O reconhecimento jurídico, a construção formal de um direito, para que tenha legitimidade, deve ser uma resposta do Estado à demanda organizada.

Luta-se, portanto, por uma afirmação perante o poder estatal a partir de suas próprias bases e características com o objetivo de conferir maior legitimidade ao seu pleito e, por conseguinte, adquirir representatividade.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que

[...] as ações coletivas dos movimentos sociais não criaram valores novos, mas apenas redefiniram os já existentes, a partir do resgate de valores, já seculares como os dos direitos humanos, da cidadania, da liberdade de expressão e da autonomia. Estes valores foram resgatados de ideários de diferentes matrizes epistemológicas, e de visões de mundo até conflitantes no passado, como a autonomia dos anarquistas e a liberdade e a cidadania dos liberais (GOHN, 2013, p. 204).

Com base na conquista de espaço que as ações protagonizadas pelos movimentos sociais obtiveram ao longo da história, o próximo tópico analisará o protagonismo destas organizações no que respeita ao movimento social de maior expressividade na categoria dos catadores de materiais recicláveis, qual seja, o MNCR. Assim, o referido movimento apresenta-se como um exemplo no âmbito nacional destes “novos” movimentos sociais.

### 3 O HISTÓRICO DE LUTAS DO MNCR NO CENÁRIO NACIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS OBJETIVADOS

Ao traçar um paralelo entre as considerações tecidas acerca dos movimentos sociais e a realidade vivenciada pelos catadores de materiais recicláveis, vislumbra-se a importância de uma organização por parte desta categoria em prol da efetivação de seus anseios, haja vista a vulnerabilidade e a ausência de representatividade política que a atuação de maneira isolada encontra.

As próprias peculiaridades da atividade de coleta contribuem para o isolamento do grupo dos catadores, uma vez que ela se originou como

[...] uma atividade complementar, desenvolvida pela população de rua entre as décadas de 1980 e 1990. As características dessa atividade e daqueles que a executam condizem com baixos níveis de escolaridade, alta taxa de rotatividade, segmentarização dos vínculos e precariedade do trabalho (BORTOLI, 2013, p. 249).

Justificam-se as lutas promovidas pelos representantes dos catadores nos movimentos sociais, pois mesmo que o cenário tenha sofrido modificações significativas, em virtude de inúmeras ações coletivas desenvolvidas pelos próprios catadores, do grande valor assumido pelo processo de reciclagem na sociedade e pela disseminação do associativismo, a realidade enfrentada por eles ainda é precária. Estima-se que há, atualmente, no Brasil,

[...] em torno de um milhão de pessoas que sobrevivem com a coleta de materiais recicláveis, seja na catação de rua ou nos lixões. E [...] cerca de 65 mil catadores estão organizados em aproximadamente 600 cooperativas ou associações, constituindo a base do movimento (BENINCÁ, 2012).

Entre as dificuldades enfrentadas pelos “novos” movimentos sociais, Antônio Carlos Wolkmer atribui às consequências da adoção do capitalismo nas sociedades periféricas, como a brasileira, o fato de que o pleito destas organizações recaia, quase que exclusivamente, sobre os direitos mais basilares dos indivíduos. De acordo com o autor,

[...] quando se examinam atentamente as sociedades centralizadoras e dependentes do capitalismo periférico, como a realidade brasileira, sacudida por virulentas desigualdades sociais, exploração econômica e dominação política, percebe-se ampla gama de conflitos coletivos, muitos dos quais originados por reivindicações que refletem, basicamente, carencias materiais e necessidades por direitos essenciais (WOLKMER, 2001, p. 105).

Este contexto decorre do fato de que muitos dos direitos mínimos não são concretizados pelo Estado, fazendo-se necessária a organização dos grupos sociais que não os usufruem para lutar pela sua efetivação. São verdadeiros obstáculos à ampliação da pauta de reivindicações, na medida em que os direitos basilares, previstos no ordenamento jurídico, deveriam ser estendidos a todos e apenas aqueles específicos de cada grupo social serem pleiteados perante o poder público, quando o que se observa é o inverso.

Diante deste cenário de ausência de concretização dos direitos básicos, os catadores de materiais recicláveis começaram a se organizar na década de 80, em âmbito regional, a fim de viabilizar ações coletivas em prol do reconhecimento da categoria. Desta forma, “[...] apesar de se registrar o trabalho dos catadores ou o trabalho dentro e fora dos lixões brasileiros desde o fim do século XIX, somente no fim da década de 80, iniciam-se as articulações para tratar das questões específicas ao segmento” (BENVINDO, 2010, p. 42).

Em 1998 criou-se o Fórum Nacional Lixo e Cidadania, o qual contou com a coordenação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e teve como finalidade a “[...] erradicação do trabalho infantil com o lixo em todo o país, com o lançamento da campanha Criança no Lixo Nunca Mais” (IPEA, 2013, p. 29).

O Fórum teve por enfoque, “[...] além da erradicação do trabalho infantil nos lixões a céu aberto, a capacitação dos catadores para atuarem no gerenciamento dos resíduos sólidos com condições seguras e dignas de trabalho e a garantia de sua inclusão social e cidadania” (IPEA, 2013, p. 29-30).

Atualmente, o Fórum está presente nas esferas nacional, estadual e municipal, nos quais “o objetivo de mudança do olhar da sociedade para com esta categoria [...]” (BENVINDO, 2010, p. 42) é ainda maior, uma vez que eles trabalham com a finalidade “[...] de pautar governo, imprensa e formadores de opinião sobre as especificidades do universo do trabalho dos catadores” (2010, p. 42).

Além do surgimento do referido Fórum, aponta-se que a primeira organização dos catadores em âmbito nacional, o Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR), foi criada em 2001. Hoje, este Movimento “[...] é reconhecido como a maior organização nacional de defesa dos interesses dos catadores do mundo, e ao longo dos anos conseguiu estender suas articulações para outros países” (IPEA, 2013, p. 30).

No que se refere às especificidades do Movimento, bem como a sua pauta de reivindicações perante o poder estatal, Benvindo (2010, p. 43) explicita que:

O MNCR configura-se enquanto um movimento social em defesa dos interesses da categoria dos catadores, tendo como bandeira fundamental o reconhecimento e valorização dos mesmos enquanto trabalhadores. A organização preconiza a integração formal do contingente de catadores nos sistemas públicos de tratamento de resíduos sólidos, bem como a remuneração destes pelo serviço público que prestam, como já acontece em algumas localidades.

A constituição de bases fixas para a construção do movimento foi essencial para a consolidação da categoria dos catadores, sendo notável, no entanto, que a situação dos catadores ainda necessita de muitas lutas em busca da efetivação de mais direitos sociais, o que, de forma coletiva, permitirá a obtenção de resultados mais expressivos para o grupo.

Após o estabelecimento do MNCR, ocorreram outras formas de organização dos catadores, podendo ser citada a título exemplificativo a organização do Festival Lixo e Cidadania, em 2002, realizado na cidade de Belo Horizonte, o qual está atualmente na sua 13ª edição. Segundo o Relatório do Ipea sobre a Situação dos Catadores de Materiais Recicláveis redigido no ano de 2013, o Festival teve grande relevância na disseminação das questões dos catadores das mais variadas regiões do país, uma vez que se tornou um “espaço de encontro e discussão de temáticas importantes para a categoria, além de permitir a celebração e a congregação entre eles, fortalecendo sua identidade nacional” (IPEA, 2013, p. 32).

Para os sujeitos que se encontram excluídos da sociedade e enfrentam entraves na efetivação dos seus direitos fundamentais, é imprescindível a constituição de organizações coletivas para a conquista, ou mesmo efetivação de direitos. Percebeu-se, então, que o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis é essencial para a constante luta desta categoria perante não só o poder público, mas diante de toda a sociedade no sentido de se afirmar como grupo de relevante importância social não só na seara trabalhista, mas também na social, ecológica e humanística.

Em 2001, por ocasião da criação oficial do Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis, a qual foi impulsionada pelo I Congresso Nacional de Catadores realizado na cidade de Brasília, contou com a presença de representantes das diversas regiões do país. Os catadores, naquele momento, almejavam a construção de uma identidade coletiva para o grupo com o objetivo de adquirir maior representatividade de suas demandas sociais, políticas e econômicas perante o poder estatal.

Embora este evento tenha sido um marco da organização política dos catadores em âmbito nacional, o grupo já se organizava em épocas anteriores em busca de conquistas junto ao poder público. Desta forma, percebe-se que

[...] nos anos de 1980 na cidade de São Paulo que se iniciou a mobilização dos catadores, tendo como pontos de partida três marcos: a) a criação da Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Materiais Reaproveitáveis, tendo como objetivo defender e apoiar os interesses dos catadores de papelão e promover sua organização; b) a marcha dos catadores pelas principais ruas daquela cidade, exigindo o direito à circulação dos seus carrinhos no centro da cidade e, c) a formação da primeira cooperativa de reciclagem – Cooperativa dos Catadores Autônomos de Papel, Aparas e Materiais Reaproveitáveis Ltda. (Coopamare) (LIMA, 2018, p. 4-5).

Pelo fato de o MNCR contemplar catadores(as) de todo o país, é possível reunir as forças da categoria numa única organização, as quais antes eram subdivididas em regiões menores. Ao concentrar as propostas em um movimento de grande amplitude e, por ser organizado e administrado pelos próprios destinatários dos direitos, o grupo obteve grande respaldo e legitimidade perante o Estado, permitindo várias conquistas.

Ao longo de sua trajetória de luta, o movimento não ficou restrito às questões referentes aos catadores, haja vista que o início da atividade de catação ocorre com moradores de rua, os quais buscavam, no recolhimento de materiais aptos à reciclagem, uma maneira de sobreviver. É possível observar, mesmo após tantas conquistas e o aumento de cooperativas e de associações de catadores, que ainda hoje muitos que estão nas ruas atuam nesta atividade.

Além da criação oficial do Movimento Nacional, em 2008, o I Congresso Nacional de Catadores, que mobilizou mais de 1.700 catadores(as), foi redigida a Carta de Brasília, documento que contemplava as bases do movimento e expressava “[...] as necessidades do povo que sobrevive da coleta de materiais recicláveis” (MNCR, 2018b).

Menciona-se também o apoio obtido pelos catadores de algumas instituições, tanto para a constituição do movimento nacional quanto para suas conquistas posteriores, tais como: “[...] Instituto Polis, Associação Brasileira de Engenheiros Sanitário (Abes), Cáritas Brasileira, Cempre, Pangea, Aspan [...]” (MNCR, 2012, p. 422). Saliente-se que as mencionadas instituições foram importantes “[...] no sentido de galgar conquistas para a categoria e permitir ações sérias para a proteção do meio ambiente no Brasil” (MNCR, 2012, p. 422).

A Carta de Brasília, por sua vez, apresentava propostas formuladas pelos catadores ao poder Executivo a fim de obter melhorias no exercício da atividade, bem como condições de vida digna, além de dispor acerca da necessidade da destinação de financiamentos e subsídios para a cadeia produtiva da reciclagem, bem como conferir prioridade aos “[...] projetos

apresentados por empresas sociais de Catadores de Materiais Recicláveis, garantindo-lhes acesso e domínio sobre a cadeia da reciclagem, como estratégia de inclusão social e geração de trabalho e renda” (MNCR, 2018b).

Outro ponto relevante da Carta de Brasília diz respeito ao tratamento dispensado à cidadania dos moradores de rua, conforme os seguintes trechos em destaque:

3.1 – Reconhecimento, por parte dos governos, em todos os níveis e instâncias, da existência da População de Rua, incluindo-a no Censo do IBGE e garantindo em lei a criação de políticas específicas de atendimento às pessoas que vivem e trabalham nas ruas, rompendo com todos os tipos de discriminação.

[...]

3.6 – Inclusão dos Moradores de Rua no Plano Nacional de Qualificação Profissional, como um segmento em situação de vulnerabilidade social, garantindo seu encaminhamento a formas de trabalho que geram renda (MNCR, 2018 b).

Reforçou-se, também, a autonomia com a qual estes atores sociais pleiteariam os seus direitos perante o poder público, ao afirmarem que o trabalho dali em diante seria em prol da “[...] erradicação do trabalho infantil e do trabalho nos lixões” e posto “[...] a serviço da preservação ambiental e da construção de uma sociedade mais justa” (MNCR, 2018b).

Ao firmar tais compromissos, o MNCR traçou alguns princípios e objetivos, os quais toparam por base os principais anseios do grupo naquela época e, desta forma, deveriam ser perseguidos pelo movimento ao longo de sua trajetória. Como principais objetivos citam-se os seguintes:

1. A coleta de materiais recicláveis feita por catadores. Pela não privatização do lixo.
2. O pagamento aos catadores pelos serviços de coleta de materiais.
3. O controle dos catadores sobre a cadeia produtiva de materiais recicláveis.
4. A conquista de moradia, saúde, educação, creches para os catadores e suas famílias.
5. O fim dos lixões e sua transformação em aterros sanitários, com o devido deslocamento dos catadores para galpões que garantam a sobrevivência digna de todos (MNCR, 2008, p. 18).

Em relação aos princípios estabelecidos pelo MNCR, pode-se enumerar:

[...] incentivo à autogestão e organização dos catadores; independência de classe em relação aos partidos políticos, governos e empresários; luta pela gestão integrada dos resíduos sólidos, com participação ativa dos catadores; busca de tecnologias viáveis que garantam o controle da cadeia produtiva; apoio mútuo e solidariedade de classes em busca da garantia de acesso a direitos fundamentais; e luta contra a privatização dos serviços públicos de saneamento básico, incluindo os de limpeza urbana (IPEA, 2013, p. 30).

Da mesma forma, foram traçadas algumas bases de luta essenciais ao Movimento e que, em certa medida, foram capazes de abranger os principais problemas vivenciados pelos catadores no momento de sua organização como categoria. Nesse sentido, o Movimento promove projetos educativos, como atividades recreativas, oficinas artesanais, com a finalidade

de resgatar a cultura dos catadores. Outro objeto de trabalho é a formação dos catadores, ou seja, preocupam-se em capacitar de forma adequada os atuantes na atividade de catação (MNCR, 2018c).

Priorizam-se, igualmente, as questões de saúde, educação e moradia – que constituem os principais direitos fundamentais objetivados pelo MNCR, como será trabalhado no tópico seguinte. Dessa forma, há a promoção de programas de acompanhamento comunitário dos trabalhadores em parceria com unidades de saúde pública. Em relação à educação, identificam-se programas de alfabetização popular, além da preocupação com a educação infantil (MNCR, 2018c). E, com relação à moradia, o movimento defende “[...] a prática de ocupação de espaços ociosos para fins de moradia e trabalho, além de desenvolverem mutirões autogestionários para construção de casas que buscam melhorar as condições de habitação das famílias de catadores” (MNCR, 2018c).

Nos anos de 2003 e 2005 os membros do MNCR organizaram dois Congressos Latino-Americanos de Catadores, o primeiro realizado na cidade de Caxias do Sul e o segundo em São Leopoldo, ambas localizadas no Rio Grande do Sul.

O primeiro congresso contou com a presença de 800 catadores(as) oriundos de países como o Brasil, o Uruguai e a Argentina, os quais tinham a finalidade de partilhar experiências e dificuldades enfrentadas pela categoria ao longo dos anos de luta até a composição de um movimento social. Naquela ocasião, redigiu-se a Carta de Caxias do Sul, “[...] responsável por difundir a situação dos catadores da América Latina, visando à unificação da luta entre os países” (MNCR, 2009, p. 10).

Nesta carta constavam alguns compromissos assumidos pela categoria, os quais expressavam a relevância de eventos para discussão de questões atinentes ao grupo, como pode se identificar no trecho em destaque:

O Congresso nos ajudou a entender o que vivemos no dia a dia: fazemos parte de sociedades em que valem mais as mercadorias do que as pessoas e a natureza. Só se dá valor às coisas que se pode vender para aumentar os lucros. Tudo que sobra – até mesmo as pessoas – é jogado fora. Não se presta atenção ao que é tirado da natureza para fazer as coisas que compramos, e menos ainda ao que acontece com a natureza a partir do que se joga fora (MNCR, 2018d).

Já o segundo Congresso, realizado em 2005, teve a presença de 1.050 catadores(as) brasileiros, argentinos, uruguaios, chilenos e colombianos e diversas conquistas pelos trabalhadores foram destacadas, as quais haviam sido objeto da Carta de Caxias do Sul, mas também reafirmaram outras que ainda faziam parte das lutas do grupo, tais como:

1. Reforçar e multiplicar as Associações e as Cooperativas como bases orgânicas do Movimento, aumentando a participação com a prática da democracia direta.

[...]

3. Avançar no processo permanente de formação e capacitação, garantindo maior autonomia nas lutas e maior capacidade para conquistar políticas públicas e novas leis que realizem nossos direitos; e de modo especial, os direitos à Previdência Social pública e os da remuneração pelo trabalho socioambiental realizado pelos catadores/as e suas organizações.

[...]

5. Avançar na conquista de educação de qualidade para os filhos dos catadores/as, de modo especial para que possam ficar em creches e escolas de tempo integral, para que não tenham que andar com os pais no trabalho de coleta e da reciclagem.

[...]

6. Lutar por uma educação socioambiental nas escolas que valorize a reciclagem e fazendo a coleta seletiva com a participação dos Catadores/as (MNCR, 2018e).

A partir dos trechos transcritos, nota-se que os contornos das lutas dos catadores, desde o início de sua organização, direcionam-se à obtenção de maiores instrumentos de participação perante o poder público em busca da efetivação de seus direitos como cidadãos brasileiros, já previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles que ainda prescindem de previsão legal por falta de maior reconhecimento da categoria.

Mediante a criação de um movimento nacional formado por catadores de materiais recicláveis, este grupo social obteve significativas conquistas perante o poder público. Tais conquistas contribuíram para o reconhecimento do catador não só como um sujeito de direitos, mas também como um indivíduo que exerce um trabalho de extrema importância para toda a sociedade, haja vista os problemas ocasionados pela destinação errônea dos rejeitos sólidos. No que se refere a esta valoração dos catadores numa esfera ambientalista, Magalhães (2013, p. 250-251) comenta que

Se, de um lado, a situação que os catadores vivem pode ser lida em termos que dizem respeito à fragilidade e à vulnerabilidade, sob outro ponto de vista observamos também que essas pessoas parecem ser dotadas de um poder muito específico e interessante: o de transformar o lixo em mercadoria. Essa capacidade traz implicações únicas simultaneamente nos planos social, econômico e ambiental, a saber: 1) o lixo/material reciclável a ser transformado em mercadoria cristaliza as relações sociais entre as pessoas e das pessoas com ele próprio; 2) uma vez tirado do seu “destino” de descarte pelo catador, o material tem seu *status* transformado de “lixo” a algo que tem valor econômico; 3) essa reorientação no destino do material promove benefícios ecológicos para a natureza e para a sociedade.

Acerca das conquistas obtidas pelos catadores ao se organizarem em plano nacional, pode-se afirmar que “as primeiras lutas e a relação do MNCR com o Estado deram-se com vistas ao reconhecimento da profissão dos catadores de materiais recicláveis” (SILVEIRA, 2010, p. 85). Nesse sentido, as bases do movimento lutaram perante o poder público a fim de alcançar a inclusão desta atividade laboral na Classificação Brasileira de Ocupação<sup>2</sup> (CBO) elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o que ocorreu no ano de 2002.

Com relação às demais conquistas do movimento, a Cartilha de Formação acerca dos direitos humanos elaborada pelo próprio MNCR faz a seguinte compilação:

<sup>2</sup> Sob o número 5.192-5, o Ministério do Trabalho e Emprego atribui a seguinte descrição à ocupação de catador de material reciclável: os trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável são responsáveis por coletar material reciclável e reaproveitável, vender material coletado, selecionar material coletado, preparar o material para expedição, realizar manutenção do ambiente e equipamentos de trabalho, divulgar o trabalho de reciclagem, administrar o trabalho e trabalhar com segurança (MTE, 2018).

[...]

2. A criação de políticas municipais de coleta seletiva com a inclusão social de catadores;
3. A destinação de imóveis vazios para área de trabalho e moradia de catadores;
4. A criação do Comitê Interministerial de Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Recicláveis (Decreto de 11/09/2003);
5. A alteração da Lei 8.666/83 (Licitações) que dispensa a licitação para as cooperativas e associações de catadores;
6. A aprovação da Lei Nacional de Saneamento 11.445 de 2007, que inicia o tratamento da política de resíduos sólidos (MNCR, 2008, p. 20).

Diante destas conquistas dos catadores como categoria de trabalhadores, vislumbra-se o mérito do movimento, além da importância de se concentrar as forças de um grupo social na busca de benefícios e de direitos perante o Estado numa organização, a qual tem por abrangência todo o país.

Por último, destaca-se que apesar de a realidade social vivenciada pelos catadores ainda ser precária, do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que muitos deles ainda exercem sua atividade nas ruas, ou seja, não se encontram organizados em associações ou cooperativas, a criação do Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis foi um passo significativo na busca pelo reconhecimento da categoria perante a sociedade e o Estado.

### **3.1 Saúde, educação e moradia como objetivos do MNCR e sua atuação**

Como visto, a Carta de Brasília elaborada em 2008 traz um rol de objetivos traçados pelo Movimento Nacional à categoria dos catadores e, entre eles, estão relacionados os direitos fundamentais à saúde, à educação e à moradia. Para ressaltar a importância desta categoria de direitos, faz-se necessária uma sucinta apresentação das principais questões que giram em torno dos direitos destacados, tanto pelas lideranças dos catadores quanto pela própria Constituição Federal de 1988, como essenciais à garantia da sobrevivência digna do indivíduo.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que os referidos direitos encontram-se positivados no Capítulo II da Carta Magna de 1988 – o qual trata de maneira específica sobre os direitos sociais – e compõe, por sua vez, o Título II – que versa sobre os direitos e as garantias fundamentais. Desta forma, o artigo 6º da Carta Magna de 1988 classifica os seguintes direitos como sociais: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Segundo Brauner e Furlan (2013, p. 105), os direitos sociais são aqueles que

[...] nasceram fundamentados nas necessidades sociais que primam pelo estabelecimento de normas assistenciais que garantem prestações sociais estatais de cunho essencial ao indivíduo, como no caso da saúde, da assistência social, da educação, dentre outras de mesmo cunho social, as quais viabilizam a diretriz basilar para existência digna do indivíduo.

É possível afirmar que, ao serem incluídos na seção referente aos direitos fundamentais pelo constituinte de 1988, estes direitos podem ser considerados,

[...] à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm *status* de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana) (MARMELSTEIN, 2009, p. 174).

Sobre o fato de eles se relacionarem ao princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se que – sem adentrar nas questões relativas ao significado da expressão – todos os direitos que compõem o rol do artigo 6º da CF constituem aspectos básicos e essenciais a uma vivência de forma digna para qualquer cidadão.

Para discutir a titularidade dos direitos sociais – analisados como direitos fundamentais objetivados à concretização pela categoria dos catadores de materiais recicláveis – faz-se importante ressalvar que, apesar de o objeto dos direitos fundamentais e, neles abarcados também o dos sociais, serem direcionados a todos os seres humanos, “devemos entender que titulares são todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 85).

Em outras palavras, isso significa afirmar que a titularidade dos direitos refere-se à faculdade de se demandar perante um sujeito passivo, que no caso é o Estado, a efetivação de determinado direito quando este não for previamente concretizado. De acordo com Dimoulis e Martins (2011, p. 85),

A área de regulamentação (objeto) dos referidos direitos sociais diz respeito a todos os seres humanos. A lista inclui necessidades vitais, como a alimentação e a saúde, e outras de menor preêmcia, mas também importantíssimas, como o lazer ou a previdência social. Ora, a titularidade do direito social não é reconhecida a todos, mas tão somente às pessoas que necessitam prestação estatal para satisfazer sua respectiva necessidade.

Desta maneira, os direitos sociais devem – na perspectiva de Telles (1998, p. 38) – ser analisados sob a “[...] ótica dos sujeitos que os pronunciam [...]”, isto é, tais direitos somente atingirão o seu real objetivo, que é sua concretização de forma igualitária perante toda a sociedade, se não forem reduzidos a direitos daquelas parcelas da sociedade que sofrem com as consequências da exclusão e da desigualdade social ou mesmo transformá-lo num direito de pessoas “carentes”, mas sim como direitos universais<sup>3</sup> que são.

<sup>3</sup> “[...] desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e os direitos políticos, no elenco dos direitos humanos: direito ao trabalho, direito ao salário igual por trabalho igual, direito à previdência social em caso de doença, velhice, morte do arrimo de família e desemprego involuntário, direito a uma renda condizente com uma vida digna, direito ao repouso e ao lazer (aí incluindo o direito a férias remuneradas) e o direito à educação. Todos esses são considerados direitos que devem caber a todos os indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo. Com variações, esses direitos foram incorporados, no correr deste século, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, nas constituições da maioria dos países, ao menos do mundo ocidental. No Brasil, essa concepção universalista de direitos sociais foi incorporada muito tarde, apenas em 1988, na nova Constituição, que é uma referência política importante em nossa história recente, que foi celebrada (e hoje é contestada) como referência fundadora de uma modernidade democrática que prometia enterrar de vez 20 anos de governos militares” (TELLES, 1998, p. 36).

A autora explica que as lutas e os conflitos<sup>4</sup> que originaram os direitos sociais,

[...] longe de se reduzirem ao puro confronto de interesses, colocam em pauta o difícil e polêmico problema da igualdade e justiça em uma sociedade dividida internamente e fraturada por suas contradições e antinomias. Por isso mesmo, ao revés de um determinismo econômico e tecnológico hoje em dia mais do que nunca revigorado, será importante reativar o sentido político inscrito nos direitos sociais. Sentido político ancorado na temporalidade própria dos conflitos pelos quais as diferenças de classe, de gênero, etnia, raça ou origem se metamorfosem nas figuras políticas da alteridade – sujeitos que se fazem ver e reconhecer nos direitos reivindicados, se pronunciam sobre o justo e o injusto e, nesses termos, reelaboram suas condições de existência como questões que dizem respeito às regras da vida em sociedade (TELLES, 1998, p. 38).

Nesta perspectiva, a extensão dos direitos sociais para todos os indivíduos envolve questões referentes à justiça e à igualdade, sendo justamente o equilíbrio entre estas dimensões que se persegue com a concretização desta categoria de direitos.

Compreende-se, então, que [...] a história dos direitos sociais ainda está por ser escrita, sobretudo a história da sua extensão a todos os segmentos populacionais, em atenção ao princípio fundamental da igualdade material (LEDUR, 2009, p. 80), tendo em vista que mesmo que os direitos sociais estejam positivados no texto constitucional, eles não possuem a mesma concretude quando analisados sob o ponto de vista dos seus destinatários – aqui incluídos todos os habitantes do território nacional.

Isso significa que, embora haja uma expressa previsão constitucional acerca dos referidos direitos, inclusive dentro da seara destinada aos direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à sobrevivência de qualquer indivíduo, ainda há um longo caminho a ser percorrido em busca da efetivação adequada dos direitos sociais.

A partir destas considerações, denota-se a importância que a atuação dos movimentos sociais, em destaque o MNCR – que trata das situações atinentes aos catadores de materiais recicláveis – tem para a potencialização dos direitos sociais relativos à educação, à saúde e à moradia. É imperioso observar, portanto, que a busca pela efetivação dos direitos sociais deve contar com a atuação dos governantes em conjunto com os representantes dos grupos sociais organizados, de maneira que aqueles que sofrem com a ausência da concretude dos direitos constitucionais levem suas demandas para os que não conhecem de perto tal realidade social.

Essa situação somente é possível em virtude de os direitos sociais contemplarem uma dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva. Por um lado, a dimensão subjetiva dos direitos sociais diz respeito à possibilidade de os aludidos direitos serem exigidos pelos seus titulares – como visto – em razão de seus respectivos destinatários. Existem, contudo, alguns obstáculos neste caminho de busca pela efetivação de direitos, por exemplo: “[...] menor densidade das

<sup>4</sup> [...] direitos sociais (especialmente em se tratando dos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada, etc.) surgiram, embora resultado – como também no caso de boa parte dos direitos civis e políticos – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoal individualmente considerada (SARLET, 2010, p. 215).

normas definidoras de direitos sociais, limites ao controle judicial das políticas públicas, dependência da disponibilidade de recursos, em outras palavras, do impacto da assim chamada reserva do possível" (SARLET, 2010, p. 551).

É também sobre este ponto que emerge a necessidade da atuação dos representantes do movimento constituído pelos catadores em âmbito nacional junto ao poder público, uma vez que os referidos direitos enfrentam barreiras para a sua concretização, tais como a insuficiência de políticas públicas elaboradas pelo Estado.

A segunda dimensão dos direitos sociais, por sua vez,

[...] reflete o estreito laço desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária) (SARLET, 2010, p. 552).

Assim, os direitos sociais devem ser efetivados em harmonia com os demais princípios previstos pela Constituição Federal, a fim de contribuir com o sistema de fins e valores constitucionais.

Com relação ao primeiro dos direitos postos em análise, Sarlet (2010, p. 276) descreve que "[...] a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais". Isto é, para que o direito à saúde atinja certo grau de concretude faz-se necessário, em contrapartida, que sejam assegurados outros direitos igualmente fundamentais.

Neste sentido, destaca-se que

[...] a saúde não importa apenas a ausência de doença ou enfermidade, pois para além da assistência médica, há também de se observar outros elementos essenciais à efetiva proteção e promoção da saúde humana, aspectos esses que abrangem a questão da renda (já que a pobreza é a maior ameaça à saúde), alimentação, habitação, educação, meio ambiente ecologicamente equilibrado, tecnologia, dentre tantos outros, o que por si só já indica uma multiplicidade de fatores envolvidos (MATEUS, 2008, p. 66).

Numa tentativa, portanto, de abarcar todos estes vértices da saúde, o constituinte de 1988 conferiu a este direito o *status* de direito fundamental social, ao incluí-lo no rol do artigo 6º, bem como destinou uma seção específica do texto constitucional para o seu tratamento em particular. Assim, o artigo 196 da Carta Magna dispõe que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

À luz do dispositivo constitucional em análise, infere-se, em primeiro plano, que se trata de um direito destinado a todos em caráter indiscriminado, assim como os demais direitos sociais. Em segundo plano, o correspondente caráter prestacional do direito à saúde por parte do Estado, que também se constitui numa característica desta espécie de direitos.

O segundo direito elencado pelo MNCR, em seu programa de lutas e bases, é a educação, e sobre este direito cumpre ressaltar que foi dado um tratamento de direito fundamental de natureza social, haja vista a impossibilidade de se conceber, na atualidade, alguém que não tenha a oportunidade de acessar tal direito.

Nesse contexto, Gomes (2005, p. 92) descreve que a educação passou a ser regulada pelo Direito, “por ser imprescindível ao desenvolvimento da própria pessoa, ao afetar em vários aspectos sua vida enquanto existência e modo de ser [...]. Em razão da relevância do valor nela presente passou a significar, na esfera jurídica contemporânea, um direito fundamental”.

É sabido, contudo, que apesar das reformas educacionais e sociais, hoje no Brasil ainda há titulares desse direito que não possuem o acesso a ele ou quando possuem ele não é adequado, como é o caso dos catadores de materiais recicláveis, que consiste no grupo de análise do presente trabalho.

São diversas as causas que impedem o efetivo acesso deste direito ao grupo em estudo, por exemplo, o fato de se tratar de uma população adulta com baixo índice de escolaridade – haja vista que muitos sequer possuem o Ensino Fundamental completo. Assim, não basta uma previsão constitucional acerca desse direito se a realidade retrata uma ausência de acesso às classes menos favorecidas ou mesmo esquecidas pelo poder público, sob pena de se tornar uma cláusula vazia.

Nesta perspectiva, o artigo 205 da Carta Magna estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Compreende-se, desta maneira, que a fundamentalidade da educação baseia-se no fato de que uma pessoa sem o acesso à educação tem a sua formação prejudicada, uma vez que não teve contato com os ensinamentos básicos, por exemplo, do que é cidadania e, assim, dificilmente ele exercerá seus direitos de forma plena, a qual é possibilitada com a formação educacional adequada.

Por último, tem-se o direito à moradia, o qual foi reconhecido, de maneira expressa, como direito fundamental social a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, “em que pese a sua fundamentalidade material anteriormente reconhecida implicitamente na dicção de vários dispositivos constitucionais, tais como os artigos 24, inciso IX, 7º, inciso IV, 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 182, §2º, 183 e 191” (NASCIMENTO, 2014, p. 24).

Cabe ressaltar que, ao contrário dos outros dois direitos analisados, o direito à moradia não possui uma previsão específica no âmbito constitucional. Possui, por outro lado, seus aspectos regulamentados tão somente por legislações infraconstitucionais, como o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

Neste ínterim, afirma-se que a abrangência do direito à moradia, mediante o seu caráter de direito fundamental social, não se restringe ao local de habitação do indivíduo, uma vez que engloba, por sua vez, todos os aspectos que influenciam a manutenção deste espaço.

Sobre esta questão, Nascimento (2014, p. 25) assevera que

a moradia não se trata apenas de um espaço físico, sendo imperioso que ela se dê em local com condições dignas, com segurança (sem ameaça de remoção) e cercado de toda a infraestrutura de água, esgoto, transporte, dentre outros. É uma necessidade vital básica, sendo que a sua falta impede o exercício de outros direitos básicos, tais como saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outros.

É, então, a partir deste conceito amplo que delimita o direito à moradia que está assentada a fundamentalidade de tal direito, bem como a importância da sua efetivação perante toda a sociedade. Usufruir, portanto, deste direito é – ao menos – dar condições aos indivíduos de acessarem outros direitos, tendo em vista que assim como o direito à saúde relaciona-se com outros tantos direitos fundamentais, o direito à moradia também necessita da concretização de direitos que o circundam para que possa ser garantida uma vida digna ao indivíduo.

Não restam dúvidas, portanto, acerca da fundamentalidade dos direitos sociais supracitados, haja vista a importância assumida por eles no cenário social e jurídico brasileiro, em especial os grupos sociais mais vulneráveis. Dessa forma, a realidade social brasileira, como a de exclusão enfrentada pelo grupo dos catadores de materiais recicláveis, apresenta um acesso insuficiente ou mesmo nulo dos direitos fundamentais, em virtude dos mais variados obstáculos presentes no percurso em busca de uma adequada efetivação dos direitos fundamentais, o que pode, por vezes, torná-los vazios de significado perante grande parte da sociedade brasileira.

Nota-se, a partir do contexto de lutas protagonizadas pelo Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis que, apesar de todo esse movimento despendido para o resguardo da atividade de reciclagem e dos avanços obtidos perante a legislação brasileira, os catadores ainda enfrentam muitas dificuldades na concretização de seus direitos.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o acesso desta categoria ainda é precário e o que se vislumbra são melhorias pontuais no contexto dos catadores que atuam nas modalidades associativa e cooperativista de trabalho. Numa espécie de “inclusão às avessas”, os catadores vivenciam visitas de agentes de saúde em seus locais de trabalho para a realização de palestras, exames mais simples, ou mesmo a distribuição de materiais de higiene pessoal, o que caracteriza uma tentativa de suprir as deficiências do sistema público e garantir um mínimo de acesso ao direito fundamental à saúde, por exemplo.

Por último, no que respeita à moradia, há ainda maior dificuldade na efetivação de tal direito, visto que são quase inexistentes as ações desta temática em curso. E no que se relaciona à educação, as ações são aparecem com mais frequência, uma vez que muitos trabalhadores que realizam suas atividades de forma organizada possuem acesso à Educação de Jovens e Adultos no próprio ambiente de trabalho após o encerramento do expediente profissional.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo é possível perceber o protagonismo assumido pelo Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis, cujas lutas concentram-se em proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais deste grupo social.

Nota-se a importância da organização da categoria dentro do rol dos “novos” movimentos sociais para as conquistas jurídicas e sociais dos grupos que representam. Nesse sentido, a formação, bem como os projetos e as lutas do movimento específico dos catadores de materiais recicláveis foram trazidos à baila para apresentar os direitos à saúde, à educação e à moradia, como direitos sociais fundamentais e cuja efetivação constitui um dos objetivos do movimento.

Observou-se que as ações concretas direcionadas à efetivação daqueles direitos fundamentais ainda são insipientes no contexto dos catadores de materiais recicláveis. Requer-se, portanto, um esforço mais efetivo da categoria profissional como um todo para que haja mais protagonismo nas pautas legislativas referentes a tais temáticas, sendo necessária uma capacitação adequada dos catadores profissionais, a fim de tomarem maior conhecimento acerca das políticas públicas direcionadas a sua categoria, além de maiores buscas por instituições parceiras com o objetivo de reduzir a precariedade com a qual estes sujeitos convivem, tanto no âmbito profissional quanto na vida privada.

## 5 REFERÊNCIAS

- BENINCÁ, Dirceu. Movimento dos Catadores de Materiais Recicláveis luta pela não incineração do “lixo” e da cidadania. *Revista Missões*, São Paulo, 9 jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistamissoes.org.br/noticias/ler/id/5430>. Acesso em: 11 maio 2018.
- BENVINDO, Aldo Zaiden. *A nomeação no processo de construção do catador como ator econômico e social*. 2010. 96f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Centro de Estudos e Pós-Graduação sobre as Américas, Brasília, 2010.
- BORTOLI, Mari Aparecida. Processos de organização de catadores de materiais recicláveis: lutas e conformações. *Revista Katál*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 248-257, jul./dez. 2013.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm). Acesso em: 9 abr. 2018.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e um novo modelo biomédico. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana.; PIERRE, Philippe (org.). *Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional*. Rio Grande: Furg, 2013. p. 103-132.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOHN, Maria da Glória. *História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros*. 8. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 51, p. 53-101, abr./jun. 2005.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Os que sobrevivem do lixo. *Desafios do desenvolvimento*, ano 10, ed. 77, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2941:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2941:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 4 ago. 2015.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LIMA, Cristiano de França. *Catadores de material reciclável em movimento: trajetória de uma identidade coletiva*. Disponível em: [http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/cristiano\\_franca\\_lima.pdf](http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/cristiano_franca_lima.pdf). Acesso em: 22 maio 2018.
- MAGALHÃES, Beatriz Judice. Catadores de materiais recicláveis, consumo e valoração social. *Revista UFMG*, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 246-265, jan./jul. 2013.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MATEUS, Cibelle Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *História do MNCR*. Disponível em: [http://www.mncr.org.br/box\\_1/sua-historia](http://www.mncr.org.br/box_1/sua-historia). Acesso em: 20 maio 2018a.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. CONGRESSO LATINO AMERICANO DE CATA-DORES(AS), 2. Disponível em: [http://www.mncr.org.br/box\\_1/principios-e-objetivos/ii-congresso-latino-americano-de-catadores-as](http://www.mncr.org.br/box_1/principios-e-objetivos/ii-congresso-latino-americano-de-catadores-as). Acesso em: 17 maio 2018e.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Caminhar e resistir...*: cartilha de formação. 2009. Disponível em: <http://www.mncr.org.br>. Acesso em: 17 maio 2018.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Carta de Brasília*. Disponível em: [http://www.mncr.org.br/box\\_1/principios-e-objetivos/carta-de-brasilia](http://www.mncr.org.br/box_1/principios-e-objetivos/carta-de-brasilia). Acesso em: 17 maio 2018b.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Carta de Caxias do Sul*. Disponível em: [http://www.mncr.org.br/box\\_1/principios-e-objetivos/carta-de-caxias-do-sul](http://www.mncr.org.br/box_1/principios-e-objetivos/carta-de-caxias-do-sul). Acesso em: 17 maio 2018d.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. Direitos fundamentais em espécie. In: MNCR; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Os direitos humanos e os catadores de materiais recicláveis*: cartilha de formação 2008. Disponível em: [www.mncr.org.br/](http://www.mncr.org.br/). Acesso em: 19 maio 2018.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Programa de luta e organização nas bases do Movimento*. Disponível em: [http://www.mncr.org.br/box\\_1/programa-de-luta/programa-de-luta-e-organizacao-nas-bases-do-movimento](http://www.mncr.org.br/box_1/programa-de-luta/programa-de-luta-e-organizacao-nas-bases-do-movimento). Acesso em: 17 maio 2018c.
- MNCR. Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis. *Situação social das catadoras e dos catadores de material reciclável e reutilizável* – Brasil. 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/situacao\\_social/131219\\_relatorio\\_situacaosocial\\_mat\\_reciclavle\\_brasil.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/situacao_social/131219_relatorio_situacaosocial_mat_reciclavle_brasil.pdf). Acesso em: 11 maio 2018.
- MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Classificação brasileira de ocupações*. Disponível em: <http://www.mte-cbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- NASCIMENTO, Bruno Pereira. *Defensoria pública e regularização fundiária urbana de interesse social*: novos rumos à efetivação do direito fundamental social à moradia. 2014. 90f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVEIRA, Maria Aparecida da. *O Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis*: um movimento em construção 1999-2009. 2010. 144f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? *Revista USP*, São Paulo, n. 37, p. 34-45, mar./maio 1998.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

## *The Law of Peoples*

### A Utopia Realista Rawlsiana e a Ideia de Justiça Social entre os Povos

Anna Paula Bagetti Zeifert

Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos e do curso de Graduação em Direito da Unijuí. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Globalização e Equidade (CNPq). Coordenadora do projeto de pesquisa “Justiça Social: os desafios das políticas sociais na realização das necessidades humanas fundamentais”. annazeifert@yahoo.com.br

#### RESUMO

No presente artigo analisamos como o projeto de justiça social rawlsiano, pensado inicialmente para as sociedades nacionais, foi estendido para a Sociedade dos Povos na obra *The Law of Peoples*. Examinamos como John Rawls resgata e apresenta seus elementos essenciais na proposta de justiça entre os povos, e sua preocupação em garantir estabilidade e o mínimo de justiça social no interior das sociedades que integram a Sociedade dos Povos. Ponderamos como seus objetivos se encontram interligados tanto na proposta de justiça política para o interior dos Estados quanto na relação entre Estados, garantindo a legitimidade das sociedades a partir de uma estrutura básica e de instituições justas. Nesse contexto, nosso objetivo é demonstrar que, ao pensar esse processo paralelo de justiça (nacional e internacional) e projetar uma segunda posição original, guiando para seus elementos essenciais com vistas à promoção da justiça social entre os povos, Rawls também apresenta os limites da sua *realistic utopia* e os caminhos para a reconciliação do indivíduo com o mundo social ao qual pertence. O estudo foi desenvolvido com base no método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando uma base teórica presente na filosofia política contemporânea.

**Palavras-chave:** Justiça Social. Estabilidade. Sociedade dos povos.

#### THE LAW OF PEOPLES RAWLSIAN REALISTIC UTOPIA AND THE IDEA OF SOCIAL JUSTICE AMONG PEOPLES

#### ABSTRACT

In this paper we analyze how the Rawlsian social justice project, originally intended for national societies, was extended to the Peoples' Society in *The Law of Peoples*. We examine how John Rawls rescues and presents its essential elements in the proposal of justice among peoples, their concern to guarantee stability and the minimum of social justice within the societies that comprise the Society of Peoples. We consider how their objectives are interconnected both in the proposal of political justice for the interior of the States and in the relation between States, guaranteeing the legitimacy of societies from a basic structure and just institutions. In this context, our goal is to demonstrate that by thinking about this parallel process of justice (national and international), and projecting a second, original position, guide to its essential elements for the promotion of social justice among peoples, Rawls also presented the limits of its *realistic utopia* and the ways to the reconciliation of the individual with the social world to which he belongs. The study was developed based on the hypothetical-deductive approach method, using a theoretical basis present in contemporary political philosophy.

**Keywords:** Social justice. Stability. Society of peoples.

#### SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 O protagonismo dos povos democráticos, liberais e decentes na Sociedade dos Povos. 3 A posição original em dois níveis: pensando os elementos essenciais para uma concepção política de justiça na esfera internacional. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 22/11/2018  
Aceito em: 23/7/2019

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A noção de sociedade justa, que tem como objetivo a estabilidade das relações sociais e das suas instituições, necessariamente está pautada pela convivência pacífica das mais diversas doutrinas morais abrangentes. O fato de o pluralismo razoável ser parte da história dessas sociedades, favorece a sua organização e a afirmação das condições de igualdade e liberdade entre os cidadãos. Não seria diferente se pensássemos essa sociedade na esfera internacional; a sociedade dos povos razoáveis, também inseridos em um contexto de muitas doutrinas morais em virtude de culturas, crenças, pensamentos e tradições das mais variadas. “Esse fato do pluralismo razoável limita o que é possível praticamente aqui e agora [e sua existência] não deve ser motivo de arrependimento [visto que ele] permite uma sociedade de maior justiça política e liberdade.” Para o autor americano, é essa forma de argumentação que permitiria uma *reconciliação*<sup>1</sup> com a condição política e social contemporânea (RAWLS, 2001, p. 25).

É nessa perspectiva que o Rawls verifica a viabilidade da sua *realistic utopia*<sup>2</sup> para o âmbito internacional e, também, o seu limite, sempre considerando a *reconciliação* do indivíduo com o mundo social ao qual pertence.<sup>3</sup> Essas são algumas das pretensões do autor ao apresentar as condições de “possibilidade de uma democracia constitucional razoavelmente justa no contexto de uma sociedade dos povos bem ordenada” (CABRITA, 2012, p. 78).

O autor americano retoma as considerações feitas para as sociedades no âmbito interno, de maneira a verificar se tais condições poderiam ter validade em uma “sociedade dos povos razoavelmente justos e decentes, que honrassem o Direito dos Povos” (CABRITA, 2012, p. 78-79). Caso essas condições se confirmem, a Sociedade dos Povos também poderia ser pensada como uma *utopia realizável*.

Para tanto, Rawls (2001) elenca algumas condições para que uma utopia realista possa existir:

i) para que uma concepção liberal seja realista são necessárias duas condições: que a estabilidade seja garantida por meio das leis e “que os seus princípios e preceitos sejam funcionais e aplicáveis a arranjos políticos e sociais em andamento”; nesse caso o autor está a se referir aos bens primários elencados na justiça como equidade (RAWLS, 2001, p. 18);

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Cabrita (2012, p. 78) no artigo “Os desígnios da democracia global internacional na utopia realista rawlsiana”.

<sup>2</sup> Para Oliveira (2003, p. 42), a proposta rawlsiana de uma *realistic utopia* é um resgate dos “[...] ideais da paz perpétua adovogada por Saint-Pierre, Rousseau e Kant no século XVIII [...]” enquanto alternativa concreta a uma *pax americana* que, assim como a *pax Roman* há dois milênios, carece de fundamentos normativos pela própria imposição de interesses econômicos particulares. Rawls é implacável nas suas críticas à política externa americana, desde o uso de bombas atômicas contra a população civil de Hiroshima e Nagasaki até a intervenção desastrosa contra regimes democráticos [...] por interesses econômicos e idólicos de ‘segurança nacional’.”

<sup>3</sup> Para Rawls (2001, p. 12), “A ideia básica é seguir o exemplo de Kant tal como esboçado por ele na *Paz perpétua*”; Para compreender a diferença entre a posição rawlsiana e a posição kantiana, é interessante ver a seguinte passagem da obra de Oliveira (1998, p. 122): “Enquanto o construtivismo moral de Kant reivindica pretensões de validez como uma ‘doutrina abrangente’ (‘comprehensive moral view’), o construtivismo político de Rawls apenas representa um modelo teórico capaz de estabelecer um consenso mínimo necessário para que diferentes doutrinas morais, filosóficas e religiosas possam coexistir numa sociedade democrático-liberal, numa concepção razoável de pluralismo.”

- ii) uma concepção política de justiça será utópica quando usar de princípios,<sup>4</sup> ideias e conceitos que especifiquem as condições para uma sociedade ser justa e razoável. Tais princípios irão colaborar para a estabilidade da sociedade, garantindo termos equitativos de cooperação entre os cidadãos, satisfazendo os critérios de reciprocidade. São esses princípios, também, no todo ou em parte, que fazem parte de um rol de direitos liberais que deverão pautar os rumos de uma sociedade que se pretenda liberal;iii) é fundamental que uma concepção política de justiça contenha todos os elementos essenciais para sua formatação, e jamais seja conduzida por concepções morais abrangentes e sim por ideias políticas;
- iv) em razão do fato do pluralismo, as instituições sociais e políticas, em uma sociedade democrática constitucional, devem conduzir seus cidadãos (desde o nascimento) a seguir um sentido político de justiça e agir conforme suas diretrizes, o que garantiria estabilidade às relações sociais;<sup>5</sup>
- v) toda a unidade social está construída a partir de uma concepção política de justiça endossada por um *overlapping consensus* entre doutrinas morais abrangentes;
- vi) a necessidade de tolerância, tendo em vista que é sabido que no interior de uma sociedade nem todos os cidadãos seguem uma mesma concepção do bem. Essa noção de tolerância emerge da própria concepção política de justiça ou das doutrinas morais razoáveis que compõem a sociedade, o que evidencia “a razoabilidade da tolerância pela razão pública” (RAWLS, 2001, p. 22).

Estabelecidas as condições de existência de uma *realistic utopia* em uma sociedade razoavelmente justa, cabe verificar como estas condições apresentam-se na Sociedade dos Povos.

Na primeira condição, entende o autor que uma Sociedade dos Povos, dita justa e bem ordenada, é realista da mesma forma que uma sociedade liberal ou decente. É necessário organizar a Sociedade dos Povos, visando a promover a cooperação, a liberdade e a igualdade de todos os povos.

Na segunda condição, Rawls (2001) descreve que um Direito dos Povos, justo e razoável, é utópico, posto que utiliza várias ideias, princípios e conceitos (morais) políticos para especificar os arranjos políticos e sociais razoavelmente certos e justos para a Sociedade dos Povos. Já a terceira condição diz respeito à necessidade de que os elementos essenciais de uma concepção política de justiça sejam pertencentes ao campo do político; no caso do Direito dos Povos, que essa concepção esteja presente como forma de garantir a estabilidade das relações entre os povos. Essas relações deveriam estar sempre pautadas por uma concepção política liberal de justiça, capaz de sustentar uma democracia constitucional.

<sup>4</sup> Conforme Rawls (2001), há um conjunto de princípios ligados à concepção liberal razoável de justiça. Podemos dividi-los em três grupos distintos: o *primeiro* trata dos direitos e liberdades básicas numa democracia constitucional; o *segundo* leva em conta a necessidade de considerar prioritários os direitos de liberdades e oportunidades; e o *terceiro* e último, garante que todos os cidadãos tenham acesso aos bens primários necessários para que exerçam de forma plena suas liberdades.

<sup>5</sup> Entende Rawls (2001, p. 20-21) que “na medida em que as concepções liberais exigem a conduta virtuosa dos cidadãos, as virtudes (políticas) necessárias são as de cooperação política, tais como um senso de imparcialidade e tolerância, e disposição para soluções de compromisso com os outros. A estrutura das instituições políticas permanece justa e estável (pelos razões certas) ao longo do tempo.”

O *reasonable pluralism*, quarta condição para a estabilidade da sociedade dos povos, “é mais evidente em uma sociedade de povos bem ordenados do que em apenas uma sociedade.” Deve haver, no entanto, entre os membros de uma sociedade, senso suficiente de justiça e, da mesma forma, apoio a um governo que honre o Direito dos Povos. Tais constatações nos encaminham para as duas últimas condições: a quinta condição, que entende que “a unidade de uma Sociedade dos Povos razoáveis não exige unidade religiosa”, ou seja, na razão pública, na Sociedade dos Povos, assim como numa sociedade democrática, os seus conteúdos são orientadores dos princípios de justiça; e, por fim, a sexta e última condição, quando “o argumento a favor da tolerância, derivado da ideia do razoável, é igualmente válido na sociedade dos Povos [...]”, em razão de que tal sociedade é ainda mais complexa pelo número de doutrinas morais abrangentes que se encontram em evidência, o que “torna inevitável que daí advenha a tolerância, se os povos-membros [da Sociedade dos Povos] empregam a razão pública nos tratos mútuos”<sup>6</sup> (RAWLS, 2001, p. 24-25).

Assim sendo, nossa intenção é rever os argumentos rawlsianos para a construção de sua *realistic utopia* na obra *The Law of Peoples* (1999), o caminho percorrido pelo autor ao tentar explicitar a sua teoria da justiça para a esfera internacional, bem como a sua teoria ideal de justiça política e social. Mais especificamente, compreender como Rawls, considerando a realidade das sociedades, tanto na esfera nacional quanto na internacional, busca colaborar para a construção de uma sociedade mais justa, democrática, igualitária e liberal.

## 2 O PROTAGONISMO DOS POVOS DEMOCRÁTICOS, LIBERAIS E DECENTES NA SOCIEDADE DOS POVOS

Segundo Rawls (2001), é necessário que os povos aprendam “a coordenar as ações dos seus governos em formas mais amplas de cooperação política, econômica e social”, de maneira a possibilitar a existência de uma sociedade razoavelmente justa de povos bem ordenados capaz de influenciar uma teoria política internacional de direitos e promoção da paz.<sup>7</sup>

A teoria contratualista rawlsiana, inicialmente elaborada para o âmbito interno das sociedades liberais democráticas, apresenta-se, em *The Law of Peoples*, como uma proposta semelhante de justiça liberal igualitária, porém mais global, desenvolvida para uma concepção política de direito e de justiça específica para a sociedade internacional. A partir dela, o autor analisa a viabilidade ou não de realização da sua “utopia realista”, que também se apresenta como um projeto de justiça social “[...] que combina o direito político e a justiça para todos os povos liberais e decentes em uma Sociedade dos Povos.” Não podemos esquecer que Rawls, ao longo da sua obra, irá testar a viabilidade da sua teoria para sociedades que se encontram

<sup>6</sup> Em Rawls (2001, p. 25) “a ideia de razão pública para a Sociedade dos Povos é análoga à ideia de razão pública no caso interno.”

<sup>7</sup> Rawls (2001, p. 29-30) comenta, na sua obra, sobre alguns males do passado e do presente que poderiam, de certa forma, influenciar um pensamento negativo sobre a sua proposta de uma utopia realista e sua possível concretização. Entre esses acontecimentos históricos que marcaram profundamente a sociedade internacional, está o Holocausto. No entender do autor, porém, “não devemos permitir que esses grandes males do passado e do presente solapem a nossa esperança no futuro da nossa sociedade, pertencente a uma Sociedade de Povos Liberais e decentes ao redor do mundo. Antes, devemos sustentar e fortalecer a nossa esperança, desenvolvendo uma concepção razoável e funcional de direito político e justiça que se aplique às relações entre os povos.”

em situações desfavoráveis, tanto sob o ponto de vista econômico quanto da paz. Um dos elementos inseridos pelo autor está representado pelo princípio oitavo do Direito dos Povos, denominado *dever de assistência* (RAWLS, 2001, p. 7).

Nesse contexto, sua proposta tem como principais objetivos: a) analisar “como cidadãos e povos razoáveis podem viver pacificamente num mundo justo”; b) assim como, desenvolver “os ideais e princípios da política exterior de um povo razoavelmente justo, mediante uma concepção razoável e funcional de direito político e de justiça que se aplique às relações entre os povos”; c) levar “a concepção política liberal de regime democrático constitucional a um segundo nível” (pacto entre os representantes de povos liberais); e, por fim, d) estabelecer, por meio de uma associação de povos bem-ordenados (liberais e decentes), a “cooperação política, econômica e social, regulada por organizações tais como as Nações Unidas” (RAWLS, p. 2001, p. XII-XIII).

Em *The Law of Peoples*, Rawls pretende apresentar como seria possível uma Sociedade mundial dos povos liberais, impulsionado pela ideia de uma justiça política discutida inicialmente em *A Theory of Justice* (1999) e em *Political Liberalism* (1993). Ele evidencia que uma sociedade política somente será efetivamente democrática quando conseguir estabelecer quais são suas prioridades e como irá chegar até elas. Para o autor americano, é por meio da sua razão (razão pública) que uma sociedade acessa tais questões, por isso a importância de um consenso em torno daquilo que é fundamental para os cidadãos.

Nesse sentido, a utopia realista rawlsiana expõe saídas para algumas questões, tais como a guerra injusta, a opressão, a perseguição religiosa, a negação da liberdade de consciência, a fome, a pobreza, o genocídio, o assassinato em massa, entre outras. Para o autor, esses problemas seriam superados por meio de *políticas sociais justas e instituições básicas justas*,<sup>8</sup> visando a atingir uma sociedade razoável e decente, porventura liberal. Assim, “o objetivo central de *The Law of Peoples* seria plenamente alcançado quando todas as sociedades tivessem conseguido estabelecer um regime liberal ou decente, por mais improvável que isso possa ser” (RAWLS, 2001, p. 6).

Supõe como forma de argumento, “que se crescemos sob uma estrutura justa, afirmaremos essas instituições quando envelhecermos e elas persistirão ao longo do tempo”. Desse modo, “o respeito à liberdade religiosa e à liberdade de consciência, à liberdade política, às liberdades constitucionais e à igual justiça para as mulheres são aspectos fundamentais de política social judiciosa” que, segundo Rawls (2001, p. 7-8), representariam pontos favoráveis para uma utopia realista.

Nesse contexto, Rawls (2001) elenca cinco tipos de sociedades nacionais que compõem a Sociedade dos Povos: 1 – Povos liberais razoáveis; 2 – Povos decentes ou povos hierárquicos decentes; 3 – Estados fora da lei; 4 – Sociedades sob o ônus de condições desfavoráveis; 5 – Absolutismos benevolentes. É desde a concepção de tais sociedades que Rawls passará a dis-

<sup>8</sup> Destacamos esta frase para afirmar que, mais uma vez, o ideal igualitário está presente em Rawls. Em *The Law of Peoples*, a estrutura básica das sociedades nacionais será novamente retomada como um elemento fundamental, aliado à ideia de justiça social por meio de políticas sociais. A necessidade de que as instituições sejam justas liga-se à proposta de sociedade de bem-ordenada e cooperativa, conforme Rawls já havia determinado no seu projeto para as sociedades nacionais.

cutir a questão da tolerância, dos direitos humanos, da guerra justa e de justiça social a partir do dever de assistência, esse último objeto específico do presente estudo, mas sem negar a sua relação profunda com os demais temas abordados.

Rawls fixa como atores da sua proposta para a Sociedade dos Povos, os povos e não os Estados.<sup>9</sup> O protagonismo dos povos (liberais, democráticos e decentes) se assemelha muito a sua proposta para as sociedades nacionais; nesse caso, porém, os cidadãos são peça-chave para o desenvolvimento e efetivação de uma sociedade política justa e bem-ordenada.<sup>10</sup> No caso da Sociedade dos Povos, o autor americano descreve os povos como responsáveis e não os Estados,<sup>11</sup> cabendo a eles promover a justiça e o reconhecimento igual aos demais povos (RAWLS, 2001).

Algumas características, segundo o autor, estão presentes quando se está a tratar de povos liberais. A *primeira* delas diz respeito à organização do seu poder por meio de um governo constitucional justo e razoável, sempre respeitando os direitos fundamentais de cada um dos seus membros.<sup>12</sup> A *segunda* característica é a união entre cidadãos, o que influencia a cooperação e o respeito mútuo.<sup>13</sup> A *terceira* e última característica é a “natureza moral”<sup>14</sup>, ou seja, todas as ações são motivadas por uma concepção política de justiça e de direito. Para o autor, é fundamental compreender como essa natureza moral irá se efetivar e passar de geração em geração.

Os povos liberais, contudo têm realmente os seus interesses fundamentais, permitidos pelas suas concepções de direito e de justiça. Buscam proteger o seu território, garantir a segurança dos seus cidadãos, preservar suas instituições políticas livres e as liberdades e a cultura livre da sua sociedade civil. Além desses interesses, um povo liberal tenta assegurar justiça razoável para todos os seus cidadãos e para todos os povos; um povo liberal pode viver com outros povos de caráter semelhante sustentando a justiça e preservando a paz. Qualquer esperança que tenhamos de chegar a uma utopia realista baseia-se em haver regimes constitucionais liberais (e decentes) razoáveis suficientemente instalados e eficazes para resultar em uma Sociedade dos Povos viável (RAWLS, 2001, p. 38).

<sup>9</sup> Entende Cabrita (2012, p. 83) que “[...] os povos justos estão preparados para garantir o mesmo respeito e reconhecer os outros como seus iguais no seio da sociedade internacional.”

<sup>10</sup> A relevância de escolher povos e não Estado para serem protagonistas da sociedade na esfera internacional se deve ao fato de que ambos se caracterizam por serem motivados por questões morais que poderiam colaborar para as relações com vistas à cooperação (PETTIT, 2007).

<sup>11</sup> “Os Estados são atores em muitas teorias de política internacional a respeito das causas da guerra e da preservação da paz. Muitas vezes são vistos como racionais, ansiosamente preocupados com seu poder [...] Se a *racionalidade* exclui o *razoável* [...] se a preocupação de um Estado com o poder é predominante [...] então a diferença entre Estados e povo é enorme. Interesses como esses tendem a colocar um Estado em confronto com outros” (RAWLS, 2001, p. 36-37, grifo do autor).

<sup>12</sup> Nesse caso, comprehende Rawls (2001, p. 31) que “[...] o governo está eficazmente sob o controle político e eleitoral, que responde pelos seus interesses fundamentais e que os protege como especificado em uma constituição escrita ou não escrita.”

<sup>13</sup> Para Rawls (2001, p. 32), “as conquistas históricas e a imigração causaram a mistura de grupos com culturas e memórias históricas diferentes, que agora residem no território da maioria dos governos democráticos contemporâneos. [...] o Direito dos Povos parte da necessidade de afinidades comuns, não importa qual a sua fonte.”

<sup>14</sup> Entende o autor americano que, assim “como cidadãos razoáveis na sociedade nacional oferecem-se para cooperar em termos imparciais com outros cidadãos, os povos liberais (ou decentes) (razoáveis) oferecem termos de cooperação justos a outros povos” (RAWLS, 2001, p. 33).

Identificamos em Rawls uma certa tendência à “democracia global”, que, no entender de Cabrita (2012, p. 84-85), teria por base a proposta de uma “paz democrática” e de “direitos humanos”. A primeira questão, relativa à “paz democrática”, estaria presente quando o autor analisa a questão dos conflitos bélicos e a necessidade de paz entre as nações, que somente seria garantida pela paz e pela estabilidade interna das sociedades, o que resultaria em uma paz e uma estabilidade estendida à sociedade internacional. A segunda questão, que envolve os direitos humanos, se traduz pela sua proposta de uma “confederação de povos, com um papel similar ao das Nações Unidas, e que exerce uma espécie de vigília sobre o mundo”, alertando a sociedade internacional sobre possíveis violações da dignidade humana por regimes opressores e suas instituições injustas.

Rawls (2001, p. 46) entende ser necessária a adoção de certos princípios de igualdade entre os povos, que abrirão espaço para “várias formas de associações e federações cooperativas” entre eles, mas não afirmarão um Estado mundial.” Defende que é preciso estabelecer uma segunda posição original, no entanto observa que a primeira posição original e a segunda posição, proposta para a sociedade dos povos, não seriam análogas.

### **3 A POSIÇÃO ORIGINAL EM DOIS NÍVEIS: Pensando os Elementos Essenciais para uma Concepção Política de Justiça na Esfera Internacional**

A ideia de uma posição original (primeiro nível) é apresentada por Rawls, primeiramente, em *A Theory of Justice*, quando propõe a construção de uma sociedade justa e equânime. Estabelece que a mesma surja a partir de um acordo entre cidadãos livres e iguais,<sup>15</sup> que, na posição original – condição de possibilidade para a escolha dos princípios, sob um véu da ignorância – irão estabelecer princípios para a convivência de todos os cidadãos e que, da mesma forma, serão orientadores das instituições políticas, sociais e econômicas em um Estado Democrático. Esse consenso em torno de uma concepção política de justiça na esfera estatal é ponto de discussão também na obra *Political Liberalism*, momento em que o autor reafirma a sua concepção política de justiça e busca uma harmonia entre o conjunto de doutrinas morais abrangentes que compõe as sociedades nacionais (RAWLS, 1993, p. 53).

Na segunda posição original (segundo nível), desenvolvida a partir da obra *The Law of Peoples*, os representantes racionais dos povos liberais pretendem estender uma concepção liberal ao Direito dos Povos, assim como fez o autor na primeira posição, sempre tendo presente que se está a tratar de um modelo de representação que modela o que se considera “[...] como condições justas sob as quais as partes, desta vez os representantes racionais de povos liberais, devem especificar o Direito dos Povos, guiados pelas razões adequadas” (RAWLS, p. 2001, p. 42). O objetivo principal é uma concepção política de justiça que garanta valores políticos, superando outros valores que, consequentemente, não entrariam na pauta de discussão para a construção de uma sociedade mais justa na esfera internacional.

<sup>15</sup> Expõe o autor que devem ser considerados cidadãos livres e iguais aqueles que possuem “[...] as faculdades de personalidade moral, quais sejam, a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem” (RAWLS, 1993, p. 78).

A primeira posição original, no entanto, terá um papel importante para o Direito dos Povos. A partir dela, o direito e a justiça para as sociedades nacionais serão organizados com a elaboração dos princípios de justiça pelas partes representantes dos cidadãos. Os princípios limitam o poder dos Estados nacionais ao servirem de base para a construção de normas jurídicas que fundamentam o Estado Democrático de Direito em sociedades liberais.

Rawls busca romper, a partir da sua proposta de um Direito dos Povos, com a lógica de poder soberano ilimitado que, muitas vezes, serviu e serve de meio para a opressão no interior das sociedades nacionais. Sua intenção é de que os governos tenham seus poderes limitados de maneira a preservar os interesses dos indivíduos, tanto no âmbito nacional (PO1) quanto internacional (PO2).<sup>16</sup>

Nesse sentido, há uma relação entre ambas as posições (PO1 e PO2), assim como possíveis diferenças podem ser observadas. A PO1 servirá de guia para a PO2. Os princípios escondidos na PO1 representam interesses fundamentais das sociedades democráticas nacionais e fundamentam a escolha dos princípios para a Sociedade dos Povos na PO2. As diferenças entre ambas, conforme Rawls (2001), não estariam no modo como elas são usadas enquanto modelos de representação, mas na forma como cada uma se ajustará em razão dos agentes envolvidos e das questões relevantes para cada nível.

Consoante Rawls (2001, p. 43), na segunda posição original, a realizar-se no plano internacional, os representantes dos povos devem ser, obrigatoriamente, “(1) razoável e justamente situados como livres e iguais; [os] povos são (2) modelados como racionais [de maneira] (3) a [deliberar] a respeito do tema correto, neste caso o conteúdo do Direito dos Povos.” Há, para tanto, uma espécie de Direito que estaria governando as estruturas básicas que compõem a relação entre os povos. “Além disso, (4) as suas deliberações prosseguem em termos das razões certas (como restritas por um véu de ignorância)”; nesse caso, o rol de princípios é escolhido a partir dos “(5) interesses fundamentais de um povo, dados, nesse caso, por uma concepção liberal de justiça (já selecionada na primeira posição original).”

Explicita o autor americano que “[...] o Direito dos Povos é desenvolvido dentro do liberalismo político, sendo o mesmo uma [...] extensão de uma concepção liberal de justiça de um regime nacional para uma Sociedade dos Povos.” Nesse viés, Rawls propõe os seguintes princípios como fundamentais em uma sociedade dos Povos: 1. Os povos são livres e independentes, e sua liberdade e independência devem ser respeitadas por outros povos; 2. Os povos devem observar tratados e compromissos; 3. Os povos são iguais e são partes em acordos que os obrigam; 4. Os povos sujeitam-se ao dever de não intervenção; 5. Os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar a guerra por outras razões que não a autodefesa; 6. Os povos devem honrar os direitos humanos; 7. Os povos devem observar certas restrições especificadas na conduta da guerra; 8. Os povos têm o *dever de assistir* a outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente (RAWLS, 2001, p. 47-48).

<sup>16</sup> Optamos por abreviar as expressões primeira posição original (PO1) e segunda posição original (PO2).

Rawls (2001, p. 48) reconhece que tais princípios não estariam fechando a presente relação; outros poderiam ser acrescentados ampliando ainda mais o rol existente, assim como alguns seriam desnecessários em uma sociedade de povos bem-ordenados.<sup>17</sup> Esse é o caso dos princípios sexto e sétimo que tratam, respectivamente, do respeito aos direitos humanos e sobre a conduta de guerra.

Dentre os princípios, aquele que apresenta maior fragilidade, na concepção do autor, seria o princípio quarto. “Embora adequado a uma sociedade de povos bem-ordenados, fracassa no caso de uma sociedade de povos desordenados, na qual as guerras e violações sérias dos direitos humanos são endêmicas.” Ainda é possível citar o princípio primeiro – direito à independência e autodeterminação –, que também se tornaria frágil diante de condutas graves contra um povo, o que possibilitaria a sua violação como forma de restabelecer a ordem.

Por fim, o princípio oitavo, que se refere ao dever de assistência devida às sociedades em condições desfavoráveis, que rende muitas críticas relativas a sua extensão e possível cumprimento.<sup>18</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, a proposta rawlsiana de uma Lei dos Povos, que tem por base uma concepção política liberal de direito e de justiça, foi por alguns autores denominada de etnocêntrica e essencialmente ocidental, um “imperialismo cultural” e, até mesmo, “perigosamente universalista”. As críticas, na maioria das vezes, partiram de autores com tendência cosmopolita, como C. R. Beitz (1999) e T. W. Pogge (1994, 2007).<sup>19</sup>

Para Audard (2006, p. 36, grifo do autor), no entanto, que sai em defesa da proposta rawlsiana de justiça para a Sociedade dos Povos, o autor delimita o alcance da sua teoria, ao contrário do que os críticos pensavam. Compreende a autora que em *The Law of Peoples*, “[...] Rawls está preocupado principalmente com a justiça *entre* sociedades, não com a justiça *dentro* de sociedades, embora, para muitas pessoas, as duas estejam profundamente conectadas.”

Entendemos, porém, e essa é uma visão construída a partir do presente estudo, que há uma relação intrínseca entre ambas as propostas de justiça, tanto para as sociedades nacionais quanto para as sociedades no âmbito internacional, e essa conexão é possível de ser percebida, principalmente, quando o autor trata do *dever de assistência*.

Acreditamos, também, que a ideia de reciprocidade, autodeterminação e respeito, presentes como elementos fundamentais para uma Sociedade dos Povos, garante, desde o princípio, uma saída para o autor com relação à acusação que lhe é imposta de promoção de uma espécie de “imperialismo cultural”. Parece-nos muito mais evidente que desde o princípio está clara a preocupação e o empenho de Rawls na construção de um projeto de justiça social que garantirá a paz e a estabilidade requerida para uma Sociedade dos Povos.

<sup>17</sup> Cabe destacar aqui que o princípio que se refere à assistência somente veio a ser inserido na última versão de *The Law of Peoples* (1999).

<sup>18</sup> Rawls (2001, p. 52) afirma “que os oito princípios do Direito dos Povos são superiores a quaisquer outros. De maneira muito semelhante a como examinamos os princípios distributivos na justiça como equidade, começamos com a diretriz básica da igualdade – no caso da justiça como equidade, a igualdade de bens primários sociais e econômicos; neste caso, a igualdade de todos os povos e os seus iguais direitos.”

<sup>19</sup> Para uma maior compreensão da teoria dos autores, consultar obras indicadas na bibliografia ao final do presente estudo.

## 5 REFERÊNCIAS

- AUDARD, Catherine. *Cidadania e democracia deliberativa*. Tradução Walter Valdevino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- BEITZ, C. R. Liberalismo Internacional e Justiça Distributiva. In: *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, n. 47, p. 27-58, 1999.
- CABRITA, M. J. Os desígnios da democracia global internacional na utopia realista rawlsiana. In: COSTA, Marta Nunes da (org.). *Democracia hoje*. Famalicão, Portugal: Húmus; CEH-UM, 2012.
- KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- RAWLS, J. *O Direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RAWLS, J. *The Law of Peoples*; With the idea of Public Reason Revised. Second printing. Harvard: Harvard University Press, 2000.
- RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, J. *O liberalismo político*. Edição ampliada. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, J. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- OLIVEIRA, N. de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- OLIVEIRA, N. de. Kant, Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça. In: FELIPE, S. T. (org.). *Justiça como equidade: fundamentações e interlocuções polêmicas* (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.
- PETTIT, P. Rawls's Peoples. In: MARTIN, R.; REIDY, D. *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?* Oxford: Blackwell Publishing, 2007.
- POGGE, T. W. Uma proposta de reforma: um dividendo global de recursos. In: *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, n. 34, p. 135-161, 1994.
- POGGE, T. W. Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais. In: *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 4, n. 6, p. 142-166, 2007.

## A Criminalização e a Marginalização dos Movimentos Sociais no Brasil O Caso do Coletivo Feminista Pagu

**Thiago Henrique Costa Silva**

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Agronegócio pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Público pela Uni-Anhanguera-Goiás. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Perito criminal da Superintendência de Polícia Técnico-Científica do Estado de Goiás. Professor de Direito Constitucional e pesquisador do Centro Universitário Alves Faria (Unialfa) e do Centro Universitário Alfredo Nasser (Unifan). thiagocostasilva.jur@gmail.com

**Maria Clara Capel de Ataídes**

Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Integrante da Rede de Pesquisa em Performances Culturais – Fapeg. Advogada. mariaclaracapel@gmail.com

### RESUMO

Este trabalho tem como objetivo debater o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, os movimentos sociais constituem instrumentos de resistência e reivindicação, quando enfrentam pautas que a sociedade civil ou outras entidades não teriam meios ou vontade política de abordar. Suas ações se constituem, a partir de seu diálogo com o Estado, em uma forma de ativismo público, e por isso legítima dentro do ordenamento jurídico vigente. O que pode ser depreendido da realidade brasileira, entretanto, é uma criminalização dessas formas de manifestação, de maneira a silenciar e tornar impossível a formulação desses ideais, que, na maioria dos casos, almejam mudanças e avanços políticos e jurídicos. Por fim, de forma a demonstrar a atuação do Estado em relação aos movimentos sociais, por meio do método dedutivo, em abordagem qualitativa, analisa-se o caso do coletivo feminista Pagu e a tentativa de imputar a prática de vilipêndio a objetos religiosos, no Estado de Goiás, um exemplo da pauta antidemocrática, conservadora e hegemônica em que a sociedade e as formas políticas brasileira estão envolvidas.

**Palavras-chave:** Criminalização. Controle social penal. Movimento social. Ativismo público.

**THE CRIMINALIZATION AND THE MARGINALIZATION OF SOCIAL MOVEMENTS IN BRAZIL:  
THE CASE OF THE PAGU FEMINIST COLLECTIVE**

### ABSTRACT

This paper aims to discuss that, in a democratic State of law, social movements are instruments of resistance and demand, when they face guidelines that civil society or other entities would not have the means or political will to address. Their actions constitute, through their dialogue with the State, in a form of public activism, and therefore legitimate within the current legal order. However, what can be deduced from the Brazilian reality is a criminalization of these forms of manifestation, in order to silence and render impossible the formulation of these ideals, which, in most cases, seek changes and political and legal advances. Finally, in order to demonstrate the State's action in relation to social movements, by means of the deductive method, in qualitative approach, the case of the feminist collective Pagu is analyzed and the attempt to impute the practice of vilification to religious objects in the Goiás state, an example of the antidemocratic, conservative pattern and hegemony in which Brazilian society and political forms are involved.

**Keywords:** Criminalization. Criminal social control. Social movement. Public activism.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Movimentos sociais, democracia e ativismo público. 3 A criminalização dos movimentos sociais: faces de um Estado autoritário. 3.1 O Movimento social como inimigo do Estado. 3.2 O Estado da não democracia e do não direito: caminhos para um Estado de exceção. 3.3 O controle social como ferramenta criminológica hegemônica. 4 O silêncio dos contrários: a tentativa de calar os movimentos sociais. 4.1 O feminismo do Coletivo Pagu e o conservadorismo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é debater acerca dos instrumentos estatais que permitem a compreensão dos movimentos sociais como inimigos do Estado, fundamento do discurso da necessidade de um controle social cada vez mais rígido. A criminalização dos movimentos sociais e de suas práticas passa a ser regra em um Estado de exceção, como forma de manutenção de uma ordem vigente e hegemônica. Por outro lado, pretende-se evidenciar como os movimentos sociais conseguiram evoluir e se enquadrar em contextos históricos distintos, por meio de estratégias de reivindicação de direitos, tornando-se essenciais ao exercício democrático em qualquer sociedade.

A partir dos referenciais teóricos-metodológicos da criminologia crítica, o trabalho observará o método dedutivo, ancorado metodologicamente por uma pesquisa bibliográfica e documental, que permitirão uma análise questionadora da realidade a partir de um estudo de caso: o do coletivo feminista Pagu.

Primeiramente, buscar-se-á delinear a importância dos movimentos sociais para a construção de um Estado democrático de direito. Os movimentos sociais, como configurações que se inserem na estrutura jurídica-política vigente, atuam a partir de um ativismo público, ou seja, dão voz à determinada parte da sociedade por meio de ações legítimas, coordenadas e com finalidades específicas, expressando uma forma de resistência e reivindicação de direitos que não costumam ser efetivados ou, até mesmo, que dependem de uma mudança de postura legislativa e estatal.

A atuação dos movimentos sociais será analisada conforme uma perspectiva diferente da que os caracteriza como antidemocráticos, badernas coletivas ou ilegais. Ao contrário, com a perspectiva do ativismo público, esses movimentos poderão ser visualizados como um grupo de sujeitos que tornam as lutas visíveis, provocam mudanças e fazem girar a roda democrática.

Em sequência, a criminalização dos movimentos sociais e os aparatos estatais que justificam essa conduta serão abordados. Serão apresentados os conceitos de direito penal do inimigo e de estado de exceção, com o objetivo de correlacionar essas teorias ao que ocorre na prática brasileira. Ao tentar coibir a prática dos movimentos sociais e de seus atos, criminalizando suas condutas, o poder público retira direitos fundamentais dos indivíduos, como o de se manifestar livremente e exercer sua cidadania, e os trata como verdadeiros inimigos, que devem ser combatidos e expurgados do convívio social. Em decorrência desse discurso, o movimento antidemocrático, ocasionado por essa penalização de sujeitos, suprime direitos e garantias fundamentais, tornando regra um estado de exceção no qual tudo é possível para combater o “mal” que assola a sociedade.

Em seguida, salienta-se o controle social, sobretudo penal, exercido pelo Estado, desde a formulação das leis e a escolha dos temas objetos de criminalização até as decisões judiciais que acabam por sufocar os movimentos sociais. A escolha ideológica estatal, amparada pelo poder de convencimento da mídia, constrói uma imagem distorcida dessas forças sociais, afastando-as de sua realidade e de seus objetivos essenciais. Assim, as bandeiras e ideais dessas resistências são escondidas pela “fama” de desordeiros, criminosos e perturbadores da ordem social.

Por último, a pretensão será a de demonstrar como os conceitos levantados anteriormente são relevantes para compreender a realidade brasileira, que a cada dia caminha para o silenciamento de mais movimentos sociais, objetivando torná-los incapazes de mobilizar a

sociedade e provocar mudanças políticas e jurídicas. O poder, que emana do povo, está nos votos, no plebiscito e nos referendos, e também na discussão diária das políticas públicas, nas manifestações e movimentos sociais, na contraposição de ideias, na fiscalização e na possibilidade de denúncia dos erros por parte de todos os integrantes da sociedade.

Nessa perspectiva, será analisado o caso do movimento feminista do Estado de Goiás (o coletivo Pagu e a tentativa de criminalização de seus atos em meados de 2016). O coletivo Pagu, movimento estudantil que levanta bandeiras feministas, teve suas representantes investigadas pela polícia civil a partir de denúncia do diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. A situação demonstrou a dificuldade de parte da academia, a qual deveria se constituir em um espaço aberto às mais diferentes discussões e pontos de vistas, para enxergar o movimento social como espaço de discussão da realidade (im)posta.

Sendo assim, o artigo pretende colocar em evidência a necessidade latente de que as instituições e legislações brasileiras contemplem instrumentos de participação coletiva, em que os movimentos sociais se inserem como uma forma plural e conectada à realidade de discussão, resolução e gestão de conflitos.

## 2 MOVIMENTOS SOCIAIS, DEMOCRACIA E ATIVISMO PÚBLICO

Os movimentos sociais representam estruturas jurídicas constituídas pela própria sociedade e suas ações. Quando um grupo de sujeitos é afastado de direitos essenciais, que integram aquilo que possui de mais importante, sua dignidade e sua liberdade em se constituir com plenitude na sociedade como sujeitos de direitos, ocorrem agrupamentos. Os mesmos se dão a partir de afinidades, que formam coletivos de ideias e reivindicações, que, em sua resistência, buscam a formação de novos direitos.

Flórez Flórez (2009) indica que esses movimentos constituem atores privilegiados para provocar difíceis transformações, que não seriam tão factíveis a partir de outras organizações, como partidos políticos e instituições de ações sociais. São eles que enfrentam temas como: o esgotamento do sistema econômico, as questões ambientais, a reforma agrária, os direitos das minorias, dentre tantos outros.

É bem verdade que os movimentos sociais, no sentido de questionar modelos postos e oferecer alternativas, existem há bastante tempo. Por volta das décadas de 60 e 70, encontraram maiores resistências em virtude da guerra ideológica entre socialismo e capitalismo, e foram, muitas vezes, caracterizados, por isso, como subversivos, revolucionários e perigosos. Em meados dos anos 80, contudo, o Estado democrático de direito cedia espaço às diferentes manifestações de pensamento, reconhecendo os movimentos sociais como legítimos e fundamentais à democracia.

Ao surgir do próprio Estado e de suas fragilidades, os movimentos sociais complementam a democracia, retirando do poder público a exclusividade de criar uma ordem jurídica. Por meio de um pluralismo de modos de enfrentar a realidade, eles corroboram para a construção de uma justiça democrática e participativa, que consegue dar voz aos mais distintos interesses que compõem dada sociedade (WOLKMER, 2015).

O direito não é formado a partir da academia, mas sim das margens e dos conflitos sociais. As constituições surgem desse rompante de ideias de determinados grupos ou, quando democrática, de variados grupos. Dessa forma, “toda a sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder” (WOLKMER, 2011).

Nota-se que não se fala aqui em subversão de uma ordem democrática ou social, mas que os movimentos sociais configuram um exercício de liberdade e de participação social. Orientam-se, assim, de forma organizada e inserida dentro de uma estrutura política, com ações visíveis, periódicas e não violentas, por meio de estratégias de enfrentamento contra-hegemônico. É o que Carter (2010) procura demonstrar, conceituando esse tipo de atividade como formas de ativismos públicos, que seriam:

As ações promovidas pelo ativismo popular voltam-se a: (1) atrair a atenção pública; (2) influenciar as políticas do Estado por meio de pressão, do lobby e das negociações; e (3) configurar as ideias, os valores e as ações da sociedade em geral. Normalmente, as mobilizações desse tipo empregam uma série de repertórios modernos de ação coletiva, como demonstrações, marchas, petições, reuniões de discussão, greves de fome, acampamentos de protesto e campanhas eleitorais, além de atos de desobediência civil, como piquetes, bloqueios de estradas e ocupações organizadas de terra e de prédios públicos. Diferentemente de outras abordagens ao conflito social, a orientação não violenta do ativismo público faz com que ele seja compatível com a sociedade civil e proporcione um instrumento democrático legítimo para fomentar a mudança social (p. 203).

O autor elenca dois requisitos básicos para que o ativismo ocorra: as oportunidades políticas, caracterizadas pelas possibilidades oferecidas pelas organizações de poder, que podem favorecer ou impossibilitar o exercício dos movimentos sociais; e os recursos mobilizadores, consubstanciados por uma rede de recursos humanos, materiais e imateriais. Essa formatação, que deve ser garantida por qualquer Estado democrático, possibilita que os movimentos sociais se unam a grupos da sociedade civil e a grupos políticos, no intuito de pressionar e exigir uma nova postura do Estado.

Ainda, Carter (2010) salienta a importância do equilíbrio desses fatores, pois o objetivo central de um ativismo público é possibilitar a participação política ativa de diferentes segmentos da sociedade. Dessa forma, se os recursos mobilizadores são baixos e as oportunidades políticas elevadas, ter-se-á uma “confrontação desordeira”, uma espécie de “revolta dispersada”. Já se o inverso ocorre, e os recursos mobilizadores são altos, em detrimento de uma baixa oportunidade política, pode surgir uma “luta agressiva e armada”. Por fim, se ambos os fatores são insuficientes, dar-se-á lugar aos “pedidos suplicantes” e resistências cotidianas e enfraquecidas.

Basta observar que a Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, conceitua o Estado brasileiro como democrático de direito, para concluir que o Brasil optou por estabelecer um complexo de normas e princípios para garantir o exercício democrático. Para isso, o constituinte estabeleceu o voto secreto, direto e universal, a possibilidade de referendo e plebiscito, o pluralismo partidário e, até mesmo, a possibilidade de *impeachment*.

Esses elementos, em conjunto com a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e as diversas formas de controle, a exemplo dos exercidos pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, devem permitir um Estado livre e participativo.

Ora, quando a CF/88, em seu artigo 5º, prevê os direitos e garantias fundamentais e destaca a liberdade entre eles, pode ser feito um paralelo com o texto de Carter (2010), e não restam dúvidas quanto à possibilidade de exercício de um ativismo público por parte dos movimentos sociais, que nada mais seriam que um instrumento para o exercício da democracia.

Bobbio (1987) afirmou, contudo, que, mesmo nas sociedades consideradas mais avançadas, apesar de assegurados o voto universal e a existência de partidos políticos e da mobilização política, a democracia não conseguiu oferecer itens como a participação efetiva e um controle dos governados em relação aos governantes. Por isso, de um lado estaria a “apatia política” ou ausência de participação e, de outro, a “participação distorcida”, baseada na manipulação das massas por quem detém o poder ideológico.

De modo a manter essa falsa democracia participativa, o Estado acaba por rechaçar os movimentos sociais, a começar pelos mais atuantes e que geram uma expectativa de mudança maior, posto que questionam elementos consolidados, a exemplo dos movimentos que lutam pela reforma agrária ou por uma sociedade que consolide a equidade entre as mulheres e os homens. Os governos, sob o argumento de manter uma pretensa ordem vigente, utilizam-se da criminalização e da judicialização dos atos e sufocam o verdadeiro ativismo público.

A partir dessas formulações, é necessário investigar a forma com a qual o Estado brasileiro se comporta em relação aos movimentos sociais, quais instrumentos são utilizados para estabelecer essa relação e quais as consequências dessas escolhas políticas.

### **3 A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: FACES DE UM ESTADO AUTORITÁRIO**

Poulantzas (2000), em sua obra “O Estado, o poder e o socialismo”, publicada originalmente em 1978, descreve uma forma de relação poder-saber como modo de dominação hegemônica por parte do Estado, que impõe à sociedade, sobretudo às massas populares que ocupam a base da pirâmide produtiva, um modelo controlável e repetível.

... essa relação poder-saber se traduz por técnicas particulares de exercício do poder, por dispositivos precisos, inscritos na trama do Estado, de distanciamento permanente das massas populares dos centros de decisão: por uma série de rituais, de formas de discurso, de modos estruturais de tematização, de formulação e tratamento dos problemas pelos aparelhos de Estado de maneira tal (monopolização do saber) que as massas populares (nesse sentido trabalho manual) ficam de fato à parte disso (POULANTZAS, 2000, p. 58).

O grande pensador, assim, afirma a reprodução da dominação de classes, que, com o auxílio estatal, consegue manter um consenso ideológico das classes políticas dominantes. Isso ocorre por meio dos aparelhos do Estado (políticos ou midiáticos) ou por intermédio da violência, até mesmo física, às classes dominadas. Estas, por sua vez, organizam-se em torno de uma desconfiança em relação aos aparelhos ideológicos (POULANTZAS, 2000).

Nesse contexto, o Estado apropria-se do discurso de transformação social, resistência e lutas por direitos dos movimentos sociais, e o transforma em uma lógica de baderna, formação de organizações criminosas e perturbação da ordem pública. Ao agir dessa forma, imputa a esses sujeitos uma violência que não é somente física, mas simbólica, e constrói um arca-bouço de normas e instituições capazes de manter uma pretensa ordem.

De modo a tornar crível o exercício dessa violência, o discurso de lei e ordem, baseado na proteção da propriedade e dos bons costumes, é institucionalizado. Isso ocorre com o aval de parte da sociedade, que acredita estar sendo protegida, quando, na verdade, é tolhida em seu direito genuíno de reivindicar e cobrar do poder público aquilo que lhe é de direito (POULANTZAS, 1977).

Essa violência legitimada é a verdadeira face do autoritarismo estatal ante a democracia no Brasil. Nesse sentido, “o autoritarismo, quer dizer, o novo discurso da lei e da ordem, da segurança dos cidadãos, das necessárias restrições aos abusos das liberdades democráticas [é reeditado com ares de democrático]” (POULANTZAS, 1983, p. 78).

Ao longo deste tópico, portanto, o anseio será o de demonstrar teorias que têm como objeto a relação entre os movimentos sociais e os aparelhos estatais, bem como a violência que ocorre nesse espaço. Será realizada, então, uma leitura, a partir dessas teorias, da realidade brasileira.

### 3.1 O Movimento social como inimigo do Estado

Desenvolvido por Gunther Jakobs, o direito penal do inimigo é baseado na teoria jurídico-penal da prevenção geral positiva como legitimadora da pena criminal, que consistiria na estabilização das expectativas normativas explicitada por Luhman (SANTOS, 2008).

Segundo Jakobs, o Estado pode proceder de duas formas com aqueles que fogem às normas: pode tratá-los como pessoas que cometeram um erro – continua sendo um cidadão – ou como indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação – esse seria designado como inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

A pena para o cidadão seria uma reação a determinado fato, de modo a afirmar a validade da norma e reprimir o fato passado, ou seja, o crime que a contradiz. Por outro lado, a pena para o inimigo seria uma medida de força, que configuraria uma custódia de segurança, uma espécie de obstáculo que se antecipa ao fato futuro do crime, prevenindo sua contrariedade (SANTOS, 2008).

Com base nessa divisão, os cidadãos seriam autores de crimes normais, que não contrariariam as expectativas normativas de determinada sociedade. Continuariam, portanto, possuidores de direito. Os inimigos, enquanto isso, seriam autores de crimes de alta traição, configurados por uma insubordinação jurídica intensa e capazes de produzir um estado de guerra. Por isso, perderiam a qualidade de pessoas de direito (SANTOS, 2008).

É possível depreender, portanto, que o autor propõe a separação da sociedade em dois grupos para a aplicação do direito penal, de modo que, para os inimigos, direitos e garantias inerentes a quaisquer pessoas não seriam necessariamente aplicáveis.

Além de um óbvio desrespeito aos direitos humanos e do mínimo de dignidade que se deve delegar às pessoas, esse processo de escolha também é questionável no sentido de que, afinal, quem seriam os inimigos? Estupradores, homicidas, traficantes, ímparos administrativos, terroristas? Com toda certeza essa delimitação guardaria enorme subjetivismo e forçaria escolhas ideológicas daqueles que fossem operar o sistema criminal.

Basta compreender os ideais de um Estado democrático de Direito e o complexo sistema de garantias processuais e penais para saber que seria impossível, do ponto de vista formal, adotar o modelo proposto por Jakobs. Contrariando essa premissa, em relação aos movimentos sociais:

o que se observa, portanto é que a violência policial desmedida não é a única arma usada pelo Estado no enfrentamento das manifestações populares, qualificadas como um “inimigo” pelos poderes instituídos, a partir dos rótulos de “baderna” e “vandalismo”. Promove-se a demonização dos movimentos populares e, a pretexto de combatê-los, o Estado tem se valido de medidas fortemente autoritárias, totalmente impróprias em um Estado Democrático de Direito (BARROS; ANDRADE, 2014, p. 3).

Dessa maneira, o que vem se concretizando é uma verdadeira configuração dos integrantes dos movimentos sociais como inimigos do Estado, o que legitima os mais amplos abusos, como a ampliação dos fatos típicos para abarcar suas condutas, ou mesmo a atuação policial, seja ela civil ou militar, de forma diferenciada e direcionada à criminalização desses sujeitos. As palavras da Via Campesina, em uma cartilha produzida durante o Fórum Social Mundial em 2010, denominada “a ofensiva da direita para a criminalização dos movimentos sociais”, trazem que:

o objetivo da criminalização é criar as condições legais e, se possível, legítimas perante a sociedade para: a) impedir que a classe trabalhadora tenha conquistas econômicas e políticas; b) restringir, diminuir ou dificultar o acesso às políticas públicas; c) isolar e desmoralizar os movimentos sociais junto à sociedade; d) e, por fim, criar as condições legais para a repressão física aos movimentos sociais (VIA CAMPESINA BRASIL, 2010, p. 6).

Essa tentativa de criminalização ficará ainda mais clara nos próximos tópicos, que demonstram como o Estado tende a retirar direitos dos integrantes de diversos movimentos sociais, tornando suas lutas invisíveis ou ilegítimas perante a sociedade.

### **3.2. O Estado da não democracia e do não direito: caminhos para um Estado de exceção**

Agamben conceitua o Estado de exceção como verdadeiro, oposto ao Estado Democrático de Direito, de modo que esse tipo de conformação deveria estar condicionado às situações de urgência ou emergência nacional em que, de forma temporária, os direitos e garantias fundamentais poderiam ser suspensos, contudo o “espaço juridicamente vazio do estado de exceção [...] irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível” (AGAMBEN, 2004, p. 44).

Dessa forma, o Estado de exceção poderia ser visualizado como uma tática de suspensão de direitos de pessoas ou grupos que representem algum tipo de perigo ao Estado, possibilitando, assim, a eliminação de adversários do sistema (BARROS; ANDRADE, 2014).

Sob o pretexto de proteção da ordem vigente e da paz social, os Estados vêm, a cada dia, adotando a exceção como regra, abolindo gradualmente os direitos e liberdades individuais. O crescente autoritarismo estatal é a forma de exercício político e de administração que confronta diariamente qualquer chance real de democracia e de participação, integração de toda a sociedade nas escolhas e efetivação de políticas públicas diversas, haja vista que qualquer pensamento que não o hegemônico, ou de quem não detém o poder, passa a ser marginalizado e expurgado do restante da sociedade.

O governo brasileiro vem adotando, cada vez mais, uma política de exceção em relação aos movimentos sociais, como bem-assevera Souza (2015, p. 185):

Invariavelmente, a resposta estatal aos legítimos levantes populares fazia recorrer ao uso do aparato policial como forma de contenção da “besta feroz” e ao Direito Penal como estratégia de criminalizar as rebeldias em ebulição. Longe de dialogar ou atender às demandas da sociedade civil, o Estado entoa como mantra a resposta única, qual seja, a criminalização dos movimentos sociais.

Um exemplo dessa intenção estatal é a aprovação às pressas do projeto de Lei 499/2013, que culminou na chamada Lei Antiterrorismo. Em meio às pressões populares, a referida lei visava a enquadrar várias manifestações populares no rol de crimes, demonstrando claramente o seu ideal antidemocrático, uma verdadeira forma de usar os mecanismos estatais contra as garantias dos cidadãos.

A aprovação do projeto foi alvo de intensa crítica por parte de alguns juristas que defendem que os atos de violência porventura praticados por manifestantes poderiam ser perfeitamente enquadrados em outros dispositivos já existentes na lei penal, como é o caso do crime de dano, homicídio ou sequestro. A lei, portanto colocaria em risco o estado de direito, abrindo espaço para a criminalização política (BARROS; ANDRADE, 2014, p. 20).

Ao suprimir direitos, criminalizar condutas e subverter os argumentos de manifestações democráticas legítimas, o Estado caminha para o autoritarismo antidemocrático, que legitima a violência física e jurídica contra aqueles que se posicionam, de alguma forma, questionando a ordem vigente.

### 3.3 O controle social como ferramenta criminológica hegemônica

Após descrever o direito penal do inimigo de Jakobs e o estado de exceção de Agamben, o objetivo desse tópico será o de demonstrar as estratégias do Estado brasileiro para criminalizar os movimentos sociais, seus integrantes e suas ações.

É fato que uma das funções do Estado é exercer o controle social das inúmeras atividades inerentes aos vários grupos da sociedade. A forma como esse controle ocorre, entretanto, deve sermeticulosamente pensada. Quando se fala de movimentos sociais, a falta de compreensão do poder público em relação ao ativismo público e a sua importância para a democracia, leva o Estado a distorcer as medidas de adequação de seus mecanismos.

Segundo Shecaira (2011, p. 60), o controle social pode ser delimitado como:

o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. Para alcançar tais meras as organizações sociais lançam mão de dois sistemas articulados entre si. De um lado tem-se o controle social informal,

que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clube de serviço, etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os conseqüentes de tais agências, como controle legal, penal, etc.

O controle social pode ocorrer de maneira formal, realizado pelo Estado e por suas instituições, ou informal, praticado por diversos grupos geradores de qualquer influência no ser humano, e que não integram o Estado, tais como igrejas, escolas e famílias. Quanto ao modo de ação, pode ser preventivo, antes da prática de determinada conduta, ou repressivo, depois do exercício dessa conduta (CARDOSO, 2012).

Sob o ponto de vista informal, é fácil depreender que todos os movimentos sociais, de forma direta ou não, sofrem interferências nos âmbitos familiares, educacionais e religiosos, seja por imposição de suas crenças e dogmas ou por simples interações com determinadas características. É no controle formal, no entanto, que reside a estratégia estatal de interferência nos mecanismos de atuação dos movimentos sociais.

Isso ocorre desde o processo legislativo e a formulação das leis penais, que devem garantir os direitos fundamentais, até a atividade combativa das polícias judiciais e militares, que possuem o papel de retirar do convívio normal da sociedade aqueles que não correspondam às expectativas. No controle formal também atua o Ministério Público, que, como promotor da ação penal, transpõe a causa para o Judiciário, e este, por fim, deve promover a justiça (CARDOSO, 2012).

É possível observar que a crítica não está no controle social realizado, mas, sim, na forma com que é refletida uma escolha política, de caráter hegemônico e de demonstração de poder, direcionada para uma finalidade: a criminalização dos movimentos sociais. Esse discurso criminalizante, por sua vez, deslegitima as reivindicações populares, em que expressões, como vândalos e desordeiros, são instrumentos para a captura política dos movimentos pelo sistema penal (SOUZA, 2015).

#### **4 O SILENCIO DOS CONTRÁRIOS: A Tentativa de Calar os Movimentos Sociais**

Os movimentos sociais vêm sofrendo uma tentativa de silenciamento por parte dos poderes públicos, que tentam, de todas as formas, conter o ímpeto questionador trazido pelas manifestações. Como forma de luta e resistência que são, críticos de um modelo hegemônico e que, por vezes, não corresponde aos seus anseios, os integrantes dos movimentos se expressam de forma legítima, organizada e ativa, o que incomoda os que se beneficiam da situação vigente.

A transformação que esses grupos buscam e seus exercícios de democracia são deturpados pelo Estado, de todas as formas, com a criminalização, ou tentativa, de suas condutas, e a taxação de seus atos como atividades de baderneiros que não sabem conviver em sociedade, o que culmina na judicialização de suas ações.

A não assimilação desses movimentos sociais como uma maneira de participação direta na sociedade e como uma forma de ativismo público, é geradora de um Estado autoritário, o qual não consegue administrar um ambiente democrático que contém ideias diversas daquelas que são dominantes. Por isso, nesse capítulo foi escolhido o caso do coletivo Pagu para demonstrar como o poder público brasileiro tem se pautado em relação aos diversos movimentos sociais e suas práticas.

#### **4.1 O feminismo do coletivo Pagu e o conservadorismo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**

No dia 17 de dezembro de 2015, na cidade de Goiânia, Goiás, especificamente na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, alguns cartazes foram afixados com frases de luta contra a violência de gênero. Um deles continha a seguinte mensagem: “Tire seus rosários dos meus ovários”.

Por conseguinte, duas professoras, um técnico-administrativo e um estudante solicitaram providências por parte do diretor da faculdade, que abriu um procedimento administrativo e encaminhou o caso para a Polícia Civil, por suspeitar que a manifestação configurava vilipêndio público a objeto de culto religioso (EMPÓRIO DO DIREITO, 2016).

O documento, elaborado pelas professoras, servidor e estudante e encaminhado pelo diretor, continha as seguintes informações:

Noticiamos que nesta data fomos surpreendidos com a presença de cartazes apócrifos espalhados pelas paredes da Faculdade de Direito da UFG, contendo os mesmos, mensagens de supostos militantes dos movimentos LGBTs e feministas. Em tais mensagens, constava, além daquelas referentes à ideologia de gênero e sexual, outras ofensivas aos professores e aos membros da comunidade acadêmica que professam sua religião cristã.

Notadamente um dos cartazes está impresso com a seguinte frase: TIREM SEUS ROSÁRIOS DOS MEUS OVÁRIOS.

(...)

O Código Penal prevê no Art. 208: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa”.

Ora, o Santo Rosário é objeto de culto católico e deve, portanto, ser tratado com respeito por católicos e não católicos, como merecem respeito o livro da Bíblia e o Alcorão, por exemplo (EMPÓRIO DO DIREITO, 2016).

Diante do que considerou uma impostura administrativa, mais grave quando se tratava de uma faculdade de direito pública, o professor João da Cruz Gonçalves Neto comunicou o fato à Reitoria, pedindo providências, tornadas Processo Administrativo Disciplinar contra a figura do então senhor diretor.<sup>1</sup>

Tal procedimento administrativo foi arquivado, segundo o relatório a seguir, por não ter configurado infração disciplinar:

*A liberdade de expressão é uma prerrogativa constitucional e a expressão de opiniões divergentes deveria servir para a construção de uma sociedade capaz de abrigar as diferenças. É claro, também, que se deve observar que o anonimato é vedado. Desse modo, consideramos que não houve ato de intolerância religiosa, mas que os autores dos cartazes deveriam assiná-los, assumindo as suas proposições reivindicatórias com clareza (EMPÓRIO DO DIREITO, 2016).*

Em relação ao procedimento policial, o delegado de polícia Washington da Conceição passou a ouvir os noticiantes (que esclareceram não terem visto quem haveria colocado os cartazes, mas que suscitararam a suspeita sobre o coletivo Pagu) e a solicitar documentos e imagens de câmeras de segurança.

Após quase nove meses de investigação, no dia 16/9/2016 a autoridade policial da 9ª Delegacia da Polícia Civil de Goiânia, no intuito de apurar o fato, intimou quatro alunas integrantes do coletivo feminista Pagu para prestar esclarecimentos, individual e sucessivamente, do dia 19 ao 21.

Sendo assim, no dia 19 de setembro, com base na demora da investigação, no não lavramento do Termo Circunstaciado de Ocorrência (TCO), na atipicidade do fato, no abuso e desvio de poder do uso da persecução penal apenas para reprimir o debate de determinados temas na faculdade de direito, a advogada, Bartira Miranda dos Santos, também professora da Universidade Federal de Goiás (UFG), impetrou um *Habeas Corpus* (HC) com a finalidade de trancar a investigação.

<sup>1</sup> Único professor a se posicionar abertamente em defesa dos possíveis alunos e alunas (não sabidos ainda hoje) que afixaram os cartazes até o trancamento da investigação criminal. Pode-se ler em sua solicitação à Reitoria: “Assim, muito claramente, a tentativa de assumir o lugar de vítima de discriminação religiosa denuncia a intenção de intimidar, ameaçar, conter, limitar, reprimir a iniciativa de jovens inteligentes que esperavam da universidade muito mais que o medíocre disciplinamento moral. Não bastasse as reprimendas individualizadas que se faz individualmente, na sala da diretoria, às alunas que pertencem ao Coletivo Pagu (jovens ligadas ao meu projeto de extensão de estudo acadêmico do feminismo), a diretora convocou a polícia para denunciar, como eventuais criminosos, nossos alunos. Por ter afixado os cartazes acima descritos! Por crime contra a liberdade religiosa, um crime de ódio, inafiançável, imprescritível, que atenta contra a dignidade da pessoa! Exatamente aqueles jovens idealistas que querem lutar por um mundo simplesmente mais respeitoso e melhor. O desconselho, a indignação, o repúdio a tão deplorável ação nos faz pensar: em qual universidade no mundo nós precisamos convocar a POLÍCIA para mediar um problema pedagógico, para executar uma tarefa crítica, dialógica, educacional, que é só nossa? Essa é a maior declaração de incompetência profissional já assumida publicamente de que temos notícia em nossa faculdade. Como nós, educadores, podemos explicar aos pais e à sociedade que estamos tentando levar nossos jovens universitários aos tribunais antes mesmo de seus professores terem compreendido os princípios mais elementares de nossa Constituição e dos fins institucionais de nossa universidade? Esta universidade quer formar que tipo de profissional e cidadão? Diante de um panorama político que se fecha em nosso país, com supressão crescente de direitos, é como uma ratificadora de um regime de exceção que a universidade quer ser apresentada aos jornais e às gerações futuras?”

É importante mencionar que o diretor da Faculdade de Direito já havia, sob os mesmos argumentos, notificado a polícia federal. O Ministério Público Federal (procurador Marco Túlio de Oliveira e Silva), entretanto, alegando ausência de tipicidade da conduta, manifestou-se pelo arquivamento do inquérito, argumento acolhido de pronto pela Justiça Federal (juiz Eduardo Pereira da Silva). Em sua petição, assevera o membro do *parquet* federal:

Ao que parece a frase “tirem seus rosários dos meus ovários. Religião e direito não se confundem” representa insurgência contra a postura católica, também adotada por diversos outros seguimentos religiosos, de oposição a movimentos que pretendem a des-criminalização do aborto. Não parece que o autor da frase “tirem seus rosários dos meus ovários” tenha pretendido dar a ela sentido literal. A linguagem é figurada. Os “rosários”, na interpretação deste órgão ministerial, indicam referência não ao objeto litúrgico, mas ao seguimento religioso que o utiliza. Tampouco, os “ovários” indicam referência ao órgão do aparelho reprodutor feminino, mas ao pretendido direito de autodeterminação reprodutiva por meio da prática do aborto. Tal interpretação é reforçada pela frase seguinte: “Religião e direito não se confundem” (EMPÓRIO DO DIREITO, 2016).

Assim, no curso do julgamento do *Habeas Corpus*, em sede da justiça estadual, o juiz de direito, Denival Francisco da Silva, julgando a liminar, concedeu a ordem. Isso ocorreu com o fim de determinar à autoridade policial que cessasse, em definitivo, a investigação criminal, com base na ausência de tipicidade criminal e em respeito à coisa julgada, conforme excerto da decisão:

Mais do que o constrangimento imposto às pacientes para que compareceram à Delegacia de Polícia para prestarem declarações, sob a ameaça inclusive de responderem por desobediência em caso de não atendimento, pesa a evidente atipicidade do fato que já foi inclusive reconhecida noutra persecução penal que foi conduzida na Justiça Federal. Neste caso há arbitrariedade e abuso por conta da ausência de fato típico, claramente perceptível, e em face ao desrespeito à coisa julgada (TJGO, 2016).

Desse modo, o fatídico caso envolvendo o coletivo Pagu deu-se por encerrado, mas deixou as marcas de perseguição do movimento, com a tentativa de se utilizar do controle social penal e da judicialização do conflito para tolher a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente.

O movimento feminista reverbera os questionamentos das mulheres em relação a sua condição e às diversas imposições que existem tão somente pela questão de gênero. Cada vez mais organizadas, as mulheres lutam por sua liberdade, por igualdade, pelo fim dos preconceitos, pela dignidade e por tantas outras bandeiras, constituindo verdadeira forma de resistência à sociedade machista e patriarcal que ganha corpo em inúmeras culturas.

Uma forma de ativismo público, de provocação dos poderes públicos, os movimentos feministas, ao longo da história, originaram mudanças estruturais, jurídicas, legislativas e culturais.

Mas a chamada primeira onda do feminismo aconteceu a partir das últimas décadas do século XIX, quando as mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo que o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto. As sufragistas, como ficaram conhecidas, promoveram grandes manifestações em Londres, foram presas várias vezes, fizeram greves de fome. Em 1913, na famosa corrida de cavalo em Derby, a feminista Emily Davison atirou-se à frente do cavalo do Rei, morrendo. O direito ao voto foi conquistado no Reino Unido em 1918. No Brasil, a primeira onda do feminismo também se manifestou mais publicamente por meio da luta pelo voto. As

sufragetes brasileiras foram lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista de importância, que estudou no exterior e voltou para o Brasil na década de 1910, iniciando a luta pelo voto. Foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, organização que fez campanha pública pelo voto, tendo inclusive levado, em 1927, um abaixo-assinado ao Senado, pedindo a aprovação do Projeto de Lei, de autoria do Senador Juvenal Larmartine, que dava o direito de voto às mulheres. Este direito foi conquistado em 1932, quando foi promulgado o Novo Código Eleitoral brasileiro (PINTO, 2010, p. 15-16).

Desse modo, o movimento feminista passa a encarar dois principais objetivos: a) empoderar as mulheres, tornando-as capazes de uma mobilização e de uma busca por direitos, em uma conquista cada vez maior de uma situação de liberdade e igualdade; e b) possibilitar o aumento de representatividade das mulheres junto a sociedade, seja ocupando lugares de destaque no âmbito político, seja um destaque na sociedade civil organizada, dentre outros (PINTO, 2009).

Desde os seus primeiros passos, a razão de ser do movimento feminista foi “empoderar” as mulheres (mesmo que o conceito tenha sido incorporado como vocabulário muito posteriormente). Se, por uma parte, o movimento logrou conquistas indiscutíveis que atingiram as próprias estruturas de poder no mundo ocidental, por outra, tem sido muito tímido em interpelar mulheres para agirem no mundo público e, principalmente, político (PINTO, 2010, p. 22).

Ora, nesse sentido, é fundamental que as mulheres representem o que de fato pertence a elas, o que é realizado por diversos grupos feministas. É certo, assim, que todos esses grupos almejam ocupar um lugar de destaque e de possibilidade de participação e inserção social, de modo a fazer as suas vozes serem ouvidas.

No intuito de se manifestarem e darem voz às suas angustias e opiniões, um conjunto de algumas estudantes da Universidade Federal de Goiás, com a intenção de discutir e agir em questões inerentes ao machismo, racismo, preconceitos e feminismo, fundaram, em 2014, o Coletivo Pagu. Este coletivo, ainda em ação, tem como um de seus objetivos principais promover atividades acadêmicas envolvendo temas ligados aos direitos das mulheres por meio de palestras, debates públicos, grupos de estudos de obras feministas e apresentações artísticas. Diante da completa lacuna de estudos feministas no projeto pedagógico do curso de direito da UFG, o Coletivo pretendeu registrar suas atividades acadêmicas como um projeto de extensão universitária, sob amparo de um professor, não tendo sido jamais aprovado nos 18 meses em que tramitou no Conselho Diretor da faculdade, até ser retirado de pauta pelo próprio Coletivo, consternado com os inúmeros artifícios protelatórios utilizados para não aprovar formalmente a proposta.

Nota-se que grupos feministas são frequentemente taxados como “baderneiros”, e suas integrantes denominadas “feminazis”. A união de mulheres é constantemente classificada de maneira pejorativa por uma sociedade de visão patriarcal. O Coletivo, contudo, é exemplo de como essa perspectiva é distorcida e embasada em argumentos vazios, uma vez que o grupo se constitui, em sua maioria, de estudantes, as quais buscam formar uma consciência coletiva que expresse direitos assegurados constitucionalmente, como liberdade e igualdade.

Sua organização ocorre dentro de um contexto institucional e segue premissas de um estado democrático de direito. O movimento existe, portanto, como forma de ativismo público, dentro de uma instituição de Ensino Superior que, inclusive, deveria estimular o pensamento crítico de seus estudantes. A criminalização, no entanto, ganhou destaque em sobreposição ao debate de ideias.

Contrária a tal dimensão dada aos movimentos sociais, a desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Kenarik Boujikian, assevera:

*Minha grande preocupação é que existe um movimento de criminalização das lutas que se reflete de forma muito clara em relação aos movimentos de mulheres. Começam a pipocar casos dessa natureza em que o direito à manifestação – e principalmente o direito de manifestação das questões relativas aos direitos das mulheres – não é reconhecido (PRADO, 2016).*

Sobre a tentativa de imputação de crime e vilipêndio público a objeto de culto religioso, vale dizer que o delito em questão não prescinde do dolo de desonrar um indivíduo em razão de sua religião (BITTENCOURT, 2009, p. 790), ou seja, não há que falar em vilipêndio se o propósito difere da ofensa direta. Além do mais, utilizar o objeto ou mencioná-lo de maneira lúdica, crítica, engraçada ou poética, exclui a tipicidade (NUCCI, 2009, p. 897).

É evidente que o ato, ainda que tivesse sido assinado pelo Coletivo Pagu, não passa de uma forma crítica e poética de tratar do tema do aborto e suas inferências religiosas, em especial da igreja católica, sobre o tema. O Brasil, conforme afirma a constituição de 1988, é um Estado Laico, portanto é possível que diversas pessoas pratiquem as religiões que queiram, ou ainda não pratiquem. É livre, também, o direito de se expressar e o de discordar de qualquer opinião, inclusive religiosa. Dessa forma, fica evidente que a notícia do crime, iniciada no âmbito federal e, após não lograr êxito, no âmbito estadual, buscou criminalizar o movimento social a qualquer custo.

Diferente do controle oferecido a casos que ocorrem frequentemente em nossa sociedade (como a prisão de membros do MST sob a acusação de formação de quadrilha, desobediência e esbulho possessório<sup>2</sup>), o controle social penal, exercido no caso do coletivo Pagu, não foi completado com a repressão do Judiciário, posto que a judicialização do caso foi, ao contrário, a solução do impasse. Configurar os movimentos feministas como inimigos do Estado, todavia, é uma tentativa de deturpar a democracia, silenciando um grupo que já, costumeiramente, não tem voz em um sistema repleto de falhas no que se refere ao tratamento das mulheres e seus direitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no caso tratado e nas teorias levantadas, é possível mencionar que a criminalização dos movimentos sociais vem sendo uma estratégia de certos grupos, e até mesmo do Estado, para silenciar ideias e frear atos contrários à dominação hegemônica em curso.

<sup>2</sup> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LÍDERES DO MST. LIBERDADE PROVISÓRIA. – A prisão processual, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, deve ser concebida com cautela em face do princípio constitucional da presunção de inocência, somente cabível quando presentes razões objetivas, indicativas de atos concretos, susceptíveis de causar prejuízo à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, art. 315; CF, art. 93, IX). – A manutenção de líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST – sob custódia processual, sob a acusação de formação de quadrilha, desobediência e esbulho possessório afronta o preceito inscrito no artigo 5º, LXVI, da Constituição. – Habeas-Corpus concedido (STJ. HC 9.896/PR, rel. ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/1999, DJ 29/11/1999, p. 206).

Por outro lado, os movimentos sociais configuram verdadeiras formas de exercício da democracia. Ao agirem em respeito ao ordenamento jurídico vigente, mas tornando claras suas contradições, reverberando ideias que perpassam pontos de vidas diferentes, tocando em assuntos que não são abordados, senão por eles, os movimentos são formas de ativismo público, que devem ser incentivados por qualquer Estado democrático.

O ativismo público é a forma mais direta e participativa de dar voz aos diversos grupos que compõem uma sociedade. É a maneira mais objetiva e efetiva de integrar o poder público, as leis e seus agentes do pluralismo existente em qualquer Estado nação. As possibilidades de debates, entretanto, vêm sofrendo com o imenso controle social imputado aos movimentos que promovem e aprofundam a democracia.

Como forma de legitimação da criminalização como estratégia, as instituições brasileiras buscam tornar possível o tratamento diferenciado dos movimentos sociais, atribuindo-lhes a pecha de inimigos do Estado, retirando algumas de suas garantias e direitos como medida de exceção.

Com o auxílio midiático, que divulga os movimentos sociais das formas mais pejorativas possíveis, o Estado consegue imputar, inclusive com apoio popular, títulos de baderneiros, criminosos e vândalos aos diferentes movimentos. Com a certeza de que todos os integrantes e seus atos não representam nada de bom ao país e à democracia, ao contrário, são perigosos à ordem social vigente, parte da população legitima a criminalização desses grupos e o Estado os marginaliza como pode.

Não menos importante, o controle social, com ênfase para o penal, é a metodologia empregada no intento de retirar os movimentos sociais e a sua influência do âmbito da sociedade. Começando pela elaboração das leis, passando pela atividade policial e do Ministério Público, ou ainda por diversas instituições que compõem a administração pública, culminando na repreensão por parte do Poder Judiciário, as atividades, atos e a simples formação dos coletivos são levados à justiça, que teria o papel final do processo criminalizador: o de aplicar a lei e punir os integrantes dos movimentos individual e coletivamente.

As considerações aqui tecidas ficam demonstradas na análise do caso exposto no terceiro tópico. O emblemático caso envolvendo o coletivo feminista Pagu, iniciado por provocações internas da academia jurídica, revela como os tipos penais são deturpados para enquadrar as ações dos movimentos e como a sua simples ação de se manifestar é motivo para judicialização e tentativa de punição.

Inviabilizar as críticas do coletivo Pagu, tornando-as um delito qualquer, é o caminho possível para a hegemonia do pensar ou uma ditadura da maioria, mas nunca para uma democracia. Desconhecer a importância do ativismo público para conformar o poder público às diferentes realidades que integram dada sociedade, desconfigura a necessidade de existir do próprio Estado, pois é na representação dessas diferentes visões que ele se funda e pode se afirmar como democrático de direito.

Em tempo, o principal objetivo deste artigo não é afirmar que todos os atos, somente por se originarem de movimentos sociais, devam ser inobservados pelo Estado; pelo contrário, o objetivo é ressaltar a importância de estabelecer um diálogo da sociedade com as estruturas estatais e promover verdadeiras mudanças sociais. É função dos governantes e

políticos estabelecer uma agenda de integração dessas novas ideias, que sempre surgem de onde existem conflitos e divergências. Repensar modos de aproveitar o ativismo público e de estimular a participação da pluralidade de sujeitos que formam a sociedade, é tarefa árdua, mas que merece atenção dos pesquisadores e profissionais de diversas áreas do conhecimento, incluindo os vinculados ao direito.

## 6 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer II*, 1. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARROS, Anna Flávia Magalhães de Caux; ANDRADE, Janaina Diniz Ferreira de. Do inimigo ao estado de exceção: uma análise da tentativa de criminalização das manifestações populares no Brasil. In: CONPEDI; UNB; UCB; IDP; UDF (org.). *Direitos fundamentais e democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. atual. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* Discussão de uma alternativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- CARTER, Miguel. Origem e consolidação do MST no Rio Grande do Sul. In: CARTER, Miguel (org.). *Combatendo a desigualdade social: o MST e a Reforma Agrária no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 199-235.
- EMPÓRIO DO DIREITO. *Professora pede Habeas Corpus para estudantes da Faculdade de Direito acusadas de afixar cartazes feministas*. set. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/professora-pede-habeas-corpus-para-estudantes-da-faculdade-de-direito-acusadas-de-afixar-cartazes-feministas/>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- FLÓREZ FLÓREZ, Juliana. *Los movimientos sociales y la crisis del desarrollismo: una aproximación teórica desde Latinoamérica*. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – Clacso, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções críticas. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 9-50.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PINTO, Célio Regina Jardim. Feminismo, história e poder. Curitiba: *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.
- POULANTZAS, Nicos. As transformações atuais do Estado, a crise política e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nicos (org.). *O Estado em crise*. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.
- POULANTZAS, Nicos. O Estado, os movimentos sociais, o partido. *Espaços e Debates: Revista de Estudos Regionais e Urbanos*, São Paulo, ano III, maio/ago. 1983.
- PRADO, Débora. *Tire seus rosários dos meus ovários: decisão da Justiça de Goiás reitera direito de manifestação feminista*. 28 set. 2016. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/direitos-sexuais-e-reprodutivos/tire-seus-rosarios-dos-meus-ovarios-decisao-da-justica-de-goias-reitera-direito-de-manifestacao/>. Acesso em: 20 out. 2018.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
- SOUZA, Taiguara Líbano Soares e. Estado Policial e Criminalização dos Movimentos Sociais. Notas sobre a inconstitucionalidade do Decreto nº 44.302/13 do governo do Estado do Rio de Janeiro. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 185-205, jan./fev. 2015.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 9.896/PR*. Relator ministro Vicente Leal, sexta turma, julgado em 21 de outubro de 1999, DJ 29/11/1999, p. 206.
- TJGO. Tribunal de Justiça de Goiás. *Decisão de Habeas Corpus*. 24 set. 2016. Disponível em: [http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/09/DFS\\_HC\\_Trancamento-Inquerito-Policial.pdf](http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/09/DFS_HC_Trancamento-Inquerito-Policial.pdf). Acesso em: 20 out. 2018.
- VIA CAMPESINA BRASIL. *A ofensiva da Direita para criminalizar os Movimentos Sociais no Brasil*. São Paulo, 2010.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Novos sujeitos sociais e a construção plural de direitos. In: TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SCHWENDLER, Sônia Fátima (org.). *Conflitos agrários, seus sujeitos, seus direitos*. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2015. p. 285-290.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST*, 9., 2011. Curitiba. *Anais [...]*. Curitiba, PR: ABDConst., 2011.

## Direitos Humanos na Rede Mercocidades (1995-2015) Uma Temática Transversal?

**Thiago Felix Mattioli**

Doutorando em Ciências Humanas e Sociais na Universidade Federal do ABC. Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (2013). Especialista em Filosofia Contemporânea e História pela Universidade Metodista de São Paulo (2011). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Fundação Santo André (2009). Tem experiência na área de Ciência Política e Relações Internacionais, com ênfase em Relações Internacionais, Bilaterais e Multilaterais, atuando principalmente nos seguintes temas: Inserção internacional das localidades, Cooperação Descentralizada, Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e Cooperação Sul-Sul. <http://lattes.cnpq.br/9062162026928225>. <http://orcid.org/0000-0002-5648-6359>. thiago.mattioli@ufabc.edu.br

### RESUMO

Este artigo discute como o tema de Direitos Humanos pode ser considerado uma temática transversal dentro da Rede Mercocidades. Para tal, é apresentado um breve histórico da Rede Mercocidades e sua estrutura, abordando como os Direitos Humanos podem ser compreendidos a partir de diferentes dimensões, balizados nas codificações internacionais sobre o tema, passando por uma avaliação de como estas dimensões podem ser ligadas a cada uma das unidades temáticas, apontando também a criação de uma comissão específica sobre o tema, que se propõe a promover os Direitos Humanos de forma transversal dentro da Rede.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Cooperação descentralizada. Mercocidades. Transversalidade.

### HUMAN RIGHTS IN THE MERCOCITIES NETWORK (1995-2015): A CROSS-CUTTING THEME?

### ABSTRACT

This article discusses how Human Rights can be considered as a cross-cutting theme within the Mercocities Network. To this end, a brief history of Mercocities Network and its structure is presented, addressing how human rights can be understood from its different dimensions, bonded by international encodings on the subject, passing for an assessment of how these dimensions can be connected to each one of the thematic units, also pointing the creation of a special committee on the subject, which aims to promote human rights transversely within the Network.

**Keywords:** Human rights. Decentralized cooperation. Mercocities. Cross-Cutting.

### SUMÁRIO

1 Direitos humanos: escolas, dimensões e normativas. 2 Rede Mercocidades: criação, institucionalidade e unidades temáticas. 3 Direitos humanos na rede mercocidades: uma temática transversal? 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 18/7/2017

Aceito em: 29/7/2019

## 1 DIREITOS HUMANOS: Escolas, Dimensões e Normativas

Os Direitos Humanos (DHs), ou os princípios e bases do que se tornariam as normativas atuais sobre o tema, perpassa um grande período de nossa história, podendo ser vista desde a era axial, entre 600 e 480 a.C., até o presente momento (COMPARATO, 2013). Da mesma forma, as discussões teóricas e conceituais também abrangem um grande lapso temporal, com diferentes e distintas formas de interpretação e classificação. Para que seja possível discorrer sobre o tema, em particular em um caso aplicado, entretanto, são necessárias algumas breves considerações sobre o que são os Direitos Humanos, suas escolas de pensamentos e como tais podem ser classificados.

Desse modo, inicia-se esta discussão apresentando sinteticamente as quatro principais escolas de pensamentos identificáveis no campo dos DHs, a saber, a escola naturalista, a escola deliberativa, a escola do dissenso e a escola discursiva. Tais escolas podem ser distinguidas a partir de suas visões sobre como é concebida a existência dos DHs, em que consistem, para quem estão direcionados, quais suas bases, se são realizáveis e se são universais<sup>1</sup> (DEMOUR, 2012). As principais características de tais escolas são apresentadas na Tabela a seguir:

**Tabela 1 – Escolas de Pensamento em Direitos Humanos: Características Principais**

	<b>Naturalista</b>	<b>Deliberativa</b>	<b>Dissenso</b>	<b>Discursiva</b>
<b>Concepção:</b>	Dados	Acordados	Resultados de lutas	Falados sobre
<b>Consiste:</b>	Direitos	Princípios	Demandas/aspirações	O que for inserido nele
<b>Para:</b>	Todos os seres humanos	Executar a política de forma justa	Especialmente para os que sofrem	Deveriam ser para os que sofrem
<b>Baseados:</b>	Natureza/Deus/Universo/Razão	Consenso sobre como a política deve ser executada	Tradição de lutas sociais	Linguagem
<b>Realizáveis:</b>	Sim, por gozo individual	Sim, por organização política	Não, requer luta permanente	Não, são falhas
<b>Universais:</b>	Sim, fazem parte da estrutura do universo	Potencialmente, se o consenso se espalhar	Sim, pois o sofrimento é universal	Não, universalidade é uma pretensão

Fonte: Adaptada e traduzida de DEMBOUR (2012, p. 144).

No mesmo sentido, os próprios DHs podem ter classificações diferentes a partir da perspectiva adotada pelo pesquisador. As principais formas de classificação são a partir de seu *status*, de sua geração/dimensão, pelas suas funções e por suas finalidades. A classificação pelo *status* representa a visão de que os DHs devem ser transformados em leis e normas estatais, para que haja garantias de sua existência e aplicação. Por sua vez, a noção de gerações ou, como se pretende trabalhar neste artigo, dimensões, está baseada no tripé da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, oriundos da revolução francesa. A classificação por funções subdivide os DHs entre direitos de defesa, em particular quanto às ações do Estado, direitos a prestações, quando há obrigação do Estado em agir para a efetivação de um DH e os direitos de procedimentos e instituições, que exigem do Estado a organização institucional que ofere-

<sup>1</sup> É importante ressaltar que o modelo proposto por Dembour (2012) não se pretende exaustivo ou estático, uma vez que, mesmo pensadores de uma mesma escola, podem ter visões diferentes sobre tais critérios e temas.

ce a possibilidade de efetivar tais direitos. Por fim, a classificação por finalidade representa a distinção entre direitos propriamente ditos, as garantias fundamentais que permitem que tais direitos sejam efetivados e a origem de tais normas (RAMOS, 2014).

Considera-se, entretanto, que tais classificações não são necessariamente excludentes, em particular as de gerações e dimensões, funções e finalidades, uma vez que, dentro de tais, seria possível identificar funções e finalidades para cada DH ali elencado. Conforme mencionado, contudo, escolhe-se utilizar aqui o termo dimensões de DH ao invés de gerações, uma vez que, desta forma, podem ser compreendidas como um processo de expansão e acumulação e não de forma limitada como uma sucessão; portanto, ao utilizar tal noção permite-se uma visão integrada destas diferentes dimensões (TRINDADE, 1997).

Desta forma, podem ser identificadas três dimensões distintas, mas relacionadas e relacionáveis, de Direitos Humanos: a primeira refere-se aos direitos ligados aos direitos civis e políticos, a segunda ligada aos direitos sociais, econômicos e culturais e a terceira aos direitos difusos e coletivos (RAMOS, 2014). Entre alguns exemplos, que não se pretendem exaustivos, podem ser considerados como DHs de cada dimensão os apresentados na Tabela 2.

**Tabela 2 – Exemplos de Direitos Humanos por Dimensões**

Dimensões	Exemplos
1º Direitos Civis e Políticos	Direitos à vida, à liberdade, à segurança, à dignidade, à igualdade, à manifestação, à associação, à privacidade
2º Direitos Sociais, Econômicos e Culturais	ao trabalho, à condições de trabalho justas e favoráveis, à representação sindical, à saúde, à educação, à cultura, à ciência,
3º Direitos Difusos e Coletivos	à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à comunicação, ao meio ambiente, à defesa contra a discriminação de minorias

Fonte: Baseada nos direitos apresentados em OHCR (2017).

Em termos de codificação dos Direitos Humanos, ressalvada toda a questão histórica pertinente ao tema (COMPARATO, 2013), pode-se identificar, como um dos principais marcos contemporâneos, o estabelecimento, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, que, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (SALA, 2015).

Deve também ser mencionada a importância e a relevância da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 1969,<sup>2</sup> parte fundamental do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), estabelecendo o entendimento regional sobre esta temática, abordando tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2014).

<sup>2</sup> Considerando também o Protocolo de San Salvador, que adiciona à Convenção Interamericana de Direitos Humanos os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2014).

Em termos da recepção da Convenção Interamericana, verifica-se que entre os países da América do Sul apenas a Guiana não assinou ou ratificou a CIDH, e a Venezuela denunciou o tratado em 2012. Desta forma, verifica-se que os países da região, e do Cone Sul em particular, aderem, reconhecem e submetem ao SIPDH (OAS, 2017). Cabe ressaltar, contudo, que o Mercosul não possui uma declaração ou convenção específica sobre o tema de Direitos Humanos.

É importante considerar, porém, que existem as seguintes codificações que se referem aos Direitos Humanos dentro do bloco: Declaração Sócio-laboral do Mercosul, 1998; Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social, 2000; Declaração de Presidentes sobre a Erradicação de Trabalho Infantil, 2002; Acordo sobre a Regularização Migratória Interna de Cidadãos do Mercosul e sobre Residência para Nacionais dos Estados-Parte, 2002; Protocolo de Assunção sobre Compromisso de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Mercosul, 2005, e Protocolo de Montevidéu sobre o Compromisso com a Democracia no Mercosul (SISTEMA, 2017).

Assim, considerando as definições apresentadas anteriormente e a inserção da região nos sistemas de proteção aos Direitos Humanos, é possível passar para uma breve descrição do objeto deste trabalho: a Rede Mercocidades e como ela se relaciona com temas de DHs.

## 2 REDE MERCOCIDADES:

### Criação, Institucionalidade e Unidades Temáticas

Criada em 1995, a Rede Mercocidades foi fundada pelas cidades de Córdoba, La Plata e Rosário, da Argentina; Brasília, Curitiba, Florianópolis, Porto Alegre, Rio de Janeiro e Salvador, do Brasil; Assunção, do Paraguai; e Montevidéu, do Uruguai. Tendo como objetivo principal a participação desta Rede no processo de integração do Mercado Comum do Sul (Mercosul), em particular em temas de sua competência e interesse, a rede não apenas busca influenciar o processo de integração do bloco, mas também participar de decisões que podem ter impacto direto sobre as cidades integrantes (MERCOCIDADES, 2017d).

A Rede Mercocidades, enquanto parte da estrutura institucional do Mercosul, atuava a partir da criação da Reunião Especializada de Municípios e Intendências do Mercosul (Remi) em 2000, por meio da Resolução 90/00 do Grupo do Mercado Comum. Seu principal objetivo era promover o diálogo e a cooperação entre as cidades dos países do Mercosul, sendo realizadas sete reuniões que tinham como resultados recomendações ao Grupo do Mercado Comum sobre a participação das cidades no processo de integração, acesso ao financiamento e à cooperação internacional, decisões sobre projetos específicos de interesse das localidades, entre outras questões (MERCOSUL, 2000).

Nesta última reunião as cidades sugeriram a revisão desta instância, levando à criação do Fórum Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos (FCCR) a partir de 2004, entretanto tal Fórum apenas iniciou seus trabalhos em 2007. Seu objetivo é estabelecer um diálogo entre os dirigentes das diversas instâncias subnacionais e seus governos nacionais e a participação no projeto de consolidação do Mercosul, além de agir e fazer recomendações de assuntos de suas competências às instâncias superiores, como o Grupo do Mercado Comum (MERCOCIDADES, 2017b). O FCCR é formado pelo Comitê de Municípios,

composto pela Rede, e pelo Comitê de Estados, Províncias e Departamentos, cada um com participação de dez membros indicados pelo governo central do Estado Membro, totalizando 20 participantes que, por sua vez, constituem o capítulo do país<sup>3</sup> (FCCR, 2017).

Em 2017 a Rede possuía 326 cidades membros, sendo 121 argentinas, 9 bolivianas, 87 brasileiras, 20 chilenas, 1 colombiana, 2 equatorianas, 26 paraguaias, 26 peruanas, 20 uruguaias e 14 venezuelanas (MERCOCIDADES, 2017a).<sup>4</sup> A Rede conta com a seguinte estrutura: Assembleia Geral dos Sócios, órgão máximo de deliberação, Conselho de Mercocidades, órgão superior de administração, Comissão Diretiva, composta pela Presidência, Vice-Presidências, Comissão Diretiva e a Secretaria Executiva que, por sua vez, é a coordenadora dos trabalhos do Conselho, e a Secretaria Técnica Permanente da Mercocidades (STPM), órgão assessor da Secretaria Executiva (MERCOCIDADES, 2017e).

A Mercocidades também possui Unidades Temáticas (UTs), às quais compete o desenvolvimento de propostas de políticas comuns sobre os temas específicos de cada unidade, a promoção e a divulgação das experiências exitosas e promoção de encontros e eventos para a discussão de problemas locais (MERCOCIDADES, 2017f). Atualmente existem 15 UTs que tratam dos seguintes temas:

**Tabela 3 – Unidades Temáticas**

Unidade Temática	Principais Temas
Ambiente e desenvolvimento sustentável	preservação do solo; biodiversidade; preservação e recuperação dos meios aquáticos; preservação e recuperação dos meios atmosféricos; educação ambiental; gestão de resíduos sólidos.
Autonomia, gestão e participação	processos de modernização administrativa; participação cidadã; sistemas jurisdicionais; autonomia e arrecadação municipal.
Ciência, tecnologia e capacitação	cooperação científico-tecnológica; premiação de melhor investigação no âmbito da Mercocidades.
Cooperação internacional	ações de capacitação e informação sobre temáticas de interesse da rede; criação de um banco de dados de experiências internacionais positivas; busca de novas ferramentas de cooperação internacional.
Cultura	literatura; música; fotografia; pintura; dança; artes plásticas; cinema; premiação de melhor projeto cultural em execução.
Desenvolvimento econômico local	identificação de atividades dinâmicas não tradicionais; desenvolvimento da gestão de qualidade; consolidação de uma base de informação econômica e para publicação de experiências de financiamento no âmbito municipal para micros e pequenas empresas; organização de feiras de negócios.
Desenvolvimento social	novos modelos de gestão de políticas sociais; as dimensões sociais da pobreza; estratégias políticas de grupos vulneráveis; coordenação interjurisdicional das políticas sociais; elaboração de uma Agenda Social para o Mercosul.
Desenvolvimento urbano	propostas de políticas comuns; investigação de questões da disciplina urbanística; difusão das experiências que contribuam ao melhoramento das gestões urbanas locais; promoção de concurso internacional de fotografia urbanística.

<sup>3</sup> O fórum possui o capítulo argentino, o brasileiro, o uruguai e o venezuelano (FCCR, 2017).

<sup>4</sup> Contabilização feita pelo autor a partir dos dados disponíveis em MERCOCIDADES, 2017a.

Educação	descentralização dos sistemas educativos; consolidação dos novos campos de trabalho; formação do docente; desenvolver propostas de educação a serem apresentadas aos Ministérios de Educação.
Gênero e município	participação das mulheres no desenho das políticas públicas; eliminar as desigualdades que limitam os direitos das mulheres; Projeto: Há uma agenda regional das mulheres: Políticas locais de gênero na Rede Mercocidades.
Integração fronteiriça	medidas para o desenvolvimento das zonas fronteiriças dentro do processo de integração regional do Mercosul; propostas visando à criação de regiões de cooperação transfronteiriça e de consórcios públicos de fronteira e o debate sobre a necessidade de criar-se legislações específicas para as zonas fronteiriças dos países do Mercosul.
Juventudes	reflexão sobre os avanços e dificuldades nos processos de descentralização e integração regional; potencializar a rede de organismos locais de juventude com a finalidade de fomentar o intercâmbio de experiências em políticas locais de juventude e participação juvenil; comparar mecanismos de funcionamento das Secretarias e Escritórios de juventude com o objetivo de integrá-las.
Planejamento estratégico e áreas metropolitanas	identificar práticas exitosas e soluções a problemas comuns; apresentar anualmente delineamento para a concretização dos planos estratégicos das cidades da Rede.
Segurança cidadã	levantar experiências em curso na região; desenvolver um sistema de indicadores; criar um banco de dados sobre melhores práticas; incrementar as capacidades dos governos locais; investigar as possibilidades de financiamento e condições de sustentabilidade de políticas locais em matéria de seguridade cidadã.
Turismo	revitalização dos centros; artesanato; marketing turístico; turismo religioso; turismo rural; qualificação dos recursos humanos; organiza anualmente o prêmio Mercocidades de turismo.

Fonte: Adaptada de DESSOTTI (2011) e atualizado pelo autor com informações de MERCOCIDADES, 2017f.

Em termos teórico-conceituais, enquanto compreendida como uma rede internacional de cidades, é possível verificar a aplicação do princípio da horizontalidade, uma vez que não há comando único centralizado na rede, sendo possível a classificar como uma rede territorial, uma vez que agrupa cidades pertencentes ao Cone Sul e ao Mercosul, e também uma rede temática, a partir da existência e do desenvolvimento de atividades a partir de unidades temáticas específicas (CARDARELLO; RODRIGUEZ, 2004). O relacionamento entre as cidades se dá por meio da paradiplomacia, compreendida como o estabelecimento de contatos permanentes ou não entre governos não centrais para a discussão ou promoção de questões socioeconômicas, culturais ou ligadas às suas competências (CORNAGO, 1999).

Já a efetivação destes relacionamentos e as atividades desenvolvidas podem ser entendidas como uma forma de cooperação internacional descentralizada, ou seja, uma forma de cooperação que é realizada de maneira multilateral, congregando diferentes atores e com um enfoque das relações de cooperação que busca estabelecer relações diretas com os órgãos de representação local e estimular suas próprias capacidades de projetar e levar a cabo iniciativas de desenvolvimento com a participação direta dos grupos de população interessados, considerando seus interesses e seus pontos de vista sobre o desenvolvimento (HAFTECK, 2003; ROMERO, 2004).

### 3 DIREITOS HUMANOS NA REDE MERCOCIDADES: Uma Temática Transversal?

Como mencionado em seção anterior, não há uma convenção internacional de DHs para o Mercosul. Em 2004, entretanto, foi criada a Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RAADH), que trata das discussões e

promoção de políticas regionais sobre o tema, e, a partir de sua terceira reunião, em 2006, foram dadas as bases de criação de um organismo que, efetivamente criado em 2009, tornou-se o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH), ao qual cabe a pesquisa e a produção de estudos técnicos, a difusão e a capacitação do tema e a coordenação de políticas e cooperação em Direitos Humanos (INSTITUTO, 2015). A criação desta reunião e do IPPDH demonstra que os governos reunidos neste bloco se preocupam com questões de DHs e tentam avançar em uma compreensão regional do que estes direitos representam e como podem ser traduzidos em políticas públicas de promoção e efetivação.

A criação destas instituições, todavia, não apresenta como a Rede Mercocidades, que pretende fazer parte do processo de integração regional, atua na temática de DHs. Para que seja verificado como a Rede trata destes temas é necessário, portanto, verificar em cada Unidade Temática se os assuntos abordados estão em consonância com as diferentes dimensões dos Direitos Humanos e podem ser derivados dos códigos internacionais que os tratam.

Para tal, identificaram-se quais UTs, a partir de seus nomes e temas principais, apresentam aderência às dimensões dos DHs expostos na Tabela 2, a partir de seus principais temas, observados na tabela 3. Para confirmar tais aderências, também se verificou, a partir de Dessotti (2011), os encaminhamentos de cada rede temática<sup>5</sup> na busca de temas de Direitos Humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Desta forma, é possível, inicialmente, identificar as seguintes relações entre dimensões e unidades temáticas (Tabela 4).

**Tabela 4 – Relações entre Unidades Temáticas e Dimensão de Direitos Humanos**

<i>Unidades Temáticas</i>	<i>Dimensão de Direitos Humanos</i>
Ambiente e desenvolvimento sustentável	3º Dimensão
Autonomia, gestão e participação	1º Dimensão
Ciência, tecnologia e capacitação	3º Dimensão
Cooperação internacional	2º e 3º Dimensão
Cultura	2º Dimensão
Desenvolvimento econômico local	2º Dimensão
Desenvolvimento social	2º Dimensão
Desenvolvimento urbano	2º Dimensão
Educação	1º, 2º e 3º Dimensões
Gênero e município	1º e 3º Dimensões
Integração fronteiriça	1º, 2º e 3º Dimensões
Juventudes	2º e 3º Dimensões
Planejamento estratégico e áreas metropolitanas	2º Dimensão
Segurança cidadã	1º, 2º e 3º Dimensões
Turismo	2º Dimensão

<sup>5</sup> É necessário mostrar que diversas unidades temáticas não possuem documentações disponíveis desde a data de sua criação, e a verificação foi feita a partir dos documentos apresentados em suas seções do site principal da rede.

Fonte: Elaborada pelo autor.

A partir desta primeira relação, é possível identificar que cada unidade temática se aproxima mais de uma determinada dimensão dos Direitos Humanos, considerando que algumas das unidades tratam de temas que perpassam mais de uma dimensão, como no caso UT de educação que trata, ao mesmo tempo, de direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, abordando também temáticas de direitos difusos e coletivos. É necessário, entretanto, mencionar que esta aproximação inicial apenas indica uma possibilidade de análise, uma vez que também se verifica que as unidades tratam muito mais dos temas em termos técnicos e de promoção e discussão de políticas do que na definição e defesa dos temas como sendo específicos de Direitos Humanos.

No que diz respeito aos encaminhamentos das unidades temáticas, divididos entre criação de banco de dados, realização de eventos, promoção de acordos e parcerias e projetos comuns, conforme Quadro elaborado por Dessotti (2011), verifica-se também que cada unidade tangencia os temas de cada dimensão de Direitos Humanos, porém sempre com um caráter mais técnico e do diálogo e promoção de políticas públicas.

Um caso que deve ser destacado é a criação de uma Comissão de Direitos Humanos (CDH) em 2006, dentro da UT Desenvolvimento Social. Esta comissão tem como meta trabalhar em diferentes temáticas, promovendo o respeito às obrigações internacionais de Direitos Humanos em âmbito nacional, estadual e municipal (MERCOCIDADES, 2017g). A partir das avaliações feitas pela Secretaria Técnica Permanente da Mercocidades (STPM), baseada em metodologia própria que considera a existência, qualidade e realização de planos de trabalho, atividades, produtos e participação, apresenta-se a Tabela 5, resumindo a atuação desta comissão durante o período 2009-2015.<sup>6</sup>

**Tabela 5 – Avaliação do Grupo de Direitos Humanos: 2009-2015**

Período	Plano de Trabalho	Atividades	Produtos	Participação	Total	Categoria
2009-2010	2	2	1	2	7	Proativo
2010-2011	2	2	2	2	8	Proativo
2011-2012	2	2	2	2	8	Proativo
2012-2013	0	2	0	1	3	Ativo
2013-2014	2	1	1	0	4	Ativo
2014-2015	0	1	1	2	4	Ativo

Fonte: Relatórios da STPM disponíveis em MERCOCIDADES, 2017b.

Considerando os dados supra, é possível verificar que a CDH teve uma atuação que pode ser considerada em dois períodos: 2009-2012 como proativa. Isto é, apresentou planos de trabalhos detalhados com linhas políticas bem-delimitadas; desenvolveu atividades, como encontros, reuniões e workshops durante o período; criou bases de dados, publicações ou boletins e contou com a participação de, pelo menos, seis cidades de três países diferentes do bloco. Em seu segundo período, entre 2012-2015, houve uma pequena queda em suas avalia-

<sup>6</sup> Cabe ressaltar que não existem avaliações para este grupo antes do período de 2009.

ções, e isto é visto na falta de planos de trabalhos em 2012-2013 e 2014-2015, além da realização de poucas atividades, poucos produtos e baixa participação neste período, em geral. A soma das notas, entretanto, ainda permitiu que a CDH fosse considerada ativa.

Os planos de trabalhos disponíveis (2006-2008, 2010-2011, 2014-2015 e 2015-2016<sup>7</sup>) apresentam, de forma mais específica, os planos da CDH. Em geral, discorrem sobre as temáticas que seriam abordadas, como questões de infância, tráfico de pessoas, trabalho escravo, locais de memória, direitos de identidade, discriminação, acesso à justiça, promoção de direitos e políticas públicas relacionadas ao tema de DHs (CDH, 2006, 2010, 2014, 2015).

Em seu plano de trabalho 2010-2011 apresenta seu projeto Direitos Humanos: Estado e sociedade civil, construção de cidadania (E+D), que, realizado em 30 meses, desenvolveu ações na temática de Direitos Humanos e construção de cidadania em mais de 200 cidades (MERCOCIDADES, 2017h). Os informes da STPM, nos quais consta breves exposições sobre as atividades realizadas pelas UTs, apresentam que, durante o período entre 2009-2010, a CDH realizou diversas reuniões, encontros e workshops com suas cidades associadas, sendo alguns destes articulados com outras UTs. Da mesma forma, a comissão encontrou alguns problemas para a realização de suas atividades, em particular a falta de participação de associadas e a dificuldade de comunicação e continuidade de projetos, dadas as alterações políticas ocorridas em suas cidades associadas (MERCOCIDADADES, 2017b).

Quanto às atas da CDH, ressalta-se também que as discussões representadas nas atas apontam para a transversalidade do tema de Direitos Humanos e a necessidade de esta comissão manter e aprofundar suas relações com as demais unidades, de forma a promover, de maneira efetiva, o tema de Direitos Humanos dentro da Rede (MERCOCIDADES, 2017h).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão dos Direitos Humanos, em particular sobre sua proteção e promoção, tem sido desenvolvida em um sentido histórico, ganhando contornos mais bem delineados a partir das codificações internacionais sobre o tema, em particular no pós-Segunda Guerra Mundial. Na esteira das codificações internacionais feitas no seio do Sistema da Organização das Nações Unidas, os diferentes sistemas regionais e sub-regionais iniciaram seus próprios processos de codificação, apresentando inovações de Direitos Humanos, plasmando em seus textos dimensões mais largas e assegurando sua promoção e proteção.

A temática de Direitos Humanos, entretanto, não pode ser compreendida apenas como um assunto de alta política ou um tema inacessível. O direito humano também é um direito do indivíduo e de sua comunidade, portanto um direito que deve ser respeitado e exercido localmente. É a partir desta preocupação com o local que nasce a questão que norteia este artigo: “Como os Direitos Humanos são tratados em uma rede internacional de cidades sul-americanas?” Com o intuito de responder a tal questão, foi apresentada uma breve descrição do que é e de como se estrutura a Rede Mercocidades e, de forma mais específica, como esta rede trata esta temática.

<sup>7</sup> Neste caso é possível notar que, apesar da existência e boa avaliação dos planos de trabalho no período, o site da Rede Mercocidades não possui todos estes planos disponíveis para download.

Foi possível verificar, mesmo que de forma ainda inicial, uma grande ligação entre as unidades temáticas específicas, quando os diferentes temas acabam por se relacionar com a promoção e a proteção de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, difusos e coletivos, mesmo que tais direitos estejam tangenciados em discussões mais técnicas e de promoção de políticas públicas. Foi possível, ainda, verificar, de forma particular, a criação de uma comissão específica para discutir os Direitos Humanos dentro da Rede, com projetos de promoção deste tema e com uma visão que abarca o relacionamento desta comissão e das diferentes unidades temáticas.

Desta forma, é possível afirmar que o tema de Direitos Humanos é, sim, um tema transversal dentro da Rede Mercocidades, uma vez que ele aparece nas diferentes unidades específicas, mas também vem sendo promovido – de forma transversal – por uma comissão que busca inserir a temática de maneira mais aprofundada e com a proposta de projetos específicos em cada unidade temática.

## 5 REFERÊNCIAS

- CARDARELLO, A.; RODRIGUEZ, J. Networks of cities as a privileged tool for decentralised co-operation management. *Decentralized Cooperation Observatory*, 2007. Available from: [http://observ-ocd.org/sites/observ-ocd.org/files/publicacion/docs/299\\_134.pdf](http://observ-ocd.org/sites/observ-ocd.org/files/publicacion/docs/299_134.pdf). Cited: 22 abr. 2015.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CORNAGO, N. Diplomacy and paradiplomacy in the redefinition of international security: dimensions of conflict and co-operation. In: ALDECOA, F.; KEATING, M. *Paradiplomacy in action: the foreign relations of subnational governments*. Portland: Frank Cass, 1999. p. 40-57.
- DEMBOUR, Marie-bénédicte. What are human rights?: Four schools of thought. In: CUSHMAN, Thomas. *Handbook of human rights*. New York: Routledge, 2012. p. 137-145.
- DESSOTTI, F. R. *Rede Mercocidades na cooperação descentralizada: limites e potencialidades*. São Paulo: PUC-SP, 2011.
- FCCR. *Fórum Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos do Mercosul*, 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/saf-fccr/fccr-mercosul/estrutura>. Acesso em: 22 set. 2017.
- HAFTECK, P. An introduction to decentralized cooperation: definitions, origins and conceptual mapping. *Public administration and development*, v. 23, p. 333-345, jul. 2003.
- INSTITUTO de Políticas Públicas e Direitos Humanos do Mercosul. 2015. Disponível em: <http://www.ippdh.mercosur.int/?lang=pt-br>. Acesso em: 4 dez. 2015.
- MERCOCIDADES. *Cidades Membros*. 2017a. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/node/2352>. Acesso em: 11 set. 2017.
- MERCOCIDADES. Descripción del FCCR. Mercociudades. 2017b. Disponible en: <http://www.mercociudades.org/node/2288>. Acceso en: 5 set. 2017.
- MERCOCIDADES. *Documentos y Archivos*. 2017c. Disponible en: <http://www.mercociudades.org/node/2100>. Acceso em: 12 ago. 2017.
- MERCOCIDADES. *Declaração de Assunção*. 2017d. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/sites/portal.mercociudades.net/files/archivos/documentos/DocumentosFundacionales/1995actafundacional1.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.
- MERCOCIDADES. *Estatuto Social*. 2017e. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/sites/portal.mercociudades.net/files/archivos/documentos/Estatutos/ESTATUTO.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.
- MERCOCIDADES. *Unidades Temáticas*. 2015f. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/pt-br/node/2287>. Acesso em: 11 set. 2017.
- MERCOCIDADES. *Unidades Temáticas*. Desenvolvimento Social; Comissão de Direitos Humanos. 2017g. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/pt-br/node/2217>. Acesso em: 11 set. 2017
- MERCOCIDADES. *Unidades Temáticas*. Desenvolvimento Social; Comissão de Direitos Humanos. Documentos. 2017h. Disponível em: <http://www.mercociudades.org/pt-br/node/4455>. Acesso em: 11 set. 2017

MERCOSUL. Resolução 90/00. *Mercosul*. 2000. Disponível em: [http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/OpenAgent&base=SAM/GestDoc/DocOfic0Arch.nsf&id=832579C700726F0D032576B-300527D15&archivo=RES\\_090-2000\\_PT\\_ReuMuniIntende.pdf](http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/OpenAgent&base=SAM/GestDoc/DocOfic0Arch.nsf&id=832579C700726F0D032576B-300527D15&archivo=RES_090-2000_PT_ReuMuniIntende.pdf). Acesso em: 11 set. 2017.

OHCR. Office of the High Comissioner on Human Rights. *International bill of Human Rights*. 2017. Available from: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1.1en.pdf>. Cited: 11 set. 2017.

OAS. Organização dos Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: Firmas. 2017. Disponível en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm). Acceso en: 11 set. 2017.

PIOVESAN. F. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMERO, M. D. H. *Una aproximación contextual y conceptual a la cooperación descentralizada*. Valparaíso e Barcelona: Dencentralized Cooperation Observatory, 2004.

SALA, J. B. *Sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos*. [S./I.]: [s./n.]. 2015. Disponível em: <https://dhmrufabc.files.wordpress.com/2015/10/sistemas-de-protec3a7c3a3o-internacional-dos-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2015.

SISTEMA de Informações sobre Institucionalidade em Direitos Humanos do Mercosul. *Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://sisur.ippdh.mercosur.int/si/web/pt/ficha/mercossur>. Acesso em: 11 set. 2017.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1.

## Pela Introdução de uma Educação Ambiental Ecocêntrica Vantagens e Desafios<sup>1</sup>

**Ana Stela Câmara**

Graduação (2003-2007), Mestrado (2008-2010) e Doutorado (2011-2016) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Metodologia da Pesquisa e Direito Ambiental no Centro Universitário Christus (2011) e coordenadora geral de Pesquisa e Extensão na mesma instituição (2016). Realiza pesquisas inter-relacionando as seguintes grandes áreas: Direito Constitucional Ambiental, Desenvolvimento Sustentável e Ética. Membro da Associação Brasileira de Professores de Direito Ambiental (Aprodab). emaildstela@gmail.com

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo identificar vantagens e desafios à introdução de uma educação ambiental ecocêntrica no Brasil. A relevância da análise reside nas evidências de insuficiência dos parâmetros oferecidos pela tradição antropocêntrica dominante em lidar com a preservação ambiental, haja vista o constante aumento da degradação ambiental e da perda de biodiversidade. Acredita-se que a ênfase na perspectiva inter-relacional levantada por uma educação ambiental de orientação ecocêntrica, possa ser útil para subverter a lógica de exploração desregrada e de proteção fragmentada do meio ambiente e ampliar a percepção do caráter transfronteiriço e intertemporal dos fenômenos ambientais. A metodologia é analítica e descritiva, embasando-se em fontes bibliográficas e documentais. Conclui-se que as vantagens de adoção do modelo ecocêntrico são promissoras, porém os desafios são muitos, pois a Política Nacional de Educação Ambiental ainda tem baixo nível de execução em todas as suas esferas e suas ações normalmente não privilegiam a sensibilização para o funcionamento sistêmico do ambiente.

**Palavras-chave:** Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente. Educação ambiental. Ecocentrismo.

### FOR THE IMPLEMENTATION OF AN ECOCENTRIC ENVIRONMENTAL EDUCATION: BENEFITS AND CHALLENGES

### ABSTRACT

This study aims to identify benefits and challenges to the introduction of an ecocentric environmental education in Brazil. The relevance of the analysis is the evidence of weaknesses in the parameters offered by the dominant anthropocentric tradition in dealing with environmental preservation, given the steady increase in environmental degradation and biodiversity loss. It is believed that the emphasis on the interrelation perspective raised by environmental education ecocentric can be useful to subvert the unregulated exploitation of logic and fragmented environmental protection and to increase the perception of the cross-border and intertemporal character of environmental phenomena. The methodology is analytical and descriptive, is basing on bibliographical and documentary sources. We conclude that the benefits of adopting the ecocentric model are promising, but the challenges are many, because Environmental Education National Policy still has low level of execution in Brazil in all its spheres and that the actions usually do not favor the sensitization for systemic aspects.

**Keywords:** Effectiveness of the fundamental right to the environment. Environmental education. Ecocentrism.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O dever fundamental de promoção da educação ambiental sob o viés não antropocêntrico. 3 Desafios à introdução de uma educação ambiental ecocêntrica. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 16/6/2017  
Aceito em: 29/7/2019

<sup>1</sup> O artigo foi publicado nos anais do III Congresso Internacional de Direito na Amazônia, em Porto Velho (RO) em setembro de 2018.

## 1 INTRODUÇÃO

Mesmo que se conte com um inescapável e lógico objetivo de salvaguardar a vida humana, as descobertas sobre o complexo sistema de organização da vida demonstram que este objetivo, em última instância, não será alcançado a partir de ações superficiais e egoisticamente centradas. Isso evidencia-se pelo insucesso em se reverter a atual tendência de aumento da poluição, de esgotamento de recursos e de perda de biodiversidade.

Assim, esta preocupação deve ser indissociavelmente relacionada à preservação de um conjunto de inter-relações bióticas e abióticas que dão base e servem de abrigo à vida em geral.

Em decorrência do princípio da autopreservação da vida, deve-se reconhecer que todos os seres possuem valor intrínseco, independentemente de sua utilização atual ou potencial pelo ser humano, e interesse em continuar existindo.

Diante da necessidade de uma profunda mudança de cultura civilizatória, percebe-se a importância do fortalecimento da educação ambiental. Isso porque este instrumento é significativamente adequado para o fortalecimento dos vínculos de corresponsabilidade ecológica do Estado e da coletividade, bem como por oferecer condições para que a sociedade civil, o setor produtivo e os próprios agentes públicos se sensibilizem para a necessidade de consideração de uma compreensão integrada do fenômeno da vida, ampliando os horizontes de compreensão da sustentabilidade, visivelmente insuficientes diante de um passivo ambiental persistente. Trata-se, ainda, de fortalecer o laíme comunicacional entre as gerações presentes e futuras, indispensável para lidar com a dimensão transtemporal do direito ambiental.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma investigação acerca das vantagens e desafios de concretização de uma educação ambiental não antropocêntrica no Brasil, que venha a servir de instrumento de uma mudança de cultura institucional.

Para tanto, utilizou-se metodologia analítica, descritiva, com base em pesquisa bibliográfica e consulta a dados empíricos retirados de fontes oficiais.

## 2 O DEVER FUNDAMENTAL DE PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL SOB O VIÉS NÃO ANTROPOCÊNTRICO

A promoção da educação e da conscientização pública sobre as questões atinentes aos problemas ambientais é das mais importantes intervenções que o Poder Público pode realizar em prol da preservação do meio ambiente no Brasil.

Um forte indício que fundamenta esta afirmação é a discussão ocorrida na Conferência de Limoges, na França, em 1990, em que houve o reconhecimento internacional da correlação entre o desconhecimento das legislações ambientais e da insuficiência de níveis adequados de sua efetividade.

Nacionalmente, uma referência importante é o detalhado estudo histórico da evolução da legislação ambiental brasileira, realizado por Ann Helen Wainer, em que se constata que, em diversas épocas, o Brasil contou com dispositivos ambientais muito avançados, mas que eram ineficazes, em virtude dos seguintes aspectos por ela identificados: ausência de senti-

mento de amor e valorização da coisa pública pela população nacional<sup>2</sup> e predominância de posturas individualistas e gananciosas no exercício das atividades econômicas, que ofuscaram os interesses coletivos.

Uma das soluções ofertadas pela autora para reverter paulatinamente os efeitos desastrosos dessa construção histórica e cultural está no fomento à educação ambiental obrigatória<sup>3</sup>.

De acordo com Fritjof Capra (CAPRA; LUISI, 2014), a tomada de consciência sobre os princípios organizacionais dos ecossistemas<sup>4</sup> é um pressuposto básico para que possamos nos sensibilizar para a problemática ecológica e proceder a uma adequação da nossa forma de vida e de organização econômica e política.

Em outras palavras, para ele o processo de alfabetização ecológica é um requisito indispensável não apenas para a consecução da sustentabilidade como uma utopia distante, mas até mesmo para a própria sobrevivência da humanidade nas próximas décadas.<sup>5</sup> Esta demanda fica ainda mais evidente quando se esboça a emergência dos riscos civilizatórios e das incertezas quanto ao futuro. Segundo Edgar Morin, “o futuro permanece aberto e imprevisível”.<sup>6</sup>

Torna-se, assim, inadiável a tarefa de educar e preparar as gerações futuras. A Constituição Brasileira assimilou esta importante demanda ao insculpir, no artigo 225, VI, como um dos deveres fundamentais do Estado a promoção da educação ambiental “em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Trata-se de objeto normativo com denso conteúdo de fundamentalidade, tendo em vista representar a interseção entre o direito à educação (artigo 208, CF/88) e o direito ao meio ambiente<sup>7</sup>.

Esta norma constitucional foi regulamentada pela Lei 9.795, de 27 de abril de 1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, a qual define, em seu artigo 2º, a educação ambiental como:

os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e *sua sustentabilidade* (grifou-se).

Quanto ao seu alcance, a própria Constituição determinou que deveria se dar em todos os níveis de ensino da educação formal, e, com o advento da Lei 9.795/1999, foi ampliada também para a educação não formal, assegurando, em seu artigo 3º, que todos têm direito à educação ambiental.

<sup>2</sup> Trata-se de sintoma antigo, que pode ser constatado desde os sermões do Padre Antônio Vieira, que avisava ao Rei que os seus próprios ministros não vinham ao Brasil buscar o bem, mas, sim, os bens. “Em consequência, chegaram, em nossas terras, grandes contingentes humanos de baixa qualidade intelectual e moral que se aventuravam em vir para cá trabalhar e se estabelecer. Cf. WAINER, Ann Helen. Legislação Ambiental Brasileira: evolução histórica do Direito Ambiental. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 30, n. 118, p. 191-206, p. 198, abr./jun. 1993.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> São eles: a interdependência, equilíbrio dinâmico, natureza cíclica dos processos ecológicos, cooperação e flexibilidade e diversidade. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. op. cit.

<sup>5</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. op. cit., p. 435.

<sup>6</sup> MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 79.

<sup>7</sup> Cf. ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco. *Articulação global-local das políticas públicas de educação ambiental na transição para o desenvolvimento sustentável: desafios e proposições com foco no município de Fortaleza*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

Um aspecto da legislação, que mereceu a reflexão de Paulo Affonso Leme Machado, foi a não criação de uma disciplina específica de educação ambiental na educação formal (salvo nos cursos de extensão ou pós-graduação, conforme o artigo 10, §1º da Lei 9.975/1999), tendo em vista a necessidade de uma concepção transversal das medidas ecoeducativas.<sup>8</sup>

Esta perspectiva, se bem trabalhada, favorece uma abordagem sistêmica e também ecocêntrica, mas também traz consigo o desafio de, paradoxalmente, não deixar que as ações de educação ambiental se tornem dispersas, eventuais e assistemáticas. Para tanto, é preciso pensar em programas com metodologias e abordagens variadas, além de conteúdos mínimos obrigatórios a serem trabalhados.

Embora o dever de educação ambiental tenha sido constitucionalmente atribuído ao Poder Público, a Lei 9.795/1999 o estende às instituições educativas, aos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente, aos meios de comunicação de massa, às empresas e à sociedade como um todo.

Esta orientação normativa encontra-se em pleno acordo com o caput do artigo 225, que estabelece o dever geral da coletividade de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, inclusive com norma constitucional mais específica, que garante a defesa contra programas, programações ou propagandas de rádio ou televisão que possam ser nocivas ao meio ambiente, nos termos do artigo 220, §3º, II e §4º da Constituição.

Também consta na legislação infraconstitucional o conjunto de princípios básicos da educação ambiental (artigo 4º e incisos), sendo eles: o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a sustentabilidade e a interdependência entre o meio natural, o socioeconômico e o cultural; o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade; a vinculação entre ética, educação, trabalho e práticas sociais; a garantia de continuidade e permanência do processo educativo; a permanente avaliação crítica do processo educativo; a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Ressalte-se que a previsão de um enfoque humanista não significa uma incompatibilidade com o ecocentrismo. Afinal, como defende J. Baird Callicott, a admissão de uma ética interespecífica, que amplia o reconhecimento de valor existencial para os seres não humanos, não exclui a valia da reflexão acerca das necessidades relacionais humanas<sup>9</sup>. Trata-se de dimensões ontologicamente distintas, embora imbricadas.

Entre os nobres objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental estão (artigo 5º): o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos; a garantia de democratização das informações ambientais; o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social; o incentivo à participação individual e coletiva na preservação do meio ambiente; o estímulo à cooperação ambiental entre as diversas regiões do país, em âmbitos micro e macrorregionais; o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia; o fortalecimento da cidadania, a autodeterminação dos povos e a solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 176.

<sup>9</sup> CALLICOTT, J. Baird. A ética da terra. In: JAMIESON, Dave (coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

Em conformidade com a Constituição, o atual Programa Nacional de Educação Ambiental, reformulado em 2005, possui como um de seus princípios a *“concepção de ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência sistêmica entre o meio natural e o construído, o socioeconômico e o cultural, o físico e o espiritual, sob o enfoque da sustentabilidade”* (grifou-se).<sup>10</sup>

Não dá, portanto, para perder de vista a grande importância deste instrumento para a ampliação da influência do paradigma ecocêntrico.

Afinal, segundo Bosselmann, “a mudança do antropocentrismo tradicional para o eocentrismo pode ser revolucionária em sua conceituação. Fazer a mudança, na prática, no entanto, deve ser mais evolutivo e gradual”.<sup>11</sup>

Afinal, no irrenunciável cenário democrático, é a partir da progressiva sensibilização acerca dos deveres do ser humano para com a natureza que se dará a aceitação social da necessidade de redefinição dos conteúdos de certos direitos, como a consideração da sustentabilidade ecológica como condição para o exercício da livre-iniciativa.

Destaca-se, nesse sentido, o importante dever das empresas no que concerne à educação ambiental. Segundo a própria Lei 9.795/99, artigo 3º, V, elas têm a responsabilidade de ofertar programas de capacitação de seus empregados que desemboquem em melhorias na saúde do trabalhador e no ambiente de trabalho, além de ter a possibilidade de impactar mais amplamente no processo produtivo como um todo.

Além disso, é preciso incorporar ao debate da educação ambiental no Brasil um tema que, segundo Fátima Portilho, ainda é marginalizado: a relação entre ambiente e consumo.<sup>12</sup>

Nesse supramencionado contexto de transição, os processos judiciais também podem ser apontados como importantes instrumentos de conscientização pública,<sup>13</sup> sobretudo em tempos de crescente valorização dos precedentes judiciais no Brasil.

Destaca-se, nesse sentido, a atuação do Superior Tribunal de Justiça, cujos acórdãos em prol da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado têm sido notáveis, inclusive, merecendo reconhecimento internacional.<sup>14</sup>

Ademais, é inescapável refletir que também os estudantes e os diversos profissionais do Direito devem ser público-alvo da educação ambiental formal e não formal.

<sup>10</sup> PROGRAMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Educação ambiental: por um Brasil sustentável*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Educação, 2014. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/pro-nea\\_4edicao\\_web-1.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/pro-nea_4edicao_web-1.pdf). Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>11</sup> BOSSELmann, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 220.

<sup>12</sup> PORTILHO, Fátima; CARNEIRO, Camila Batista Marins; GALINDO, Flávia Luzia Oliveira da Cunha. Consumo e meio ambiente: como a educação ambiental brasileira aborda essa relação? ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 5., 2010, Florianópolis. *Anais Eletrônicos* [...]. Florianópolis, 2020. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT13-293-206-20101013115034.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>13</sup> BODNAR, Zenildo. Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o Poder Judiciário. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais Eletrônicos* [...]. São Paulo, ... Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2791.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2791.pdf). Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>14</sup> ESPECIALISTAS internacionais destacam protagonismo do STJ em questões ambientais. *JusBrasil*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2211827/especialistas-internacionais-destacam-protagonismo-do-stj-em-questoes-ambientais>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Os cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, as Escolas Superiores da Advocacia, da Magistratura, do Ministério Público e demais carreiras jurídicas, bem como suas respectivas associações profissionais, devem igualmente fomentar esta perspectiva em suas atividades de formação.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – expediu a Recomendação n. 11, de 22/5/2007, no sentido de que os Tribunais adotem políticas públicas que tenham entre os seus objetivos a “*conscientização* dos próprios servidores e jurisdicionados sobre a necessidade de efetiva proteção ao meio ambiente”,<sup>15</sup> e sua promoção e recuperação, bem como para que instituam comissões para o planejamento, elaboração e acompanhamento de medidas, inclusive com fixação de metas anuais.

Ademais, além das questões relativas à gestão ambiental, também tem tido vez a reflexão sobre as próprias decisões judiciais como instrumento de proteção do meio ambiente, como ocorreu no primeiro Seminário de Planejamento Estratégico e Sustentabilidade do Poder Judiciário, em junho de 2014.<sup>16, 17</sup>

### **3 DESAFIOS À INTRODUÇÃO DE UMA EDUCAÇÃO AMBIENTAL ECOCÊNTRICA**

Percebe-se que ainda há que se avançar muito para a efetivação em nível satisfatório no Brasil.<sup>18</sup> Para se ter uma ideia, a Política Nacional de Educação Ambiental foi inaugurada em 1999, 11 anos após a promulgação da Constituição. A primeira pesquisa a revelar o estado-da-arte na educação ambiental brasileira é de 2004 e abrangeu 5 Estados de 4 regiões brasileiras, com exceção do Nordeste.

Nesta ocasião, buscou-se investigar o perfil das instituições que realizam educação ambiental, quando se descobriu que está no setor público a maioria das que a põe em prática, na seguinte ordem: “órgãos federais, estaduais e municipais; escolas públicas de ensino médio e fundamental; universidades públicas, seguidas por organizações sociais (instituições da sociedade civil ou mistas, como conselhos e consórcios) e, finalmente, pelas instituições privadas”.<sup>19</sup>

Quanto às atividades desenvolvidas, viu-se que as que objetivam mobilização/sensibilização são a maioria, seguidas pelas de capacitação. A modalidade “projeto” predomina sobre “programa”, o que leva à conclusão de que as ações de curto e médio prazos prevalecem sobre as de longo prazo.

<sup>15</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação 11, de 22 de maio de 2007. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1215>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>16</sup> EVENTO destacou esforços e desafios do Judiciário na preservação do meio ambiente. CNJ. 9 jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61779-evento-destacou-esforcos-e-desafios-do-judiciario-na-preservacao-do-meio-ambiente>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>17</sup> Trata-se de uma preocupação de juízes de vários países, que identificaram como uma das mais importantes diretrizes do papel do Judiciário na proteção do meio ambiente uma urgente necessidade de programas de trabalho focados em educação, treinamento e desenvolvimento de informações e disseminação regional e local de colóquios judiciais sobre o assunto. Cf. KOTZÉ, Louis; PATERSON, Alexander R (org.). *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives*. New York: Kluwer Law International, 2009 (Preface).

<sup>18</sup> A responsabilidade dos entes federados na efetivação da educação ambiental é comum, cabendo à União o delineamento de diretrizes gerais sobre o assunto.

<sup>19</sup> CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Discutindo a educação ambiental no Brasil a partir do diagnóstico em quatro ecossistemas no Brasil. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 301-313, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n2/a11v31n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

Quanto à educação formal, especificamente os primeiros dados públicos sistematizados sobre a educação ambiental no Ensino Fundamental nas escolas brasileiras, estes foram colhidos entre 2001 e 2004 e apresentados em 2005 por meio do relatório “O que fazem as Escolas que dizem que fazem educação ambiental?”, elaborado por algumas universidades federais.

É bem verdade que houve melhorias numéricas recentes, pois no primeiro ano em que houve o mapeamento 115 mil escolas declararam realizar algum tipo de ação e apenas 3 Estados da federação tinham cobertura de mais de 90% de sua rede. Em 2004 já eram 152 mil escolas, e apenas quatro Estados possuíam cobertura superior a 80% e inferior a 90%.

Embora possa se falar, portanto, que houve uma universalização do acesso à educação ambiental no ensino de base, esta ainda se dá de maneira inicial.

Para se ter uma ideia, o relatório mostrou que quase a metade das escolas tinha iniciado algum tipo de ação de educação ambiental apenas nos três últimos anos.

Os temas são desenvolvidos, contudo, em sua maioria, por meio de um viés fragmentado e antropocêntrico, sendo os principais pontos trabalhados: “água”, “lixo e reciclagem” e “poluição e saneamento básico”.

Chamou a atenção dos pesquisadores o fato de que um tema como “biomas”, que teria um potencial de abordagem mais sistêmico, ser bem pouco trabalhado.

As ações práticas e transformadoras da realidade local daí decorrentes também ainda são limitadas: é o que explica o fato de que, embora tenha havido um aumento substancial da cobertura da educação ambiental, o aumento da prática de reciclagem de resíduos tenha sido de apenas três pontos percentuais. Paradoxalmente, as escolas que possuem ações de educação ambiental aumentaram em cinco pontos percentuais a prática de incineração de resíduos.

A cooperação escola-comunidade na busca de práticas sustentáveis, considerada fundamental para a consolidação de uma nova cultura ecológica, também ainda é insuficiente.<sup>20</sup> Assim, evidenciam-se contrassensos, para os quais uma das hipóteses explicativas é que ainda não se absorveu que a “educação ambiental é um processo eminentemente político que visa estimular a interpretação da realidade histórica e social, a ação transformadora e responsável e a intervenção consciente e intencional na realidade”<sup>21</sup>.

Os principais dados sistematizados quanto à educação ambiental no Ensino Superior foram publicados em 2007. Participaram da pesquisa 22 Instituições de Ensino Superior – IES –, sendo 14 públicas e 8 privadas, distribuídas em 11 Estados da federação. Constatou-se que a maior parte das instituições, contrariando o formato organizacional de experiências bem-sucedidas em Universidades estrangeiras, não tem um órgão especificamente responsável pela condução da Educação Ambiental.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *O que fazem as escolas que dizem que fazem educação ambiental?* Brasília: Edição Eletrônica, 2007. p. 37. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao5.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

<sup>21</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes para estratégia nacional de comunicação e educação ambiental em unidades de conservação*. Brasília, 2011, p. 26. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao\\_encea.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao_encea.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>22</sup> ÓRGÃO GESTOR DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Mapeamento da educação ambiental em instituições brasileiras de educação superior: elementos para políticas públicas*. Brasília, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/educacaoambiental/dt12.pdf>. Acesso em: 17 set. 2014.

No que concerne à natureza das atividades desenvolvidas, as IES não desviam do padrão nacional identificado no primeiro diagnóstico sobre a Educação Ambiental no Brasil suprarreferido: o número de Programas (8) é massivamente inferior ao de Projetos (118) e as ações se concentram muito mais em projetos acadêmicos em Educação Ambiental do que propriamente em políticas institucionais sobre o tema.

Quanto ao enfoque, mais de dois terços dos projetos em educação ambiental envolvem-ram atividades de pesquisa. Algumas se dirigiram ao ensino formal, a partir da capacitação de educadores ambientais no Ensino Fundamental e Médio, ou a comunidades. Em muitos casos, os assuntos trabalhados nos projetos são fragmentados, sendo os mais frequentes: consumo, resíduos sólidos e economia solidária.

Verificaram-se 29 cursos específicos em Educação Ambiental, sendo 14 de especialização, a maior parte deles pagos e em IES do Sudeste, e 15 de extensão, normalmente voltados para os alunos e gratuitos, feitos em parceria com outras instituições.

Afora estes, cujos enfoques programáticos relacionam-se, intrinsecamente, com o tema trabalhado, foram descritas 56 disciplinas de Educação Ambiental, sendo 38 em cursos de Graduação, uma em Pós-Graduação *lato sensu* e as demais em programas *stricto sensu*. Segundo Cristiane Derani, estes empreendimentos ainda “são vistos com desconfiança pela administração universitária, maioria dos docentes e, o que é mais incômodo, pelos destinatários da inovação, os discentes”<sup>23</sup>.

Em geral, observamos também, dificuldades de construção de projetos institucionais que tomem a temática como algo coletivo, integrado e integrador do processo educativo, sendo a educação ambiental praticada de modo pontual e, portanto, desconectada do projeto pedagógico da maioria das instituições de ensino superior.<sup>24</sup>

No igual sentido de necessidade de superação destas dificuldades, estão as recomendações do Documento Técnico elaborado por pesquisadores de referência na área para orientar as políticas públicas de Educação Ambiental no Ensino Superior brasileiro:

- a) *institucionalização da EA na educação superior*: comprehende medidas e instrumentos de ambientalização das IES, em todas as suas esferas de atividade (ensino, pesquisa, extensão e gestão), que deveriam ser previstos pela política pública (entre os quais a implantação de programas de EA e de “núcleos para a aplicação da EA”); b. *efeitos sobre a dinâmica institucional*: contempla as modalidades de inserção da EA nas IES (transversalidade, interdisciplinaridade, complexidade, multiculturalismo, colaboração intra e interinstitucional, etc.) que a política pública deveria promover; c. *produção de conhecimentos em EA e formação de pessoal especializado*: diz respeito à instituição de espaços de capacitação de gestores universitários e de formação de educadores ambientais e especialistas em EA que atendam tanto à demanda interna das IES como à externa.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> DERANI, Cristiane. Educação ambiental – um processo acadêmico? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley; DERANI, Cristiane (org.). *Educação ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011. p. 57.

<sup>24</sup> BATISTA, Maria do Socorro Silva; RAMOS, Maria da Conceição Pereira. Desafios da educação ambiental no Ensino Superior – das políticas às práticas no Brasil e em Portugal. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO, 25., 2011. [J].26 a 30 abr. 2011. p. 3. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhos-Completos/comunicacoesRelatos/0356.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

<sup>25</sup> ÓRGÃO GESTOR DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Mapeamento da educação ambiental em instituições brasileiras de educação superior: elementos para políticas públicas*. Brasília, 2007, p. 27. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/educacaoambiental/dt12.pdf>. Acesso em: 17 set. 2014.

No que diz respeito especificamente à educação ambiental não formal, o Ministério do Meio Ambiente possui agendas temáticas nas seguintes áreas: Programa de Educação Ambiental e Agricultura Familiar – PEAAF;<sup>26</sup> Resíduos Sólidos;<sup>27</sup> Unidades de Conservação;<sup>28</sup> Ju-

<sup>26</sup> O início das atividades foi em 2009, quando se realizaram algumas oficinas e, mais recentemente, em 2012, um Seminário e lançamento do livro “Boas Práticas em Educação Ambiental na Agricultura Familiar”. Em 2015, lançou-se chamada pública de parceiros para o desenvolvimento do curso “Formação de agentes populares de Educação Ambiental na Agricultura Familiar”. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Programa de Educação Ambiental e Agricultura Familiar – PEAAF*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/8267>. Acesso em: 20 fev. 2016e.

<sup>27</sup> A Estratégia Nacional de Educação Ambiental (EA) e Comunicação Social (CS) na Gestão de Resíduos Sólidos – EducaRES – é a principal ação para a instituição da Educação Ambiental no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Criou-se uma plataforma virtual, a qual possui cerca de 150 projetos de educação ambiental na área de resíduos sólidos. Elegeram-se 30 experiências de cada setor (público, privado e sociedade civil) para serem reconhecidas como referências nacionais em suas áreas. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *EducaRES: práticas de educação ambiental e comunicação social em resíduos sólidos*. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/main>. Acesso em: 20 fev. 2016f.

<sup>28</sup> Pela relevância da política conservacionista para a proteção da biodiversidade brasileira, o Ministério do Meio Ambiente instituiu a *Estratégia Nacional de Comunicação e Educação Ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Encea* – para elaborar diretrizes para práticas de educação ambiental no momento da criação e da efetivação e no processo de gestão das Unidades. Produziu-se um mapeamento e diagnóstico das ações de educação ambiental no âmbito do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, em 2008. Entre outros dados, destaca-se que em mais da metade (51%) das Unidades de Conservação que participaram da pesquisa, as ações de educação ambiental ocorrem de forma pontual; em 34% acontecem de forma contínua e em 15% não estão ocorrendo. Não se identificou uma preocupação teórico-metodológica relativamente à escolha das abordagens praticadas. As organizações não governamentais, instituições de ensino e o Poder Público Municipal, têm sido os mais importantes parceiros. Os temas e conteúdos mais frequentemente abordados são: conservação da biodiversidade e dos recursos naturais (54%), valorização cultural e geração de renda (42,8%), valorização da biodiversidade para a qualidade de vida (39%) e gestão participativa e regularização fundiária (38,2%). As maiores dificuldades apontadas são a carência de recursos financeiros e a ausência de técnicos qualificados para a realização das atividades de educação ambiental. Com base neste mapeamento, em 2011 produziu-se o documento que identifica diretrizes adequadas para nortear as ações de Educação Ambiental e Comunicação em Unidades de Conservação, que são: fortalecimento da atuação pública, estímulo e fortalecimento da participação social, estímulo à inserção da temática no ensino formal e também no ensino não formal, sobretudo que alcance os interesses da gestão da unidade e das populações em seu entorno, e qualificação da abordagem da mídia, com foco educativo na gestão ambiental. Cf.: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Mapeamento e diagnóstico das ações de comunicação e educação ambiental no Âmbito do Snuc. Brasília, 2008. p. 10. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/diagnostico\\_encea%201.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/diagnostico_encea%201.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016; MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Diretrizes para estratégia nacional de comunicação e educação ambiental em unidades de conservação. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao\\_encea.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao_encea.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016.

ventude e Meio Ambiente;<sup>29</sup> Coletivos Educadores;<sup>30</sup> Mudanças Climáticas;<sup>31</sup> Saneamento;<sup>32</sup> Gerenciamento Costeiro;<sup>33</sup> e Licenciamento Ambiental.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Houve, por um trabalho conjunto dos Ministérios da Educação, do Meio Ambiente e da Secretaria Nacional da Juventude, a publicação da Portaria Interministerial 319/2012, que instituiu o Grupo de Trabalho Juventude e Meio Ambiente, o qual resultou em uma proposta de texto para o Programa Nacional Juventude e Meio Ambiente, que está estruturado em quatro eixos temáticos: 1) Educação ambiental, formação e produção do conhecimento; 2) Trabalho decente e sustentável para a juventude; 3) Direito da juventude ao território; e 4) Participação social da juventude nas políticas públicas para a sustentabilidade. O Grupo foi extinto em 2013 e o material produzido está em fase de análise. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Programa Nacional de Juventude e Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/9343>. Acesso em: 20 fev. 2016a.

<sup>30</sup> O Ministério do Meio Ambiente iniciou, em 2013, a oferta de cursos de educação ambiental a distância. Até agora foram ofertados 9 cursos e estima-se que 7.500 pessoas tenham se beneficiado diretamente desta iniciativa. A partir de 2014, o Ministério do Meio Ambiente requereu ao Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego – Pronatec – vagas em seus cursos, especialmente o Bolsa Formação, o qual oferece, gratuitamente, oportunidades nas seguintes áreas: Pronatec Ambiental, Pronatec Bolsa-Verde Extrativismo e Pronatec Catador. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pronatec*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/pronatec>. Acesso em: 20 fev. 2016b.

<sup>31</sup> Tomando por mote esta temática, o Departamento de Educação Ambiental do Ministério do Meio Ambiente produziu dois documentos: um estabelecendo parâmetros e diretrizes para a Educação Ambiental no contexto das Mudanças Climáticas e outro com uma proposta de campanha sobre o tema, com respectivas estratégias de execução. Lançaram, ainda, o livro Educação e Mudanças Climáticas, por meio do qual “o Departamento de Educação Ambiental (DEA) acredita contribuir para que as ações e os projetos de EA no Brasil aprimorem a sua postura ao questionar e propor alternativas à visão ainda hegemônica de um modelo de desenvolvimento que aposta no crescimento desenfreado, na infinitude dos recursos naturais, nas soluções tecnicistas e na superutilização do ambiente”, reconhecendo, “Dessa forma, [que] o cenário climático atual exige a adoção de novas escolhas no estilo de vida de nossa sociedade, mudanças de atitudes individuais e coletivas na relação com o meio natural, rupturas paradigmáticas, mudanças de valores no uso e na apropriação dos recursos e fontes energéticas e na experimentação de diferentes alternativas de postura em relação à manutenção da vida na Terra. Essas mudanças significam um imenso desafio. É notória a constatação de um distanciamento entre a compreensão do fenômeno Mudanças Climáticas e a relação com o dia-a-dia das pessoas”. E, ainda, que “a interpretação e a problematização das causas e consequências das Mudanças Climáticas no campo conceitual e no fazer prático da EA no Brasil ainda estão emergindo. Há um conjunto de experiências pedagógicas, deliberações e propostas de EA, mas isoladas, que ainda não permitem afirmar, de forma segura, quais são os posicionamentos e sugestões apresentadas pela EA para o enfrentamento do fenômeno. [...] Podemos constatar que existem projetos e iniciativas em desenvolvimento nas instituições e organizações da sociedade civil e também no âmbito dos governos, que abordam a temática Mudança Climática pela ótica da Educação Ambiental. Na esfera do governo federal, temos a inserção da EA na regulamentação do Plano Nacional de Mudanças Climáticas; o projeto de EA no contexto das mudanças do clima e na agricultura familiar (DEA/MMA) e o programa Escola Sustentável (CGEA/MEC). Na esfera da sociedade civil, encontramos várias iniciativas, projetos, programas, cursos, entre outros, com tais temas: neutralização de carbono, seqüestro de carbono, mercado de carbono, metodologias para projetos florestais de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) etc.” MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Educação ambiental e mudanças climáticas: diálogo necessário num mundo em transição*. Brasília, 2013, *passim*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80062/Livro%20EA%20e%20Mudancas%20Climaticas\\_WEB.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80062/Livro%20EA%20e%20Mudancas%20Climaticas_WEB.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>32</sup> Tem-se atuado em conjunto com o Ministério das Cidades, responsável pela introdução da Política Nacional de Saneamento Básico, por meio da produção de cartilhas, oficinas e Seminários. Cf. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Saneamento*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/365>. Acesso em: 20 fev. 2016c.

<sup>33</sup> O Ministério do Meio Ambiente contratou uma consultoria para elaborar uma proposta de curso de formação em Gerenciamento Costeiro, que está em andamento desde 2014. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Gerenciamento costeiro*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/10430>. Acesso em: 20 fev. 2016d.

<sup>34</sup> Realizou-se um estudo nacional para avaliar como a Educação Ambiental vem sendo utilizada para mitigação de impactos ambientais no âmbito dos procedimentos de Licenciamento Ambiental nas esferas federal e estadual. Seguem alguns trechos da publicação: “Durante os relatos, algumas instituições se mostraram preocupadas com a fragilidade da Educação Ambiental no âmbito do licenciamento, alegando que ela não está cumprindo os objetivos da própria EA. [...] existem diversos tipos e formas de atuação, sendo que o que prevalece ainda são ações educativas pontuais e muitas vezes sem contexto, simplesmente para o cumprimento da condicionante. Apesar de tudo, foi possível observar também, que neste meio, mesmo regido pelo poder econômico e pela demanda de mercado, existem instituições com comprometimento real de transformação das comunidades. [...] Neste sentido, muitos empreendimentos, sabendo da falta de acompanhamento e fiscalização dos programas, aproveitam-se da situação para reduzir as ações ou até mesmo interromperem os programas[...]. As instituições informaram que alguns empreendimentos adotam este procedimento como uma estratégia para reduzirem os gastos, e como não há um acompanhamento efetivo dos órgãos ambientais, não existe um mecanismo de cobrança dos empreendimentos em relação à continuidade da execução dos programas[...]. Algumas instituições enfatizaram que o acompanhamento dos PEAs [Programas de Educação Ambiental] pelos órgãos estaduais é praticamente inexistente. [...] Na visão de algumas empresas de consultoria, os PEAs deveriam surgir inicialmente como condicionante do licenciamento, mas que seria um caminho natural à continuidade destes como programas de responsabilidade social dos empreendimentos. Enfatizaram que esta transição garantiria a continuidade dos processos, mas que só seria possível se os empreendedores compreendessem o real conceito de responsabilidade social. Hoje, estes projetos, em geral, têm a finalidade de promover e melhorar a imagem das empresas nas comunidades”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Produto 4: Documento técnico contendo levantamento realizado com instituições executoras dos programas e projetos de*

Ainda inexistem dados sistematizados sobre o conjunto das iniciativas de educação ambiental não formal. Alguns relatórios e documentos técnicos oficiais apontam para iniciativas que estão sendo desenvolvidas, mas que ainda parecem longe de abranger o universo populacional necessário ou de compilar dados robustamente representativos em todos os Estados da federação.

Na prática, assim, não é possível fazer uma avaliação esmiuçada acerca da efetividade destas políticas ou refletir de modo amplo acerca de mecanismos de permanente aperfeiçoamento.

Mesmo nos casos em que há dados, é preciso que se olhe para eles com muita cautela, pois são incrivelmente lacunosos e estão longe de possuir uma representatividade adequada, o que faz com que qualquer análise generalizante deva ser feita com muitas ponderações e reservas. Ainda, é injustificável que estes dados não tenham sido atualizados e ampliados.

As ações mapeadas na educação formal ou não formal, de uma maneira geral, possuem, na maioria das vezes, caráter pontual e não programático, o que interfere significativamente em seu potencial transformador, aproximando-as de políticas de valor cosmético.

Os conteúdos abordados, embora muitas vezes contemplem questões locais, relevantes para populações vulneráveis a injustiças ambientais, também são, muitas vezes, fragmentados em razão de recursos ambientais específicos, não oportunizando, de maneira adequada, o salto necessário para a compreensão da dimensão complexa das inter-relações constitutivas dos ecossistemas e para uma avaliação acerca da adequação de comportamento dos mais diversos grupos das sociedades humanas diante desta realidade.

A formação de educadores ambientais também ainda não supre a demanda existente e enfrenta desafios. Segundo Isabel Carvalho,

Essa situação é ilustrada, por exemplo, no diagnóstico da REPEA, que descreve a grande mobilidade de um segmento importante de educadores ambientais em São Paulo, em sua maioria jovens e recém-formados, que transitam entre vários projetos de conforme a disponibilidade de recursos públicos e privados que os apóiam e aprovam ou não.<sup>35</sup>

Neste contexto, ainda se tem de lidar com um grande questionamento: Como formar educadores críticos, libertos da “razão instrumental, utilitária e segmentada”,<sup>36</sup> aptos a apreender os fenômenos por meio do paradigma da complexidade? Como concretizar isso num contexto de um Estado de atuação contraditória, muitas vezes subordinando-se aos interesses dos grandes degradadores?

educação ambiental em desenvolvimento no país, como exigência dos licenciamentos ambientais federal e estaduais. 30 out. 2015, *passim*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/produto%204%20EA%20no%20licenciamento%20executoras%20final.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2016.

<sup>35</sup> CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Discutindo a educação ambiental no Brasil a partir do diagnóstico em quatro ecossistemas no Brasil. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 301-313, p. 311, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n2/a11v31n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>36</sup> DERANI, Cristiane. Educação ambiental – um processo acadêmico? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley; DERANI, Cristiane (org.). *Educação ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011. p. 51.

É possível, diante desse cenário, apontar para um forte indício de não priorização e de precarização desta política.<sup>37</sup>

## 4 CONCLUSÃO

Assim, percebe-se que a educação ambiental no Brasil está tomando forma, a qual, paradoxalmente, pode estar ruindo antes de se soerguer. A situação fica ainda mais grave diante de uma série de desmontes que o sistema jurídico de proteção ambiental vem sofrendo no Brasil nos últimos tempos.

Assim, percebe-se que é preciso haver uma postura mais incisiva do Estado. Embora o artigo 2º da Lei de Política Nacional de Educação Ambiental preveja que a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, e que deve estar presente em todos os níveis de ensino formal e também na educação não formal, questiona-se se os instrumentos existentes podem, de fato, alcançar a universalização do acesso à educação ambiental e resultar em efetivas transformações de mundivisão, que possibilitem o embasamento de uma nova relação com o entorno.

Os documentos e estudos técnicos aqui citados revelam diagnósticos, pareceres e sugestões de diretrizes, o que é um passo necessário e preliminar para o planejamento e execução de novas tarefas.

Além disso, realiza-se por uma dimensão jurídica importantíssima. Afinal, a Educação Ambiental é um dever fundamental do Estado, e, como tal, exige que se tome uma série de providências, por meio de prestações positivas, sob pena de responsabilidade.

Caso contrário, “se resumiria em uma estética ou, o que é muito mais perverso, numa retórica da práxis ambiental”.<sup>38</sup> É essencial, assim, a garantia e o fortalecimento de sua “presença subversiva”<sup>39</sup> no âmbito institucional, não por meio de um discurso normativo e político de tonalidades suaves, mas, sim, que sejam revestidos e marcados por imperatividade e coercibilidade.

Nesse sentido, foi importante a inclusão, em 2012, do §7º no artigo 26 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira – Lei n. 9.394/1996 –, determinando que os princípios da educação ambiental devem ser incluídos de forma integrada como conteúdo obrigatório nos currículos dos Ensinos Fundamental e Médio.

Entende-se, contudo que as legislações infraconstitucionais que preveem as políticas de educação ambiental ainda podem e devem ser mais específicas e prever metas de universalização do acesso e, ainda, detalhando conteúdos mínimos a serem abordados de forma interdisciplinar e holística, a exemplo de um dos maiores desafios de nossos tempos: as mudanças climáticas.

<sup>37</sup> CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Discutindo a educação ambiental no Brasil a partir do diagnóstico em quatro ecossistemas no Brasil. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 301-313, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n2/a11v31n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

<sup>38</sup> DERANI, Cristiane. Educação ambiental – um processo acadêmico? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley; DERANI, Cristiane (org.). *Educação ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011. p. 44.

<sup>39</sup> DERANI, op. cit., p. 55.

Não se pode, portanto, perder de vista a grande importância da sensibilização de todos para a ascensão gradual do paradigma ecocêntrico, considerando que isso não se fará a partir de conteúdos fragmentados ou sem que se garanta o amplo conhecimento da população acerca dos atuais dilemas civilizatórios.

Nesse sentido, comprehende-se que é fundamental que o Estado adote diretrizes políticas e legislativas de orientação ecocêntrica, com a finalidade de *sensibilizar* as gerações presentes e futuras e instigá-las a repensar o lugar do ser humano na natureza e possibilitar, de tal modo, uma metamorfose<sup>40</sup> ou uma *transição ecocêntrica democrática*.

Não se deve, porém, deixar iludir: embora fundamental, a integração do elemento ecológico aos aspectos social e econômico do ordenamento jurídico é uma medida inicial diante de uma longa trajetória até se alcançar o ser-ainda-não da sustentabilidade.

## 5 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco. *Articulação global-local das políticas públicas de educação ambiental na transição para o desenvolvimento sustentável: desafios e proposições com foco no município de Fortaleza*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.
- BATISTA, Maria do Socorro Silva; RAMOS, Maria da Conceição Pereira. Desafios da educação ambiental no Ensino Superior – das políticas às práticas no Brasil e em Portugal. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO, 25., 2011. *Anais Eletrônicos* [...]. 26 a 30 abr. 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompletos/comunicacoesRelatos/0356.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- BODNAR, Zenildo. Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o Poder Judiciário. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais Eletrônicos* [...]. São Paulo, 4 a 7 nov. 2009. p. 2.279. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2791.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2791.pdf). Acesso em: 14 mar. 2016.
- BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 220.
- CALLICOTT, J. Baird. A ética da terra. In: JAMIESON, Dave (coord.). *Manual de filosofia do ambiente*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2014.
- CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Discutindo a educação ambiental no Brasil a partir do diagnóstico em quatro ecossistemas no Brasil. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 301-313, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n2/a11v31n2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação 11, de 22 de maio de 2007. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1215>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>40</sup> “A ideia de metamorfose, mais rica do que a ideia de revolução, guarda a radicalidade transformadora, mas a liga à conservação (da vida, do patrimônio cultural). Para ir rumo à metamorfose, como mudar de caminho? Mas se parece possível corrigir alguns males, é impossível romper a lógica técnico-científico-econômico-civilizacional que leva o planeta ao desastre. No entanto, a História humana mudou muitas vezes de caminho. Tudo recomeça por uma inovação, uma nova mensagem desviante, marginal, pequena, muitas vezes invisível para os contemporâneos. Assim começaram as grandes religiões: budismo, cristianismo, islamismo. O capitalismo se desenvolveu parasitando as sociedades feudais para finalmente decolar e, com a ajuda de monarquias, desintegrá-las. A ciência moderna formou-se a partir de algumas mentes desviantes dispersas, Galileu, Bacon, Descartes, e então criou suas redes e associações, se introduziu nas universidades no século XIX, e depois, no século XX nas economias e nos Estados para se tornar um dos quatro poderosos motores da nave espacial Terra. O socialismo nasceu de algumas mentes autodidatas e marginalizadas no século XIX para se tornar uma formidável força histórica no século XX. Hoje, tudo tem que ser repensado. Tudo deve recomeçar. Com efeito, tudo começou, mas sem que se soubesse. Estamos no estágio de começos, modestos, invisíveis, marginais, dispersos. Porque já existe, em todos os continentes, uma efervescência criativa, uma multiplicidade de iniciativas locais, em conformidade com a revitalização econômica, ou social, ou política, ou cognitiva, ou educacional ou ética, ou da reforma da vida”. MORIN, Edgar. Elogio da metamorfose. *Instituto Humanitas Unisinos*. 11 jan. 2010. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/28829-elogio-da-metamorfose-artigo-de-edgar-morin>. Acesso em: 15 ago. 2014.

DERANI, Cristiane. Educação ambiental – um processo acadêmico? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley; DERANI, Cristiane (org.). *Educação ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011.

ESPECIALISTAS internacionais destacam protagonismo do STJ em questões ambientais. *JusBrasil*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2211827/especialistas-internacionais-destacam-protagonismo-do-stj-em-questoes-ambientais>. Acesso em: 14 dez. 2016.

EVENTO destacou esforços e desafios do Judiciário na preservação do meio ambiente. *CNJ*. 9 jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61779-evento-destacou-esforcos-e-desafios-do-judiciario-na-preservacao-do-meio-ambiente>. Acesso em: 10 jun. 2014.

KOTZÉ, Louis; PATERSON, Alexander R (org.). *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives*. New York: Kluwer Law International, 2009 (Preface).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *O que fazem as escolas que dizem que fazem educação ambiental?* Brasília: Edição Eletrônica, 2007. p. 37. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao5.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes para estratégia nacional de comunicação e educação ambiental em unidades de conservação*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao\\_encea.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/publicacao_encea.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Gerenciamento costeiro*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/10430>. Acesso em: 20 fev. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Mapeamento e diagnóstico das ações de comunicação e educação ambiental no âmbito do SNUC*. Brasília, 2008. p. 10. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/diagnostico\\_encea%201.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/diagnostico_encea%201.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Produto 4*: documento técnico contendo levantamento realizado com instituições executoras dos programas e projetos de educação ambiental em desenvolvimento no país, como exigência dos licenciamentos ambientais federal e estaduais. 30 out. 2015, *passim*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/produto%204%20EA%20no%20licenciamento%20executoras%20final.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Programa Nacional de Juventude e Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/9343>. Acesso em: 20 fev. 2016a.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pronatec*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/pronatec>. Acesso em: 20 fev. 2016b.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Saneamento*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/365>. Acesso em: 20 fev. 2016c.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Educação ambiental e mudanças climáticas*: diálogo necessário num mundo em transição. Brasília, 2013, *passim*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80062/Livro%20EA%20e%20Mudancas%20Climaticas\\_WEB.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80062/Livro%20EA%20e%20Mudancas%20Climaticas_WEB.pdf). Acesso em: 20 fev. 2016d.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Programa de Educação Ambiental e Agricultura Familiar – PEAAF*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/formacao/item/8267>. Acesso em: 20 fev. 2016e.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *EducaRES*: práticas de educação ambiental e comunicação social em resíduos sólidos. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/main>. Acesso em: 20 fev. 2016f.

MORIN, Edgar. Elogio da metamorfose. *Instituto Humanitas Unisinos*. 11 jan. 2010. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/28829-elogio-da-metamorfose-artigo-de-edgar-morin>. Acesso em: 15 ago. 2014.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

ÓRGÃO GESTOR DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Mapeamento da educação ambiental em instituições brasileiras de educação superior*: elementos para políticas públicas. Brasília, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/educacaoambiental/dt12.pdf>. Acesso em: 17 set. 2014.

PORTILHO, Fátima; CARNEIRO, Camila Batista Marins; GALINDO, Flávia Luzia Oliveira da Cunha. Consumo e meio ambiente: como a educação ambiental brasileira aborda essa relação? ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 5., 2010, Florianópolis. *Anais eletrônicos* [...]. Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT13-293-206-20101013115034.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

PROGRAMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Educação ambiental: por um Brasil sustentável*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Educação, 2014. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/pronea\\_4edicao\\_web-1.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80221/pronea_4edicao_web-1.pdf). Acesso em: 20 dez. 2015.

WAINER, Ann Helen. Legislação Ambiental Brasileira: evolução histórica do Direito Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 118, p. 191-206, abr./jun. 1993.

## A Persistência do Fracasso/Sucesso Prisional A Hipótese do Ilegalismo em Michel Foucault<sup>1</sup>

**Marcelo Buttelli Ramos**

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado. [mbuttelliramos@hotmail.com](mailto:mbuttelliramos@hotmail.com)

**Gustavo Noronha de Avila**

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito da Unicesumar. Professor da Universidade Estadual de Maringá. [gusnavila@gmail.com](mailto:gusnavila@gmail.com)

### RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo problematizar dois fatos já consagrados no âmbito dos estudos criminológicos contemporâneos (por exemplo a resiliência da Prisão e a expansão dos discursos de encarceramento) a partir da sua exposição ao conceito foucaultiano de “illegalismo”. Ancorados no pensamento de Michel Foucault, os autores buscam, neste escrito, desenvolver a hipótese que sugere a possibilidade de se realizar uma leitura (pelo avesso) do argumento que informa o “fracasso histórico da prisão”, concebendo tal fato não como uma desventura, uma fatalidade, mas como uma espécie de desvio consciente e estratégico dos discursos oficiais, cujo objetivo primeiro seria o desenvolvimento de uma economia biopolítica focalizada na (re)produção de subjetividades normalizadas. Os autores procuram verificar a validade da hipótese a partir da realização de uma análise crítica acerca das conjunturas histórica e política que serviram de cenário para a edição da Lei dos Crimes Hediondos.

**Palavras-chave:** Foucault. Vigiar e punir. Prisão. Ilegalismo. Lei de crimes hediondos.

**THE PERSISTENCE OF FAILURE/SUCCESS OF PRISON:  
THE MICHEL FOUCAULT'S HYPOTHESIS OF ILLEGALISM**

### ABSTRACT

This essay aims to discuss two facts that already are included in the framework of contemporary criminological studies (e.g. resilience of the Prison and the expansion of incarceration speeches) from its exposure to Foucault's concept of “illegality”. Anchored in the thought of Michel Foucault, the authors intend to develop the hypothesis that suggests the possibility of performing a (inside-out) read the “historical failure of prison,” conceiving this fact not as a misfortune, a fatality, but instead, as a kind of conscious and strategic diversion of official speeches, whose primary objective would be the development of a biopolitics economy focused on the (re)production of standardized subjectivities. The authors seek to verify the validity of the hypothesis from performing a critical analysis of the historical and political junctures setting for the enactment of Law of Heinous Crimes.

**Keywords:** Foucault. Discipline and punish. Prison. Illegalism. Heinous crimes act.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Acerca das potencialidades analíticas que envolvem o emprego do termo “illegalismo”. 3 Gerindo a ilegalidade: o reconhecimento enviesado dos artifícies da violência cotidiana. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 27/8/2017  
Aceito em: 29/7/2019

<sup>1</sup> Uma versão inicial deste texto foi apresentada no VII Congresso da Associação Brasileira de Sociologia do Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os críticos do funcionamento do sistema de justiça criminal, Michel Foucault ganhou notoriedade por meio de suas investigações acerca das novas e velhas tecnologias e dispositivos de disciplinamento, controle e vigilância do homem moderno.<sup>2</sup>

Embora a obra de Foucault seja comumente vinculada, sobretudo no âmbito dos estudos criminológicos (GARLAND, 2008, p. 43), à realização de uma genealogia do poder disciplinar, já era possível perceber, nas páginas do próprio *Vigar e Punir*, a crescente preocupação do filósofo com relação ao funcionamento de certos dispositivos de segurança,<sup>3</sup> cuja função, situada mais além da formação de corpos dóceis, disciplinados, consistia na naturalização, e consequente ampliação, das mais variadas formas de governo da vida dos indivíduos em geral (FOUCAULT, 2008, p. 158).

Com efeito, é a partir deste último paradigma do pensamento foucaultiano, o paradigma da governamentalidade dos seres,<sup>4</sup> que pretendemos problematizar a noção de “ilegalismo”, pensando-a, destarte, como instrumento profícuo de análise da tendência criminalizadora instalada, desde décadas, no âmbito da política criminal brasileira.

Considerando a necessidade de delimitar o escopo deste ensaio, discutiremos o problema proposto à luz da normatividade da Lei dos Crimes Hediondos (LCH). Essa decisão foi motivada, fundamentalmente, pelo caráter simbólico da expressão “hediondo”; um termo que, apesar de carecer de um sentido jurídico concreto, tem orientado, como uma espécie de significante-mestre,<sup>5</sup> as mais duras reformas da legislação penal desde o advento da Constituição Federal de 1988, sendo responsável, portanto, como diria Foucault, pela instauração de uma verdadeira gestão diferencial das ilegalidades.

<sup>2</sup> Dentre os inúmeros cursos ministrados por Michel Foucault enquanto titular da cátedra da Collège de France, sugerimos a leitura dos seguintes (em virtude da sua adequação para com a problemática que constitui o objeto desta breve exposição): *Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978)*, editado em português em 2008 e *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, editado no Brasil em 1999. É importante lembrar que nenhuma análise da vasta (e boa parte inédita) obra de Foucault pode ser considerada definitiva. Trazemos aqui, tão somente, uma interpretação acerca dos escritos foucaultianos que versam sobre as hipóteses dos ilegalismos e das prisões. Com efeito, Edgardo Castro, tradutor de sua obra para o espanhol, registra, com clareza, a necessidade de se ter cautela com relação à discussão da obra de Foucault: “O ciclo das publicações dos textos de Foucault não está fechado. Não só porque não apareceram senão dois de seus treze cursos no Collège de France, mas porque o ‘arquivo Foucault’, agora depositado na Bibliothèque Nationale de France, comprehende aproximadamente 40.000 folhas inéditas, entre as quais se encontram o quarto tomo de História da sexualidade, As confissões da carne, e três dezenas de cadernos, diário intelectual no qual Foucault registrou suas leituras e reflexões desde 1961 até sua morte” (CASTRO, 2014, p. 11).

<sup>3</sup> Em entrevista à International Psychoanalytical Association (IPA), ao ser indagado acerca dos usos que fazia da expressão “dispositivo”, Foucault referiu que, por intermédio do emprego do termo, procurou representar “um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos” (FOUCAULT, 1995, p. 244). Na esteira da resposta proposta por Foucault, tenderíamos a caracterizar a noção de dispositivo como tudo aquilo que é capaz de controlar/orientar, em um sentido em que se supõem úteis, os comportamentos e pensamentos dos homens.

<sup>4</sup> O paradigma da governamentalidade, que em larga medida transcende o paradigma da disciplina, revela que o objeto de intervenção nos cárceres “já não é simplesmente o corpo dos indivíduos, mas sua vida, ou, melhor dizendo, seu corpo por intermédio da alma” (CASTRO, 2014, p. 87).

<sup>5</sup> O termo, oriundo da psicanálise lacaniana, visa a nomear o elemento discursivo particular que, ao assumir uma função estruturadora central no interior de um certo campo discursivo, passar a representar “a palavra de ordem, o momento de corte histórico e de constituição de uma nova ordenação simbólica do discurso” (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 38).

## 2 ACERCA DAS POTENCIALIDADES ANALÍTICAS QUE ENVOLVEM O EMPREGO DO TERMO “ILEGALISMO”

A expressão ilegalismo é apresentada, inicialmente, no curso *A Sociedade Punitiva*. Em um primeiro momento, Foucault (2015, p. 130) a utiliza enquanto “ilegalismo popular” para descrever o modo de produção capitalista desde a novel burguesia. Ainda que focado em uma perspectiva privada, desde logo é demonstrada a necessária análise conjunta com a dimensão pública: “... não é possível entender o funcionamento de um sistema penal, de um sistema de leis e interditos, se não interrogamos sobre o funcionamento positivo dos ilegalismos” (FOUCAULT, 2015, p. 134).

Aprofundada na obra “Vigiar e Punir” (2010), a expressão “ilegalismo”, que se situa no campo das discussões sobre as formas e as finalidades do disciplinamento humano, representa uma maneira interessante de questionar as finalidades das normas jurídicas, notadamente as de natureza penal, que, através dos séculos, tem logrado escapar à *lógica cronológica da história do encarceramento*, que, sob o prisma das suas pretensões oficiais, informa, apenas, o fracasso sistemático da instituição prisão e dos discursos que visam a ampliar o controle social pela via da penalidade.<sup>6</sup>

Ao explorar a potencialidade crítica que surge com o termo ilegalismo, Foucault indaga acerca dos reais objetivos históricos que se realizaram a pretexto do fracasso da prisão. A propósito disso, é reveladora a reflexão proposta pelo autor:

[...] qual é a utilidade desses fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinquência, indução da reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquente. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o aparente cinismo da instituição penal [...] deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira mais geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprir as infrações, mas antes a distingui-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos para transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral de sujeições (FOUCAULT, 2010, p. 258).

É possível perceber, portanto, que a noção de ilegalismo, em Foucault, mira a análise não do ato humano transgressor da norma jurídica, mas dessa espécie de estratégia política que instrumentaliza a percepção social sobre a violência, visando, com isso, à criação de uma delinquência útil, legítima em última análise, que autoriza a adoção de expedientes jurídicos extraordinários, muitas vezes contrários à própria lei.

Por vezes, *illégalisme* e *illégalite* são aparentemente utilizados como sendo sinônimos nas traduções realizadas ao português dos textos de Foucault. Para Fonseca (2002), o fato de “o termo *illégalisme* não ser veiculado corretamente na língua francesa parece demonstrar, por parte do autor, a intenção de marcar uma especificidade do mesmo em relação ao termo mais comum, *illégalite*” (p. 137).

<sup>6</sup> É importante sublinhar que a relação que se acredita existir entre o momento de nascimento da prisão e o atual cenário de encarceramento em massa, não se constitui como um “salto”, mas, sim, como um “encadeamento” (BLANCHOT, 1987, p. 29).

Não se trata, portanto, de um mero descumprimento da norma em abstrato.<sup>7</sup> A noção de ilegalismo diz respeito à “ideia de um certo regime funcional de atos considerados ilegais no interior de uma dada legislação, em vigor no interior de uma sociedade” (FONSECA, 2002, p. 138).

Optamos por dar alguma concretude a essa impressão relembrando aquele acontecimento que, na história da jovem democracia brasileira, abalou profundamente a possibilidade de se pensar humanitariamente o trato da questão criminal no Brasil: o advento da Lei dos Crimes Hediondos (LCH) (BRASIL, 1990).

Em vigor há mais de duas décadas, a LCH apresentou-se, por meio da sua rígida normatividade, como a mais perfeita antítese ao projeto político preconizado pela Lei de Execução Penal (LEP). Neste sentido, enquanto a LCH optou pela estruturação de um discurso inspirado nos ideais do enclausuro e da incapacitação dos apenados, a LEP mirou, na antípoda, a sua “harmoniosa integração à sociedade” (BRASIL, 1984). Considerada a sempre intrincada dinâmica que envolve os cálculos de poder na política brasileira, é no mínimo curioso perceber a contradição lógica que se estabelece no cotejo entre as ideologias políticas que inspiraram a edição das referidas leis e os seus respectivos momentos históricos de surgimento; vale dizer: enquanto a LCH representa uma das primeiras leis penal do período de redemocratização do Brasil, a LEP denota um dos últimos suspiros legislativos de um já combalido governo militar.

Retomando o fio de nossa argumentação, essa nova economia de poder, engendrada pela LCH, fez-se sentir pela instituição de um conjunto de restrições, dentre as quais se destaca a tentativa inicial de definição da impossibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena e da obrigatoriedade do regime fechado, como regime inicial de cumprimento de pena para certos delitos. Dito de outro modo, sob o pretexto de se punir com maior eficiência, o Estado democrático brasileiro, por meio das próprias instituições, passou a referendar um amplo conjunto de práticas institucionais que coloca em questão direitos garantidos tanto pela Constituição Federal (CF) quanto pela legislação ordinária brasileira, tais como: o regime inicial de cumprimento de pena (artigo 33, §1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal brasileiro), a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena (artigo 112 da Lei de Execução Penal) e a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, CF), etc.

Tendo chegado a este ponto, logramos reunir os elementos teóricos e empíricos necessários para afirmar que esses movimentos político-criminais, tornados legítimos a partir da LCH, consubstanciam espécies de ilegalismos cuja permanência contribui, sobremaneira, para a manutenção de um *establishment* punitivo que insiste em fazer visível apenas uma determinada espécie de ilegalidade, deixando oculta, entretanto, outras formas de violação de direitos patrocinadas, paradoxalmente, pelo Estado e seus agentes.

A seguir, colocaremos este último argumento à prova.

<sup>7</sup> Márcio Alves da Fonseca esclarece, a propósito disso que: “[a] ideia que parece estar ligada à noção de ilegalismo é aquela de ‘gestão’, gestão de um certo número de práticas, gestão de um certo número de ilegalidades ou irregularidades que, consideradas em conjunto, representam em si mesmas uma certa regularidade” (2002, p. 138-139).

### **3 GERINDO A ILEGALIDADE:**

#### **O Reconhecimento Enviesado dos Artifícies da Violência Cotidiana**

Essa peculiar técnica política, que se encontra implicada na noção de ilegalismo, tem servido, nas últimas décadas, como condição de possibilidade para a emergência de um conjunto de regras típicas de Estados que flertam com regimes de exceção, onde a relativização, ou mesmo a negação de certos direitos individuais, surge como caminho natural ante a necessidade de “suspensão do ordenamento vigente” (AGAMBEN, 2004, p. 48) em relação a determinados inimigos comuns, “cuja aniquilação restaurará o equilíbrio e a justiça” (ŽIŽEK, 2011, p. 281).

Malgrado o silêncio da crítica criminológica a respeito do tema, o estudo dos diplomas legislativos que constituem o corpo normativo da Lei dos Crimes Hediondos (LCH) tem muito a dizer sobre o atual estado de coisas da política criminal brasileira. Arriscamos destacar, com efeito, que LCH reflete, na qualidade de dispositivo de segurança, a *forma mentis* de uma cultura já naturalizada em torno da gestão diferencial das ilegalidades perpetradas pelo Estado brasileiro.

A propósito desse último comentário, não há como deixar de problematizar implicações decorrentes da entrada em vigor da Lei Federal n. 13.142/2015 (BRASIL, 2015), que passou a considerar hediondos os crimes de lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (artigo 129, §2º, do Código Penal) e lesão corporal seguida de morte (artigo 129, §3º, do Código Penal), sempre quando praticados em detrimento de agentes de segurança pública, seus cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até o terceiro grau (BRASIL, 1940). A análise do referido diploma legal, como veremos a seguir, ressalta a utilidade concreta do conceito foucaultiano, que funciona, no momento, como uma espécie de lente teórica que permite enxergar a Razão Cínica e, ao mesmo tempo perversa (ŽIŽEK, 1992), que inspira parte das reformas legislativas contemporâneas em matéria de direito penal.

Ao tutelar de forma diferenciada a integridade física dos agentes de segurança, o legislador brasileiro perdeu, de fato, uma excelente oportunidade para reconhecer e, assim, transformar outra realidade que é tão ou mais real quanto aquela que deu ensejo à edição da Lei Federal n. 13.142/2015: a violência institucional protagonizada por uma força policial reconhecidamente letal.<sup>8</sup>

Seguindo essa linha argumentativa, caberia indagar: Afinal, o que representa, em termos político-criminais, essa nova figura normativa num contexto de discussão caracterizado, sobretudo, pela intensificação dos discursos punitivos e pelo exponencial crescimento da letalidade das forças policiais brasileiras? Por ventura, a morte de um cidadão (esteja ele envolvido ou não com a prática de condutas consideradas ilícitas) em virtude do emprego excessivo de força por parte dos agentes de segurança pública, também não estaria a representar uma

<sup>8</sup> No último relatório anual da Anistia Internacional (2014-2015), a atuação das polícias militares brasileiras foi classificada como “extremamente preocupante”. O aumento considerável das mortes de civis durante a realização de operações de ocupação e segurança, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, culminou na elaboração de requerimento para que o governo federal inicie, imediatamente, um plano nacional visando à redução das taxas de homicídio em todo o país. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

circunstância socialmente danosa e aviltante, merecedora, portanto, de tutela penal? Evidentemente, o silêncio do legislador, no momento, não chega a causar espanto, uma vez que, como bem-alertou Foucault, “a lei não é feita para impedir um ou outro tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de se fazer circular a própria lei” (FOUCAULT, 1994, p. 718-719 *apud* CASTRO, 2009, p. 224-225).

Com efeito, a realização de um rápido cotejo entre a tendência normativa instaurada por ocasião da publicação da Lei Federal n. 13.142/2015 e a violenta realidade compartilhada pelas comunidades situadas às margens dos grandes centros urbanos brasileiros, confirma, a um só tempo, a validade e a atualidade desta outra lição de Michel Foucault, pela qual se enuncia que “todo dispositivo legislativo dispõe espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros, enfim, em que as infrações são sancionadas” (1994, p. 718-719 *apud* CASTRO, 2009, p. 224-225).

Leis penais, do estilo da Lei Federal nº 13.142/2015, têm permitido a reinvenção do cárcere brasileiro, que, cada vez mais, tem deixado de funcionar como uma instituição total (re) produtora de subjetividades normalizadas – tal como originalmente proposto por Foucault em *Vigiar e Punir* – para servir a um novo propósito: funcionar como laboratório (biopolítico), destinado à elaboração e teste de novas tecnologias de segurança sobre a vida nua, cuja insacrificabilidade<sup>9</sup> parece ser garantida pelo Direito, não em respeito à própria condição humana, mas apenas para ilustrar, perante toda uma comunidade de indivíduos não desviantes, quem está “dentro” e quem está “fora” do círculo de proteção instaurado pelo ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2007, p. 15).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas breves notas buscam sugerir que a investigação do controle diferencial e enviesado das ilegalidades, promovido (no caso do sistema de justiça criminal) pelo próprio Estado, pode servir ao questionamento da legitimidade deste giro estratégico<sup>10</sup> operado com relação às “novas” finalidades do cárcere e da legislação penal (SIMON, 2007, p. 150-151). Nesse sentido, a discussão aqui iniciada, conforme acreditamos, adquire relevância na medida em que ajuda a compreender, ao menos em parte, as razões pelas quais a prisão se reinventa, malgrado o seu fracasso ter sido anunciado quase simultaneamente ao tempo da sua descoberta.

<sup>9</sup> A expressão insacrificabilidade, derivada do pensamento de Giorgio Agamben, designa com perfeição a situação dos homens e mulheres dispostos nos cárceres brasileiros, sujeitos cuja identidade se constitui no ponto de intersecção entre a vontade política soberana e a sacralidade dos ritos jurídicos (AGAMBEN, 2004, p. 91). Neste sentido, o reconhecimento da insacrificabilidade se dá na medida em que observamos o funcionamento concreto das instituições penitenciárias brasileiras, que chancelam, por ação ou omissão, duas situações bastante específicas: se de um lado o Estado, por meio do cárcere, preserva a vida biológica de seus custodiados, elemento indispensável à caracterização da legitimidade dos rituais jurídico-penais, de outro ele acaba admitindo, ante a sua omissão com relação ao cumprimento das promessas de socialização, a gradual deterioração da identidade destes sujeitos sob o ponto de vista simbólico, um processo sintetizado por Erving Goffman em o emprego do termo “mortificação do eu” (GOFFMAN, 1990, p. 11).

<sup>10</sup> Esse giro operado contemporaneamente no que diz respeito às finalidades do sistema de justiça criminal, foi objeto das reflexões de Jonathan Simon. Segundo o autor, a análise da política criminal, adotada pelos países que registram grandes taxas de encarceramento, sugere, pois, o completo abandono do ideal (re)socializador como lastro ético estruturante das ações do sistema de justiça criminal (SIMON, 2007, p. 150-151).

À vista destes argumentos, arriscamos concluir, cientes dos riscos geralmente implicados nessa escolha,<sup>11</sup> que a noção de ilegalismo denota, no interior do campo de discussão político-criminal, um conjunto de práticas (e discursos) de que lança mão o Estado a fim de relativizar os limites de tolerabilidade das ilegalidades cometidas pelos seus próprios agentes, tornando-as, destarte, funcionais.

## 5 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe sobre a situação prisional 2014-2015*. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- BRASIL. Constituição Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.
- BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990.
- BRASIL. Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015.
- BLANCHOT, Maurice. *Foucault como o imagino*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1987.
- CASTRO, Edgardo. *Introdução a Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fones, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. "Des supplices aux cellules". In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994a. V. 1.
- FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994b. V. 2.
- FOUCAULT, Michel. *Sobre a história da sexualidade*. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1995. p. 243-276.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2013. p. 216.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Renan, 2008.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e Estratégia Socialista*: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios: Brasília; CNPq, 2015. (Coleção contrassenso).
- SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press. 2007.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem*: o sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. Trad. Maria Beatriz de Medida. São Paulo: Boitempo, 2011.

<sup>11</sup> Remetemos o leitor, aqui, à advertência enunciada por Edgardo Castro e referida na nota de rodapé de número 3.

## Educação em Direitos Humanos e para a Cidadania e a Formação Docente na Educação Infantil: Uma Revisão Sistemática da Literatura

**Ana Paula Ribeiro Nunes**

Coordenadora Pedagógica – Ceitjo (2018). Especialista em Neuropsicopedagogia Censupeg (2017). Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional pelo o Ibexp (2005). Graduada em Pedagogia – Unitins/Eadcon (2004). apribnes@hotmail.com

**Patricia Medina**

Doutora em Educação. Mestre em Administração de Sistemas Educacionais. Pedagoga e bacharel em Direito. Professora no curso de Pedagogia da UFT e do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestações Jurisdicional e Direitos Humanos (PPJDH) – Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJ/TO) por meio da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). patriciamedina@uft.edu.br

### **RESUMO**

O presente artigo é uma análise sistemática sobre o tema educação em Direitos Humanos para uma formação na cidadania disponibilizada no banco de dados Google Acadêmico, com vistas a orientar um projeto de pesquisa orientado à cidadania e direitos humanos na educação infantil. A revisão sistemática se deu em quatro passos: 1) delimitação do objetivo da pesquisa; 2) definição de termos ou palavras-chave; 3) seleção dos estudos encontrados em convergência com uma base de dados definida; 4) escolha de estudos fidedignos a responder a pergunta-problema: Como educar em direitos humanos e para uma cidadania global na Educação Infantil? Restaram dez artigos que serviram como base de discussão e apreensão de conceitos sobre o tema. Não foram encontrados indícios de que há uma especificidade a ser observada para o processo formativo de professores que atuam com crianças pequenas, mas é fundamental para a educação a valorização da dignidade e os princípios democráticos e o exercício da cidadania, que compreende direitos e deveres que encerram uma nova cultura que tenha como centro o ser humano.

**Palavras-chave:** Educação em direitos humanos. Educação infantil. Cidadania. Formação professores.

**EDUCATION IN HUMAN RIGHTS AND FOR CITIZENSHIP THE PEDAGOGICAL EXPERIENCE OF TEACHER TRAINING IN CHILDREN EDUCATION: A SYSTEMATIC REVIEW OF THE LITERATURE**

### **ABSTRACT**

This paper is a systematic analysis on human rights education for citizenship education available in the Google Scholar database, a research program for citizenship and human rights in early childhood education. It was classified as four steps: 1) delimitation of the research objective; 2) definition of terms or keywords; 3) selection of studies found in convergence with a defined database; 4) choice of reliable studies and with answer to a problem question: how to educate in human rights and for a global citizenship in early childhood education? There were ten articles that served as a basis for discussion, apprehension of concepts on the topic. No indicators were found that there is a specificity to be a training instrument for teachers working with young children, but it is fundamental for education, the appreciation of dignity and democratic principles, the logo, the exercise of citizenship that includes rights and duties that have in view a new culture that has as its center the human being.

**Keywords:** Education in human rights. Child education. Citizenship. Teacher training.

### **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Metodologia. 3 Resultados da revisão sistemática. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 30/4/2019  
Modificações requeridas em: 25/7/2019  
Aceito em: 29/7/2019

## 1 INTRODUÇÃO

A Educação em Direitos Humanos (EDH) é, na atualidade, um dos mais importantes instrumentos dentre as formas de combate às violações de direitos humanos, posto que educa na tolerância, na valorização da dignidade e nos princípios democráticos. Sua inserção nos vários âmbitos do saber, porém, requer a compreensão do seu significado e da sua práxis. No campo da educação formal, é igualmente necessário estar atento às metodologias que lhe são compatíveis e às possibilidades de que ela possa permear os conteúdos de todas as disciplinas numa perspectiva interdisciplinar.

Neste sentido, a formação de educadores que estejam aptos a trabalhar a EDH é o primeiro passo para sua efetivação. Ela deve passar pelo aprendizado dos conteúdos específicos de direitos humanos, mas deve, especialmente, estar relacionada à coerência das ações e atitudes tomadas no dia a dia. Sem esta coerência o discurso fica desarticulado da prática e deslegitima o elemento central da EDH: a ética.

Por outro lado, também é preciso ter a consciência de que a formação é o estágio inicial, mas que o processo educativo em direitos humanos é contínuo e se consolidará ao longo da prática dos direitos humanos. A finalidade maior da EDH é a constituição de uma cultura de direitos humanos e, nesta perspectiva, está sempre em renovação. É a educação em direitos humanos que permite a afirmação de tais direitos e que prepara cidadãos e cidadãs conscientes de seu papel social no enfrentamento, não somente reconhecimento, contra as desigualdades e injustiças, e aborda as questões relacionadas a este processo de conscientização e construção do saber nesta área.

Como os professores educam em direitos humanos e para a cidadania global na Educação Infantil? Esta pergunta-problema desencadeou este trabalho, que centra seu foco na formação dos professores em direitos humanos a partir de uma perspectiva interdisciplinar.

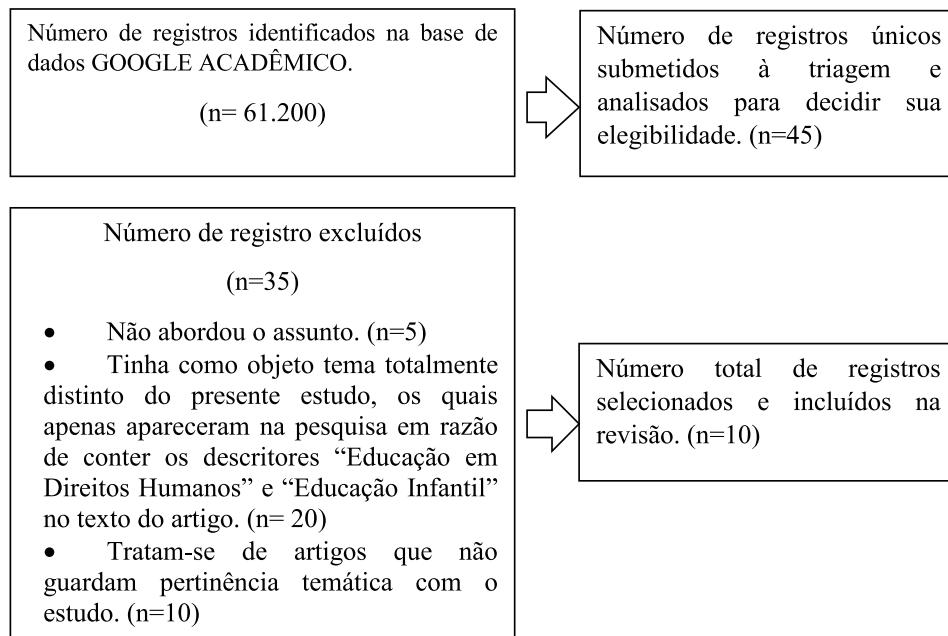
## 2 METODOLOGIA

A proposta de revisão sistemática de Sampaio e Mancini (2007) foi utilizada. A revisão sistemática é uma forma de pesquisa que utiliza como fonte de dados a literatura sobre determinado temas. Esse tipo de investigação disponibiliza um resumo das evidências relacionadas a uma estratégia de intervenção específica, mediante a aplicação de métodos explícitos e sistematizados de busca, apreciação crítica e síntese da informação selecionada (SAMPAIO; MANCINI, 2007, p. 2), constituindo, assim, uma pesquisa em fontes secundárias.

Conforme as autoras, são quatro os passos propostos: 1) formulação clara e precisa do objetivo da pesquisa; 2) definição dos termos ou palavras-chave, assim como a base de dados; 3) seleção dos estudos encontrados em convergência com a pesquisa; 4) escolha de estudos fidedignos e com validade, 5) apresentação dos resultados.

O objetivo desta revisão sistemática foi identificar as concepções acerca da educação em direitos humanos e para a cidadania global por professores(as) da Educação Infantil presentes na produção acadêmica publicada na forma de artigos científicos, e discuti-las a partir do conhecimento dos documentos oficiais nacionais que orientam as práticas pedagógicas da educação em direitos humanos.

Iniciou-se a busca pelos artigos na primeira quinzena de julho de 2018, tendo como base de dados o Google Acadêmico com a utilização dos descritores: *Educação em Direitos Humanos*, *educação infantil*, *cidadania e professores* *educação infantil*, sem indicação de qualquer recorte temporal. Esta busca resultou na identificação de 45 artigos, conforme o seguinte esquema:



Os 45 artigos triados foram publicados entre os anos de 2004 e 2017. Estes artigos foram previamente analisados mediante a leitura das seções resumo, introdução e conclusão, o que resultou na exclusão de 35 artigos, pois não apresentavam convergência para responder à pergunta-problema da pesquisa. Este percurso metodológico resultou em dez artigos fichados e analisados, os quais dão origem a esta revisão sistemática.

### 3 RESULTADOS DA REVISÃO SISTEMÁTICA

Após análise dos conteúdos completos dos dez artigos selecionados, foi possível categorizar os tópicos-temas em quatro campos de discussão: 1) o que são Direitos Humanos; 2) o que se entende por cidadania; 3) o que caracteriza a Educação em Direitos Humanos; 4) a formação dos professores. Os achados são apresentados a seguir.

Direitos Humanos é uma forma abreviada de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos. Superiores porque anteriores ao Estado, porque não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é inerente. Sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente do mundo. São universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política, em qualquer lugar. Eles representam as condições mínimas necessárias para uma vida digna. Estes direitos possuem algumas características que se identificam com sua natureza, pois fazem parte da própria essência e os diferem de outros direitos.

Para Callo (1977, p. 11-12), as características supramencionadas são as seguintes: a) são inatos ou congênitos, porque se nasce com eles, como atributo inerente a todo ser humano, diferente de outros direitos que se vão adquirindo durante toda a vida; b) são universais, pois se estendem a todo gênero humano, em todo tempo e lugar; c) são absolutos, porque seu respeito se pode exigir de qualquer pessoa, autoridade ou comunidade inteira, diferente dos direitos relativos, como os emanados das relações contratuais, que somente podem ser exigidos de quem contratou a obrigação correspondente; d) são necessários, sua existência não deriva de um fato contingente (ou seja, que pode ser ou não), mas constitui uma necessidade ontológica derivada da própria natureza da pessoa humana; e) são inalienáveis, pois pertencem à essência do ser humano de forma indissociável, assim não se pode renunciar, transferir ou transmitir-se, sob nenhum título, como ocorre com os demais direitos que são objetos de transações jurídicas; f) são invioláveis, nenhuma pessoa ou autoridade pode atentar legitimamente contra eles (sem prejuízo das justas limitações que podem se impor a seu exercício, de acordo com as exigências do bem comum da sociedade); g) são imprescritíveis, não caducam nem se perdem com o decurso do tempo, ainda que um grupo ou uma pessoa determinada se veja materialmente impedida de exercê-los devido a insuperáveis circunstâncias de fato.

Este é um processo sem fim porque, segundo Bobbio,

Ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder (1992, p. 6).

Pode-se verificar que os direitos humanos não são uma construção teórica, mas uma resposta sociológica, histórica e geograficamente referenciáveis. São, todavia, direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. A perspectiva apresentada na revisão conjectura que os direitos humanos se arranjam a partir das ações e das relações humanas, nas suas diversidades.

Registre-se especialmente que a adesão pelo Estado, ou seja, Direito Internacional dos Direitos Humanos, institui as obrigações dos governos de atuarem de certo modo ou não praticarem determinados atos, a fim de proteger ou promover os direitos humanos bem como as liberdades individuais ou de grupos específicos.

Assim, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, alguns assuntos passaram a ser considerados universais para quase todos os seres humanos, tais como direito à saúde, educação, liberdade para expressar-se, direito a ter respeitada a sua fé, direito de se deslocar livremente em tempo de paz, receber herança, entre outros.

Estes direitos exigem ações dos indivíduos e deveres em relação ao Estado, tais como: escolher os governantes, cumprir leis, educar e proteger os demais humanos, a natureza e o patrimônio público. Logo, viver os direitos e praticar os deveres está na origem da construção de cidadania.

Neste estudo de revisão, a aplicação do conceito de cidadania é imprescindível para que haja uma melhor organização social. Exercer a cidadania é ter consciência de seus direitos e obrigações, garantindo que estes sejam postos em prática.

Define-se, de uma maneira geral, cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão, e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. Assim também é o entendimento de Silva (1997, p. 305), de que a “cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”. Como se verifica, a cidadania está muito próxima do nacionalismo, até porque a forma de se adquirir cidadania é pela nacionalidade, que é um conceito jurídico, enquanto aquele seria um conceito político.

Cidadania é o direito a ter uma ideia e poder expressá-la. Não há como conceituar cidadania sem se considerar o contexto social a que se está referindo e, com isso, a mesma adquire características próprias que se diferenciam conforme o tempo, o lugar e as condições socioeconômicas. Para Dulce (2000), isso ocorre porque o conceito de cidadania não corresponde a uma categoria natural; trata-se de uma construção metafórica que surge como consequência de processos históricos de negociação, mediante a qual se estabelece um duplo vínculo de caráter abstrato entre os “cidadãos” e sua organização jurídico-política: de um lado o Estado protege seus cidadãos, de outro, os cidadãos participam da criação e da direção da atividade jurídica e política do Estado.

Então, cidadão é o indivíduo que tem liberdade e, possuindo-a, age ativamente na configuração do futuro de sua sociedade por meio da participação. Como se observa, o termo encerra certa ambiguidade, pois supõe um conjunto de direitos e, ao mesmo tempo, de deveres em relação à sociedade. Embora esteja ligado muito estreitamente à noção de direito, especialmente na dimensão política, é a cidadania que permite que as pessoas intervenham na direção das questões do Estado, de forma direta ou indireta, na administração pública.

As pessoas vão se tornando cidadãs também pela atividade educativa, pela vida em sociedade; por isso a cidadania é processo individual assim como na dimensão sociológica, pois vai se efetivando na mesma medida que direitos são conquistados e garantidos; por isso é um processo em contínua construção, quiçá, aperfeiçoamento.

Em resumo, a origem da Cidadania está nos Direitos Humanos, mas é mais restrita. Então, se os direitos de cidadania e Direitos Humanos são distintos, haverá diferenças também na educação dirigida.

Educar para a cidadania é despertar no indivíduo a consciência de seus direitos e deveres com sua comunidade política, muito mais para saber exigir e opor-se a ações totalitárias do Estado e seus órgãos e deles participar politicamente. É a exaltação dos feitos e das glórias do seu povo; é uma educação cívica.

A educação em direitos humanos, por sua vez, é um campo recente tanto no contexto brasileiro quanto no latino-americano, apesar de vários documentos internacionais já tratarem sobre a necessidade de sua execução. Educar para os direitos humanos é ensinar a respeitar os direitos dos demais; é educar para a paz, para a tolerância, para o amor, é ensinar a doar-se pelo bem comum.

O Relatório do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (2012) sobre o tema, mostra que, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e, mais especificamente, no Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, o direito à educação em direitos humanos faz parte do direito à educação (IIDH, 2000, p. 6).

Nesta perspectiva, identifica-se uma relação intrínseca entre ambas. A educação é o caminho para qualquer mudança social que se deseja realizar dentro de um processo democrático. A educação em direitos humanos, por sua vez, é o que possibilita sensibilizar e conscientizar as pessoas para a importância do respeito ao ser humano, apresentando-se, na atualidade, como uma ferramenta fundamental na construção da formação cidadã, assim como na afirmação de tais direitos. Magendzo (1994, p. 23) a define como a prática educativa que se funda no reconhecimento, na defesa e no respeito e promoção dos direitos humanos e que tem por objeto desenvolver nos indivíduos e nos povos suas máximas capacidades como sujeito de direitos e proporcionar as ferramentas e elementos para fazê-los efetivos.

A finalidade maior da EDH, portanto, é a de atuar na formação da pessoa em todas as suas dimensões, a fim de contribuir ao desenvolvimento de sua condição de cidadão e cidadã, ativos na ação por seus direitos, no cumprimento de seus deveres e na fomentação de sua humanidade. Dessa forma, uma pessoa que goza de uma educação neste âmbito é capaz de atuar ante as injustiças e desigualdades, reconhecendo-se como sujeito autônomo e, ademais, reconhecendo o outro com iguais direitos e preceitos de diversidade e tolerância, valorizando, assim, a convivência harmoniosa, o respeito mútuo e a solidariedade. É igualmente por meio dessa educação que se pode começar a mudar as percepções sociais radicais, discriminatórias e violentas, na maioria das vezes, legitimadoras das violações de direitos humanos, e reconstruir as crenças e valores sociais fundamentados no respeito ao ser humano e em conformidade com os preceitos democráticos e as regras do Estado de Direito (TAVARES, 2007).

A relevância da educação em direitos humanos pode ser mensurada por intermédio dos documentos da ONU sobre o tema, como o Decênio das Nações Unidas para a Educação na Esfera dos Direitos Humanos (1995-2004) ou o Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos, aprovado no final de 2004. Este Programa está estruturado em fases sucessivas, com sua primeira etapa guiada por um plano de ação para 2005-2007. O Programa estabelece que a EDH deva fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; desenvolver plenamente a personalidade humana e o sentido da dignidade do ser humano; promover a compreensão, a tolerância e a igualdade; facilitar a participação efetiva de todos numa sociedade livre e democrática, na qual impere o Estado de Direito; fomentar e manter a paz e promover o desenvolvimento sustentável centrado nas pessoas e na justiça social (NACIONES UNIDAS, 2007, p. 4-5).

Ainda de acordo com o referido Programa, este tipo de educação deve contribuir para: a) criar uma cultura universal dos direitos humanos; b) exercitar o respeito, tolerância, promoção e valorização da diversidade religiosa, de gênero, de orientação sexual e cultural e a amizade entre as nações, povos indígenas e grupos étnico-raciais; c) possibilitar a todas as pessoas terem acesso à participação efetiva em uma sociedade livre (NACIONES UNIDAS, 2007, p. 5).

Anteriormente à Conferência Mundial de Direitos Humanos, por meio da Declaração de Viena, de 1993, já tinha indicado sua importância, ao considerar que “a educação, a capacitação e a informação pública em direitos humanos são indispensáveis para estabelecer e promover relações estáveis e harmoniosas entre as comunidades e para fomentar a compreensão mútua, a tolerância e a paz” (NACIONES UNIDAS, 2007, artigo 78, p. 20). No Brasil, o campo normativo relacionado aos direitos humanos e a educação nesta área se incorporam nos seguintes documentos: Constituição Federal (1988), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996), Parâmetros Curriculares da Educação (a partir de 1997), Programa Nacional de Direitos Humanos (na sua primeira versão, em 1996 e segunda versão, em 2002) e Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (também com duas versões, 2003 e 2006). Estes documentos estabelecem as diretrizes à formação cidadã, tendo como cinco grandes eixos de atuação: Educação Básica; Educação Superior; Educação Não Formal; Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública; Educação e Mídia.

Direciona, ainda, ações para a concretização do processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões:

- Apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- Afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- Formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político;
- Desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- Fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações (BRASIL, 2010, p. 11).

A educação em direitos humanos, além de todo processo de formação em seus conteúdos, pretende a socialização dos valores e princípios que lhe são intrínsecos, com o fim de construir e consolidar uma cultura de direitos humanos. Neste caminho, a dita socialização busca envolver todas as pessoas na vivência e no respeito a tais direitos. Esse objetivo vem demarcado no último documento da ONU nesta área, em que a EDH é sinônimo do “conjunto das atividades de capacitação e difusão orientadas a criar uma cultura universal na esfera dos direitos humanos” (NACIONES UNIDAS, 2007, p. 4). A importância de estabelecer os direitos humanos como uma cultura na sociedade brasileira decorre da estrutura social existente, em que os fortes traços do colonialismo e da escravidão, presentes durante vários séculos, ainda encontram ressonância e alimentam o autoritarismo, a discriminação, a exclusão e o preconceito atuais. Somente quando os direitos humanos passarem a fazer parte do cotidiano de todas as pessoas e se constituam de fato numa cultura, será possível a generalização e a perpetuação de crenças, valores, conhecimentos, práticas e atitudes que priorizem o ser humano.

É por isso que a EDH deve estar orientada para a plena realização da pessoa, o sentido da dignidade e o fortalecimento dos direitos e liberdades fundamentais, assim como para a promoção da justiça e da paz. Com estes elementos, é possível nortear uma vivência democrática e cidadã de respeito integral ao ser humano.

A formação do professor em direitos humanos depende tanto de uma prática pedagógica condizente com o respeito ao ser humano quanto de uma educação que privilegie a interdisciplinaridade e a multidimensionalidade que envolve a temática. Esses aspectos representam uma nova postura diante do conhecimento, possibilitando uma ação educativa capaz de ampliar as capacidades, desenvolver a consciência crítica diante da informação e priorizar a interação e participação de forma democrática. O foco, portanto, valoriza o que é construído e não simplesmente transmitido.

O professor em direitos humanos tem diante de si uma responsabilidade imensa. Primeiro, de educar-se a si mesmo e, depois, de educar aos demais na tolerância, no respeito, na compreensão da diferença. Segundo, de atuar democraticamente e com persistência para que o compromisso com as transformações sociais, necessárias para reverter as injustiças e desigualdades, possa chegar a ser o horizonte de todos (TROMBETTA; LUFT, 2016).

A metodologia da educação em direitos humanos envolve três pontos essenciais: primeiro, educação permanente, continuada e global; segundo, ser voltada para a mudança cultural; terceiro, ser pautada em valores para superar a mera transmissão de conhecimentos (BENEVIDES, 2007). Na estruturação dessa metodologia utiliza-se oficinas de direitos humanos (CANDAU, 1996), as quais buscam a humanização, com o foco central de trabalhar a atitude crítica e ética, mas também a sensibilidade e o respeito ao ser humano, pois as oficinas são uma metodologia didática indicada para quando o docente deseja a formação coletiva. A oficina promove a construção de saberes horizontalmente.

Assim, o conceito de oficinas aplicado à educação refere-se ao lugar onde se aprende fazendo junto com os outros. O processo pedagógico precisa promover a construção de relações justas, democráticas e do respeito ao pluralismo cultural. Nesse sentido, é certo afirmarmos que as oficinas em direitos humanos consolidam uma metodologia que reafirma a ação pedagógica como exercício contínuo do diálogo, entre educadores e educandos, em busca de emancipação, portanto é práxis.

Esta orientação é universal, aplicando-se a todas as dimensões: educação básica, superior, não escolar e, por conseguinte, à educação Infantil.

A formação dos professores em direitos humanos deve privilegiar as metodologias ativas e participativas de forma a envolver e despertar o interesse, sem esquecer o sensibilizar, indignar-se, atuar de forma comprometida, para que o professor em direitos humanos se articule com a historicidade na qual está inserido. Em síntese, a metodologia para o desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos, na educação infantil, requer a seleção e organização dos conteúdos e atividades, materiais e recursos didáticos, que sejam condizentes com a finalidade de um processo educativo em direitos humanos em âmbito do desenvolvimento das crianças pequenas. O foco central é fazer os futuros professores entender que a proposta deve ser inspiradora de novas práxis, e não de ações vazias de sentido e significado para eles e seus alunos.

O primeiro passo neste sentido é pensar na função da escola nesta missão. Assim sendo, é fundamental redefinir seu perfil e considerar o fato de que a organização escolar não é neutra. De acordo com Silva (1997, p. 16), “é necessária a construção de um projeto pedagógico democrático e participativo, onde a formação do sujeito possa ser assumida coletivamente”. A autora igualmente afirma que um projeto de escola que tenha como compromisso a formação em direitos humanos, deve considerar os seguintes elementos: a educação formal

é condição essencial à formação da cidadania e tem na escola seu lugar privilegiado; a escola tem de cumprir, de fato, seu papel e função social, enquanto espaço de elaboração e socialização do conhecimento; a educação em direitos humanos deve ser um projeto global da escola; o desenvolvimento de um processo de conscientização dos direitos e deveres deve ser contínuo e permanente (SILVA, 1997, p. 220-221).

Conforme análise de Candau (1996, p. 14-15), uma proposta metodológica inspirada nesta perspectiva entende que “a escola deveria exercer um papel de humanização a partir da socialização e da construção de conhecimentos e de valores necessários à conquista do exercício pleno da cidadania”. Como a EDH se dá no dia a dia, nas diversas situações e relações cotidianas, é preciso haver um compromisso com os direitos humanos e o desenvolvimento de uma prática pedagógica democrática.

Da mesma forma, é necessário que o professor não seja um mero transmissor dos conteúdos formais e sim que: a) acredite no que faz, pois, sem a convicção de que o respeito aos direitos humanos é fundamental para todos, não é possível despertar os mesmos sentimentos nos demais; b) eduque com o exemplo, porque de nada adianta ter um discurso desconectado da prática ou ser incoerente, exigindo aos demais determinadas atitudes que a própria pessoa não cumpre; c) desenvolva uma consciência crítica com relação à realidade e um compromisso com as transformações sociais, posto que o propósito deste tipo de educação é formar sujeitos ativos que se empenham pelo respeito aos direitos de todos.

## 4 CONCLUSÃO

O estudo demonstrou que educar em direitos humanos significa ter a vida cotidiana como referência contínua. É um aprendizado que não ocorre de forma pontual ou isolada, mas que, sistematicamente, faz parte da ação educacional. Por isso, é importante a elaboração de abordagens condizentes com este tipo de educação que possam contribuir para seu exercício. O ponto de partida deve ser o que articule os saberes docentes em direitos humanos e que oportunize aos educadores uma ampla gama de opções, de observações, de análises, de descobertas. É preciso consolidar o aprendizado pela vivência e fazer do exercício cotidiano da cidadania uma prioridade para a escola.

Como uma das finalidades da EDH é despertar a responsabilidade com a defesa do respeito ao ser humano, é fundamental sensibilizar e fomentar o compromisso. A formação nesta perspectiva deve propiciar ao educador o conhecimento e a experiência em direitos humanos, mas, sobretudo, oportunizar a socialização dos preceitos e valores relacionados a essa área.

O enfoque deve passar pela abordagem que permita estabelecer um diálogo com os demais conteúdos e níveis do conhecimento. Uma formação em EDH que não dê preferência a esta questão, será incapaz de romper com as representações e percepções prévias e proporcionar aos educadores outro olhar sobre o qual assentar sua prática. É fundamental educar na tolerância, na valorização da dignidade e nos princípios democráticos, construindo uma nova cultura que tenha como centro o ser humano.

Este é um desafio no qual a contribuição dos educadores em direitos humanos é inestimável. Por isso, sua própria formação deve, desde o princípio, corresponder a estes valores que se pretende socializar. Igualmente, é preciso não perder a perspectiva da coerência entre

o discurso e as atitudes tomadas no dia a dia. O horizonte será sempre o mesmo: o respeito ao ser humano e a sua dignidade. A construção desse horizonte, porém, depende do grau de envolvimento e disposição que pode haver em cada um.

Oportunizar, portanto, a formação do educador em direitos humanos, em consonância com os valores que lhe são intrínsecos e desde uma abordagem interdisciplinar e multidimensional, é, na atualidade, um passo a mais na construção de uma cultura de direitos humanos.

A educação em Direitos Humanos já tem caminho construído no Brasil e em todo o continente latino-americano. No momento atual, o desafio fundamental é avançar em sintonia com seu motivo fundante, qual seja: seu compromisso histórico com uma mudança estrutural que viabilize uma sociedade inclusiva e a centralidade dos setores populares nesta busca. Estas opções constituíram – e continuam sendo – a fonte de sua energia ética e política.

Conclui-se ter esta revisão sistemática um caráter introdutório, tendo em vista suscitar questões para o debate pedagógico no momento atual da educação infantil. Não foram, todavia, encontradas especificidades para este nível de ensino; ao contrário, o conjunto de orientação aplica-se a todos os grandes eixos de atuação: Educação Básica, Educação Superior, Educação Não Formal, Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública e, por conseguinte, Educação Infantil.

Enfim, os direitos humanos apresentam-se como uma utopia a promover e plasmar diferentes níveis e espaços da sociedade. Como tais, estão como um marco ético-político que serve de crítica e orientação (real e simbólica) em relação às diferentes práticas sociais (jurídica, econômica, educativa, etc.) no enfrentamento nunca acabado por uma ordem social mais justa e livre. Neste sentido, são vistos como paradigmáticos, isto é, como modelo e/ou critério exemplar a partir do qual é possível ler nossa história e nosso futuro como povo, pois a finalidade maior da EDH é a constituição de uma cultura de direitos humanos e, nesta perspectiva, estará sempre em renovação.

Esta revisão sistemática proporcionou um método de trabalho com os artigos de interesse da pesquisa, que auxiliou na sistematização do tema a partir dos artigos triados pelos descriptores *educação em direitos humanos, educação infantil, cidadania; professores educação infantil*. A importância da temática, contudo, proporcionou às pesquisadoras um contato ampliado com outras discussões realizadas no meio acadêmico; razão pela qual se verificou uma oportunidade de continuação de estudos a partir da análise das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas quais os Estados-parte foram obrigados a promover educação em direitos humanos.

## 5 REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Carlos Alberto. Fundamentos sociológicos da educação para a cidadania. In: BARCELLOS, Carlos Alberto (org.). *Educando para a cidadania – os Direitos Humanos no currículo escolar*. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional; Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, 1992. p. 74-95.
- BENEVIDES, Maria Victoria. *A cidadania ativa*. São Paulo: Ática, 1991.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1986.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3. 2010*. Disponível em: <http://www.pndh3.sdh.gov.br/public/downloads/PNDH-3.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República; Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos* – PNDH. Brasília: Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos; Ministério da Educação; Ministério da Justiça; Unesco, 2006a.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; MEC, 2006b.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Constituição Federal. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. BRASIL. *Declaração e Programa de ação da Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos*. Viena, 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019. CALLO, Jorge Iván Hübner. *Panorama de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editora da UBA, 1977.

CANDAU, V. M. F. Educação em direitos humanos e formação de professores/as. In: SCAVINO, S.; CANDAU, V. M. F. (org.). *Educação em direitos humanos: temas, questões e propostas*. Petrópolis: DP et alii, 2008.

CANDAU, Vera et al. *Tecendo a cidadania: oficinas pedagógicas de direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Moderna, 1984.

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Organização das Nações Unidas* (ONU). 1948.

DULCE, María José Fariñas. *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2000.

IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos: un estudio en 19 países. Parte I – desarrollo normativo*. San José: IIDH, 2002.

IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Relatório interamericano de educação em direitos humanos: um estudo em 19 países, desenvolvimento nas políticas de convivência e segurança escolar com enfoque de direitos. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH, 2012. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1526/x-informe-portugues-2011.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

LEI de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/96). 1996a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9394.htm). Acesso em: 9 jul. 2018.

LEI de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). 20.12.1996. 1996b. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394\\_ldbn1.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf). Acesso em: 9 jul. 2018.

MAGENDZO, A. (org.) *Educación en Derechos Humanos: apuntes para una nueva práctica*. Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación e PIIE, 1994.

NACIONES UNIDAS. *Proyecto revisado del plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la Educaccción en Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.lpp-vexj.net/ol/ped/dcumentos/0827.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2007.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2003*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20003.html>. Acesso em: 9 jul. 2018.

ONU; UNESCO. *Declaración de México sobre Educaccción en Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*. Ciudad de México, dic. 2001.

PEIRANO, Mariza G. *Sem lenço e sem documento*. Reflexões sobre a cidadania no Brasil. Sociedade e Estado. Brasília: UnB, 1986. p. 85-117.

PLANO Nacional de Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/pne.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

SAMPAIO, R. F.; MANCINI, M. C. Estudos de Revisão Sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica. *Revista Brasileira de Fisioterapia*, v. 11, n. 1, p. 83-89, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbfis/v11n1/12.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

SILVA, Aida. Educação para a cidadania: solução ou sonho impossível. In: LERNER, Julio (org.). *Cidadania, verso e reverso*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997. p. 215-222.

SIME, L. *Educación, Persona y Proyecto Histórico*. In: MAGENDZO, A. (org.). *Educación en Derechos Humanos: apuntes para una nueva práctica*. Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación e PIIE, 1994.

TAVARES, Celma. *Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar*. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teóricos metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2007. p. 487-503. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2014/07/merged.compressed.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

TROMBETTA, Sérgio; LUFT, Hedi Maria. Práticas pedagógicas na dimensão dos direitos humanos. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL PAULO FREIRE – CAMPUS UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, 9., 2016, Recife. *Anais* [...]. Recife: Ufpe, 2016. p. 1-12. V. 1. Disponível em: [www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/29\\_cap\\_3\\_artigo\\_07.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/29_cap_3_artigo_07.pdf). Acesso em: 26 jul. 2019.

UNESCO. Fórum Mundial sobre Educação de Dakar. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127509porb.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

## Corte Interamericana de Direitos Humanos: A Construção do Direito ao Acesso à Justiça

**Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufpa. Docente Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Visiting Scholar do Washington College of Law, American University. Projetos de Pesquisa nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Grupos Vulnerabilizados e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. cfterezo@hotmail.com

**Manoel Maurício Ramos Neto**

Advogado. Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Pará. Voluntário da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. mau. mauricionetto@hotmail.com

### RESUMO

O presente artigo versa sobre o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do direito de acesso à justiça, considerando que este, apesar de não possuir previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, tem sua existência declarada pelo Tribunal supracitado em sua jurisprudência, cuja base normativa relaciona-se à interpretação conjunta dos artigos 8º e 25 em conexão com os artigos 1º.1 e 2º, todos constantes no tratado internacional aludido. Destarte, busca-se analisar, mediante pesquisa jurisprudencial dos principais precedentes, a construção jurisprudencial empreendida pelo Tribunal Interamericano a respeito da matéria, analisando-se o contexto fático dos casos e a hermenêutica empregada para a apreciação das referidas demandas. Ademais, investiga-se os principais aspectos, de fato e de direito, referentes ao reconhecimento do direito em comento como uma norma *jus cogens* de Direito Internacional e os respectivos reflexos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir de uma discussão doutrinária.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Direito de acesso à justiça. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos.

### INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CONSTRUCTION OF THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE

### ABSTRACT

This article deals with the understanding of the Inter-American Court of Human Rights concerning the right of access to justice, whereas this, despite it has no express provision in the American Convention on Human Rights, its existence was declared by the Court in its jurisprudence, whose normative basis related to the joint interpretation of articles 8º and 25 in connection with articles 1º.1 and 2º, all them contained in the international treaty mentioned. Thus, it seeks to analyze, by jurisprudential research, the jurisprudential construction undertaken by the Inter-American Court on this matter, analyzing the factual context of the cases and hermeneutics used for the assessment of such claims. Furthermore, the major is investigated aspects, based on fact and law, relating to the recognition of the right under discussion of *jus cogens* norm of international law and their reflections in the Inter-American Human Rights System, from a doctrinal discussion.

**Keywords:** Human rights. Right to access to justice. Inter-American Court of Human Rights. American Convention on Human Rights.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito de acesso à justiça *Lato Sensu*. 2.1 O direito de acesso à justiça como integrante do domínio do *Jus Cogens*. 3 Conclusão. 4 Referências.

Recebido em: 14/2/2018  
Aceito em: 29/7/2018

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça não se encontra previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mas sua existência foi declarada em diversas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), fruto de construção jurisprudencial, fundamentada essencialmente nos artigos 8º e 25 relacionados aos artigos 1º.1 e 2º, todos da Convenção aludida, que teve como um de seus principais defensores o ex-juiz desse Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, o que se pode constatar, especialmente, em seus votos em separados nas sentenças dos casos *Massacre de Pueblo Belo vs. Colômbia* e *Ximenes Lopes vs. Brasil*, ambos de 2006.

Vale destacar que a jurisprudência a respeito dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, tutelados, respectivamente, pelos artigos 8º<sup>1</sup> e 25<sup>2</sup> da CADH, é muito ampla, haja vista que, na maioria dos casos julgados pela CorteIDH, os artigos supracitados são objeto de análise geralmente com relação à negação do direito de acesso à justiça das vítimas, mediante a obstacularização da devida reparação, julgamento e sanção dos eventuais responsáveis por violações de outros Direitos Humanos, tais como, *inter alia*, vida, integridade pessoal, liberdade pessoal, tutelados pelos artigos 4º, 5º e 7º da CADH, nessa ordem.

Diante disto, o presente artigo – tendo em vista a limitação do objeto que se investiga – não intenta analisar toda a jurisprudência da CorteIDH sobre os artigos 8º e 25 da CADH, mas promover um estudo a respeito dos casos paradigmáticos, os quais fixaram os precedentes da Corte de São José e possibilitam a compreensão sobre o conteúdo e os principais aspectos sobre os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, formando a base do direito de acesso à justiça e a declaração deste como integrante do domínio do *jus cogens*.

<sup>1</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales – 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sus-tanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>2</sup> Artículo 25. Protección Judicial – 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por meio da presente pesquisa jurisprudencial de precedentes, foi feita a análise do contexto fático dos casos, bem como das técnicas de interpretação empregadas pelo Tribunal Interamericano, tendo como objetivo identificar os fundamentos para formulação do que a referida Corte convencionou denominar de direito de acesso à justiça e sua classificação como normas de *jus cogens* de Direito Internacional, problematizando, ao final, sobre seus reflexos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir de uma discussão doutrinária.

## 2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA LATO SENSU

O artigo XVIII<sup>3</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece o direito à justiça, o qual, conforme explicitado anteriormente, estipula que toda pessoa tem o direito de recorrer aos tribunais para fazer respeitar seus direitos, assim como deve contar com processos simples e breves que garantam proteção judicial contra atos de autoridades que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

O direito de acesso à justiça, entretanto, não está previsto expressamente na CADH, apesar de que o reconhecimento do mesmo encontra-se em inúmeras decisões da Corte Interamericana (BLANCO, 2012, p. 103), sendo, dessa forma, fruto de construção jurisprudencial desenvolvida a partir da interpretação conjunta das obrigações contidas nos artigos 8º e 25 do tratado aludido, relacionados às obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1º.1 e 2º desse mesmo tratado internacional de Direitos Humanos.

No caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (OEA, 1987), apesar dos artigos 8º e 25 não serem objetos de análise direta pela CorteIDH, na sentença de exceções preliminares, de 26 de junho de 1987, consignou-se que a regra do esgotamento de recursos internos gera para os Estados o dever de disponibilizar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de Direitos Humanos nos termos do artigo 25, que devem estar fundamentados pelas regras do devido processo legal, estabelecidas no artigo 8º.1, haja vista a obrigação geral dos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela CADH a toda pessoa sob sua jurisdição estipulada pelo artigo 1º.1 (OEA, 1987).

Em que pese a relação entre os artigos 8º, 25 e 1º.1, apontada no caso *Velásquez Rodríguez*, ainda não havia uma decisão no Tribunal Interamericano que analisasse a violação conjunta desses dispositivos no mérito de uma demanda. A esse respeito, em seu voto dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia* (OEA, 1997a, § 7-9), Cançado Trindade sustentou uma interpretação integradora dos artigos 8º, 25, 1º e 2º da CADH e, ao contrário da CorteIDH, concluiu pela violação dos quatro dispositivos aludidos relacionados entre si.

Esse mesmo entendimento fora postulado pelo ex-juiz da CorteIDH supracitado em seu voto dissidente na resolução acerca do pedido de revisão de sentença do caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua* (OEA, 1997b, § 28), na qual analisou o conteúdo material e o alcance do artigo

<sup>3</sup> Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

25 em relação com os artigos 8º, 1º.1 e 2º, todos da CADH, e, defendendo entendimento diferente do adotado pela Corte naquele caso, postulou a ocorrência de uma violação dos dispositivos “tomados em conjunto”.

Dois meses após a resolução citada anteriormente, em 3 de novembro de 1997, a CorteIDH proferiu a sentença de mérito do caso Castillo Páez vs. Peru (OEA, 1997c, § 83), a qual representa uma importante decisão para essa construção jurisprudencial a respeito do direito de acesso à justiça, haja vista que reconheceu o vínculo existente entre os artigos 25 e 1º.1, apesar de não ter incluído nessa análise o artigo 8º.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal concluiu que o Estado peruano violou o direito à proteção judicial, relacionado com o dever de respeito e garantia, em razão da ineficácia do recurso de *habeas corpus* para proteger a vida e a liberdade de Ernesto Rafael Castillo Páez, o qual, após ser submetido à custódia da Polícia do Peru e ter seu paradeiro ocultado por esta, fora considerado vítima de desaparecimento forçado pela CorteIDH.

A interpretação conjunta dos artigos 8º e 25 somente fora realizada pela CorteIDH na decisão de mérito do caso Durand e Ugarte vs. Peru (OEA, 2000, § 130), que também versava sobre o desaparecimento forçado, provocado por agentes estatais, durante a ditadura peruana, empreendido contra Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera. Nessa sentença, o Tribunal Interamericano consignou que o artigo 8º, em conexão com o artigo 25, protegiam o direito dos familiares das vítimas do desaparecimento à investigação efetiva, processo dos acusados, punição dos eventuais responsáveis e reparação pelos danos e prejuízos sofridos.

Essa linha jurisprudencial, mantida em inúmeras decisões da CorteIDH, contribuiu para a consagração do direito de acesso à justiça, cujo conteúdo fora analisado pelo Tribunal Interamericano na sentença de mérito do caso Cantos vs. Argentina (OEA, 2002, § 50-52), na qual a Corte estabeleceu que os artigos 8º e 25 da CADH consagram o direito de acesso à justiça na medida em que o primeiro dispositivo supracitado estipula que os Estados não devem criar obstáculos de qualquer ordem que impeçam ou dificultem que as pessoas busquem pela proteção de seus direitos no Poder Judiciário, enquanto o segundo traz a obrigação positiva do Estado de conceder a todas as pessoas sob sua jurisdição recursos judiciais efetivos contra atos violatórios de seus direitos (OEA, 2001b, § 48).

A partir da evolução da jurisprudência do Tribunal de São José, tem-se um precedente no qual se verifica que os dispositivos supracitados convergem para o reconhecimento da necessidade de se proteger os direitos das pessoas contra os abusos do poder público, de modo que toda e qualquer transgressão de direitos possa ser submetida à apreciação do Poder Judiciário no plano doméstico dos Estados (OEA, 2006a, § 17).

Na sentença de mérito do caso Massacre de Mapiripán vs. Colômbia (OEA, 2005, § 195), a CorteIDH destacou a vinculação entre os artigos 8º e 25, em relação com o artigo 1º.1, todos da CADH, no sentido de que os Estados devem garantir recursos efetivos, substanciados e conformidade com as regras do devido processo legal, considerando a obrigação geral de respeito e de garantia. Destaca-se que esse se tornou o precedente no qual a CorteIDH declarou a violação dos artigos 8º e 25 em conexão com o artigo 1º.1, em que pese o liame entre esses dispositivos já ter sido apontado desde a sentença de exceções preliminares do caso Velásquez Rodríguez, conforme assinalado anteriormente.

No caso *Barrios Alto vs. Peru* (OEA, 2001a, § 42), a CorteIDH considerou que as leis de anistia adotadas pelo Estado peruano impediram que os familiares das vítimas, ou os sobreviventes do massacre de Barrios Alto,<sup>4</sup> fossem ouvidos por um juiz, conforme estipulados pelo artigo 8º.1. Assim, violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25, bem como impediram a investigação, julgamento, sanção dos responsáveis e o devido esclarecimento dos fatos, em desrespeito ao artigo 1º.1. Ademais, a adoção das leis de autoanistias incompatíveis com a CADH representa o descumprimento da obrigação de adequar o direito interno contida no artigo 2 desse mesmo tratado internacional.

Assim, com base nas obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1º.1 e 2º da CADH, os Estados devem adotar todas as medidas necessárias para que nenhuma pessoa sob sua jurisdição, seja privada da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana. Desse modo, as leis de autoanistia, que deixam as vítimas indefesas e perpetuam a impunidade, bem como impedem a identificação dos indivíduos responsáveis por violações aos Direitos Humanos, na medida em que criam obstáculos à investigação e ao acesso à justiça e impedem as vítimas e seus familiares de obterem o conhecimento da verdade e recebimento da reparação correspondente, violam os direitos previstos nos dispositivos supracitados, relacionados com os artigos 1º.1 e 2º, todos da CADH (OEA, 2001a, § 43).

Essa linha jurisprudencial foi mantida pela Corte Interamericana em diversos outros casos que tratavam sobre leis de anistia como obstáculos ao direito de acesso à justiça das vítimas de violações a Direitos Humanos, dentre os quais destacam-se, *La Cantuta vs. Peru* (OEA, 2006b); *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (OEA, 2006c); *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (OEA, 2010); *Gelman vs. Uruguai* (OEA, 2011); *Massacres de El Mozote e arredores vs. El Salvador* (OEA, 2012), entre outros.

Assim, com base em seus precedentes, a CorteIDH firma sua jurisprudência no sentido de que as vítimas de violações aos Direitos Humanos possuem o direito de contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e atuarem nos respectivos processos, seja em busca de esclarecimentos dos fatos e punição dos responsáveis, seja em busca de uma devida reparação. Esse direito não decorre apenas da CADH, mas também de normas imperativas de Direito Internacional (OEA, 2010, § 139), o que gera obrigações *erga omnes* para os Estados para adotarem todas as medidas necessárias e não deixar impunes tais violações, exercendo sua jurisdição doméstica para aplicação de seu direito interno e do Direito Internacional, visando à proteção das vítimas (OEA, 2006b, § 160).

A respeito desse entendimento jurisprudencial firmado pela CorteIDH, Cançado Trindade (2003b, p. 13) defende que os artigos 8º e 25 da CADH correspondem ao acesso à justiça *lato sensu*, o qual se caracteriza, em suma, como o direito à pronta prestação jurisdicional e obtenção de justiça, consubstanciado na indissociabilidade que há entre esses dispositivos.

<sup>4</sup> O massacre de Barrios Alto ocorreu em 3 de novembro de 1991, quando seis indivíduos do grupo Colina, composto por integrantes do Exército peruano, invadiram um edifício onde estava ocorrendo uma festa que tinha como objetivo arrecadar fundos para a reforma do referido edifício, que ficava localizado em um bairro conhecido como Barrios Alto. Após a invasão do local, os militares obrigaram as vítimas a deitarem-se ao chão, em seguida empreenderam disparos por cerca de 2 minutos, o que resultou na morte de 15 pessoas e em 4 vítimas gravemente feridas. Cf. OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001a. § 2.

Tal direito não se reduz ao acesso formal, *stricto sensu*, às instâncias judiciais (tanto interna, como internacional), mas compreende o direito à prestação jurisdicional e encontra-se subjacente às disposições inter-relacionadas da Convenção Americana (como os artigos 25 e 8), além de permear o direito interno dos Estados partes. O direito de acesso à justiça, dotado de conteúdo jurídico próprio, significa, *lato sensu*, o direito de obter justiça. Configura, assim, em suma, como o direito à própria realização da justiça.<sup>5</sup>

Manuel Ventura Robles (2007, p. 348) conceitua o direito em questão como a possibilidade de toda pessoa ter acesso aos mecanismos e sistemas previstos para a resolução de conflitos e reivindicação dos direitos protegidos, dos quais é titular, independentemente de sua condição econômica ou de outra natureza. Trata-se da possibilidade de poder recorrer aos mecanismos estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais para se buscar a resolução de uma controvérsia ou esclarecimento de um fato.

Nesse viés, Robles (2007, p. 348) defende que o acesso às instâncias judiciais, sejam nacionais ou internacionais, demandam a necessidade do melhoramento e otimização da administração da justiça, haja vista ser nesta seara que se define a vigência dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, quando se verifica se as liberdades e as garantias enunciadas nos diferentes instrumentos de Direito Internacional possuem aplicação real em âmbitos interno e internacional de proteção.

Mario Melgar Adalid (1998, p. 1.037-1.038), por sua vez, alerta para a função do processo como mecanismo de acesso à justiça e a redefinição do mesmo após a Segunda Guerra Mundial, no sentido de que o direito de acesso à justiça aponta, necessariamente, a existência de um “Estado Social de Direito”, onde se pratique a justiça, o que pressupõe que as regras processuais não apenas devem regular um procedimento estabelecido e engessado pelos códigos adjetivos das distintas matérias jurídicas, tais como civil, penal, ou administrativa, na medida em que o processo, verdadeiramente, converteu-se em um dos instrumentos essenciais para o alcance do direito de acesso à justiça.

Um dos componentes principais do direito de acesso à justiça refere-se à possibilidade de demandar diretamente perante as autoridades judiciais competentes, mediante um recurso efetivo e célere, bem como o direito de ser ouvido por juízes ou tribunais, independentes e imparciais, tanto em âmbito nacional quanto internacional, nos termos dos artigos 8º e 25 da CADH (OEA, 2006a, § 61-62). Trata-se do “verdadeiro direito ao direito”, o qual gera para os Estados a obrigação de, *inter alia*, garantir um ordenamento jurídico que efetivamente salvaguarde os direitos fundamentais das pessoas (TRINDADE, 2002, p. 524) e a devida prestação jurisdicional, que abrange as garantias do devido processo legal, assim como a fiel execução das decisões judiciais (OEA, 2006a, § 28).

<sup>5</sup> “Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia”. In: OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006a. Série C, N. 140, §§61-62; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2003a, p. 53.

Nesse viés, faz-se *mister* destacar, ainda, as relações entre os dispositivos da CADH supracitados e a regra de esgotamento dos recursos internos. A esse respeito, Héctor Ledesma (2007, p. 41-42) assinala que a necessidade de esgotamento dos recursos pelos peticionários antes de demandarem perante as instâncias internacionais, implica uma obrigação paralela para os Estados, qual seja, de garantir a existência de um aparato judicial que funcione e que contemple recursos apropriados para proteger as pessoas no exercício de seus Direitos Humanos, uma vez que a inexistência de recursos efetivos deixa as vítimas sem meios de defesa, justificando-se, então, a proteção internacional, em caráter subsidiário.

[...] Os Estados têm a responsabilidade de consagrar normativamente e de assegurar a devida aplicação dos recursos efetivos e as garantias do devido processo legal pelas autoridades competentes que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais, ou que envolvam a determinação de direitos ou obrigações estatais. O propósito desses recursos é que, mediante eles, os Estados cumpram efetivamente com seu dever de proteger e garantir os Direitos Humanos consagrados na Convenção, a qual requer que as sentenças dos tribunais nacionais sejam devidamente acatadas e executadas.<sup>6</sup>

Segundo Cançado Trindade (OEA, 2006a, § 15), o sentido atual dos artigos 8º e 25 da CADH, na compreensão da CorteIDH, é fruto de uma construção jurisprudencial que deve ser observada como parâmetro de interpretação desses dois dispositivos, os quais, apesar de sua autonomia e conteúdo material próprio, devem ser analisados considerando a necessidade de uma proteção mais eficaz à luz da indivisibilidade dos Direitos Humanos e o princípio do direito intertemporal.

De acordo com esse entendimento, os artigos 8º e 25 da CADH não devem ser considerados apenas com base numa visão estática presa à formulação original dos dispositivos, mas devem ser relacionados considerando seu enfoque de proteção, buscando-se conferir maior eficácia à tutela dos Direitos Humanos (OEA, 2006a, § 15). Desse modo, o direito à proteção judicial está intimamente vinculado à obrigação geral de respeito e garantia (artigo 1º.1 da CADH), bem como ao direito às garantias do devido processo legal (artigo 8º da CADH), na medida em que assegura o acesso à justiça. Esse vínculo entre os referidos artigos protegem o exercício dos direitos das pessoas no plano interno dos Estados (OEA, 2006a, § 20).

<sup>6</sup> “[...] Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales, o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. El propósito de estos recursos es que, mediante ellos, el Estado haga efectivo su deber de proteger y garantizar los derechos consagrados en la Convención, lo cual requiere que las sentencias de los tribunales nacionales sean debidamente acatadas y ejecutadas”. In: LEDESMA, 2007. p. 45.

## 2.1 O direito de acesso à justiça como integrante do domínio do *Jus Cogens*

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não está limitado aos direitos enumerados nos tratados internacionais, haja vista que também compreende os direitos que passaram a fazer parte do Direito Internacional Consuetudinário, que é vinculante para todos os Estados, inclusive aqueles que não são partes de um tratado em particular, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>7</sup>

Ademais, alguns direitos possuem um *status* especial como normas imperativas de Direito Internacional Consuetudinário, denominadas *jus cogens*, que são disposições cogentes, não passíveis de suspensão em qualquer circunstância, além de que assumem primazia, em particular, sobre outras obrigações internacionais, dentre as quais destacam-se, *inter alia*, a proibição dos atos de tortura, do genocídio, da discriminação racial, bem como da escravidão e práticas análoga.<sup>8</sup>

Em seus votos separados nos casos *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia* (OEA, 2006a) e *Ximenes Lopes vs. Brasil* (OEA, 2006d), o então juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade, expressou seu posicionamento a respeito da necessidade de ampliação do conteúdo do domínio do *jus cogens* para incluir, ao mesmo, o direito de acesso à justiça.

A indissociabilidade que sustento, entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana, acarreta a caracterização, como sendo do domínio do *jus cogens* o acesso à justiça entendido como a plena realização da mesma, ou seja, como sendo do domínio do *jus cogens* a intangibilidade de todas as garantias judiciais no sentido dos artigos 25 e 8 tomados conjuntamente. Não pode haver dúvidas de que as garantias fundamentais, comuns ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional Humanitário, têm uma vocação universal a serem aplicadas em todas e quaisquer circunstâncias, formam um direito imperativo (pertencendo ao *jus cogens*) e acarretam obrigações *erga omnes* de proteção.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Cristina Terezo mostra que alguns doutrinadores, como André de Carvalho Ramos, Diego Rodriguez-Pinzón e Flávia Piovesan, entendem que as Declarações de Direitos Humanos, seja a Universal da ONU ou a Americana, ambas de 1948, teriam força jurídica vinculante por serem utilizadas como fundamento de decisões de Tribunais Internacionais. Ademais, Thomas Buergenthal e Louis B. Sohn defendem que a Declaração é um instrumento formal e solene, cujos princípios e normas teriam sido aprovados por Estados-membros por serem reconhecidamente parte do Direito Internacional Costumeiro. Não obstante, a referida autora ressalva ainda que esta questão não é pacífica na doutrina, na medida em que as Declarações não dispõem de mecanismos de monitoramento, como os outros Tratados de Direitos Humanos, entendidos como convencionais. In: TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014. p. 31.

<sup>8</sup> ONU. Organização das Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados*. Nova York e Genebra, 2011. HR/PUB/11/01. p. 10. Disponível em: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf). Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>9</sup> “La indissociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrean obligaciones *erga omnes* de protección”. In: OEA. Organização dos Estados Americanos. CortelDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006a. Série C, N. 140, § 64.

Esse entendimento mostra-se importante para a proteção internacional dos Direitos Humanos à medida que o artigo 53<sup>10</sup> da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, define *jus cogens* como norma imperativa de Direito Internacional geral, a qual é aceita e reconhecida pela comunidade internacional como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que somente pode ser modificada por norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.

O dispositivo em comento atribui fundamental relevância ao conceito de *jus cogens* no âmbito do Direito Internacional, haja vista que estas normas peremptórias de Direito Internacional Público impõem uma limitação ao voluntarismo e discricionariedade dos Estados, na medida em que uma norma aceita pela comunidade internacional tem o poder de limitar, anular ou invalidar um acordo entre Estados (AGUIAR; GODOY, 2008, p. 25).

[...] se pretende inculcar é que são regras que estão para além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e actos contrários (MIRANDA, 2006, p. 123).

Ao estipular que as normas *jus cogens* somente podem ser substituídas por outra norma imperativa de Direito Internacional geral, “a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados previu a possibilidade de mudanças dos valores internacionais com a transformação ou evolução da sociedade”, de modo que a jurisprudência de uma Corte Internacional pode contribuir com o desenvolvimento da matéria ao pronunciar-se sobre as normativas internacionais referidas (AGUIAR; GODOY, 2008, p. 25), máxime, porque a jurisprudência é fonte auxiliar de Direito Internacional, nos termos do artigo 38.d<sup>11</sup> do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Desta forma, verifica-se o caráter evolutivo do *jus cogens* quando as normas que compõem essa categoria não estão previstas em um rol taxativo de algum documento internacional. Trata-se de “uma categoria aberta, que se expande na medida em que se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes ao ser humano em qualquer situação”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Artigo 53 – Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que somente pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

<sup>11</sup> Article 38. 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: [...] d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. [...]

<sup>12</sup> “[...] es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se desperta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”. In: CorteIDH. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003b. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Série A, N. 18, § 68.

Nesse sentido, destaca-se a contribuição da jurisprudência da CorteIDH na identificação de direitos protegidos por normas pertencentes ao domínio do *jus cogens*, dentre as quais pode-se destacar, *inter alia*, a proibição ao desaparecimento forçado (OEA, 2006e § 84), princípios da igualdade perante à lei e não discriminação (OEA, 2003a, § 110), bem como proibição à tortura, tratamentos desumanos, cruéis e degradantes (OEA, 2006d).

Especificamente em relação ao direito de acesso à justiça, na sentença do caso *Goiburú e outros vs. Paraguai*, de 22 de setembro de 2006, a Corte Interamericana declarou que este direito constitui uma norma imperativa de Direito Internacional que gera obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar todas as medidas necessárias, a fim de não permitir a impunidade de violações aos Direitos Humanos.<sup>13</sup>

Esse entendimento jurisprudencial fora ratificado no caso *La Cantuta vs. Peru* de 2006, no qual a CorteIDH, além de declarar que o acesso à justiça integra o domínio do *jus cogens*, destacou a obrigação dos Estados em combater a impunidade, seja exercendo sua jurisdição em âmbito doméstico, seja colaborando com outros Estados, considerando que o mecanismo de garantia coletiva de Direitos Humanos, estabelecido pela CADH, em conjunto com as obrigações internacionais regionais e universais sobre a matéria, demandam essa cooperação entre os países com o intuito de proteger os Direitos Humanos (OEA, 2006b, § 160).

O reconhecimento do direito de acesso à justiça como norma *jus cogens* pela CorteIDH nos casos supracitados, mostra-se importante no contexto posterior ao período de ditaduras enfrentadas pelos países latino-americanos, na medida em que inúmeros casos de violações sistemáticas de Direitos Humanos, ocorridos nessa época, permaneceram na impunidade, porquanto seus familiares encontram uma série de obstáculos que impedem o devido esclarecimento dos fatos, punição dos responsáveis e reparação dos danos sofridos, em clara denegação de justiça.

Essa atividade jurisprudencial ampliadora do conteúdo material do domínio do *jus cogens* da Corte Interamericana, igualmente alarga o rol de obrigações *erga omnes* de proteção para os Estados, cujo cumprimento diz respeito ao interesse da comunidade internacional como um todo, na medida em que se trata de obrigações incondicionais, o que subsidia a ideia do Direito Internacional como “o direito que emana da consciência comum do que é juridicamente necessário (*opinio juris communis necessitatis*) (TRINDADE, 2001, p. 357).

Diante dessa construção jurisprudencial que consagra o direito de acesso à justiça a partir do vínculo estabelecido entre os artigos 8º e 25 em relação com os artigos 1º.1 e 2º, todos da CADH, Cançado Trindade defende que é importante que os avanços jurisprudenciais a respeito do direito de acesso à justiça *lato sensu*, alcançados pela CorteIDH, sejam preservados e desenvolvidos, contudo que jamais sejam freados com uma hermenêutica desagregadora (OEA, 2006a, § 21).

<sup>13</sup> “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”. In: OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 22 de setembro de 2006e. Série C, N. 153, § 131.

É importante que este avanço na jurisprudência da Corte Interamericana seja preservado e desenvolvido ainda mais no futuro. [...] No sistema interamericano de proteção, a jurisprudência sobre a matéria encontra-se em sua infância, e deve continuar a ser cuidadosamente construída. O direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes no âmbito da proteção judicial (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) é muito mais relevante do que até recentemente se supôs, em um continente, como o nosso, marcado por casuísticos que muito frequentemente privam os indivíduos da proteção do Direito. Requer considerável desenvolvimento jurisprudencial nos próximos anos (TRINDADE, 1999, p. 67).

Infere-se, então, que o exercício da jurisdição contenciosa pela CortelDH possibilitou a construção jurisprudencial sólida referente à importância que os direitos às garantias e à proteção judicial representam em uma sociedade democrática, como garantias de proteção do indivíduo ante a eventuais violações de seus direitos, mediante a devida investigação, reparação e punição dos responsáveis por violações aos Direitos Humanos, por meio de recursos céleres e efetivos, que tramitem nos ditames do devido processo legal e atendam aos deveres de respeito e garantia assumidos pelos Estados, quando retificaram a CADH.

Nesse sentido, a proteção conferida pelo direito de acesso à justiça, conforme apontado pela CortelDH (OEA, 2006b, § 160), transcende o próprio voluntarismo e discricionariedade dos Estados, uma vez que não está adstrito às obrigações convencionais, mas a obrigações *erga omnes* de proteção, contidas em normas imperativas de Direito Internacional Público e inderrogáveis, que somente podem ser modificadas por norma de Direito Internacional da mesma natureza.

### 3 CONCLUSÃO

O direito de acesso à justiça, formado pela união entre os artigos 8º e 25 da CADH, em relação com os artigos 1º.1 e 2º, deste mesmo tratado, desempenha um papel importante no âmbito da proteção aos Direitos Humanos nas Américas, não apenas pela produção jurisprudencial consolidada a respeito, mas, sobretudo, porque se observa que a violação de outros direitos consagrado na CADH, geralmente, relaciona-se com a denegação de justiça às vítimas, o que contribui para a impunidade e a perpetuação de práticas violatórias.

Percebe-se a fundamental contribuição dos votos em separado do ex-juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade, na construção jurisprudencial pautada em uma interpretação integradora dos dispositivos supracitados, em que pese, desde a sentença de exceções preliminares do caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, o Tribunal Interamericano já se inclinar para uma interpretação correlacionadora entre os artigos 8º e 25 da CADH.

Destaca-se, ademais, que o contexto de violações sistemáticas de Direitos Humanos ocorridas durante os regimes ditatoriais nos países americanos, relaciona-se com o reconhecimento, pela CortelDH, do caráter de norma cogente do direito de acesso à justiça, quando alargou o rol de obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar todas as medidas necessárias, a fim de não permitir a impunidade, empreendendo todas as formas necessárias para remover todos os obstáculos, de qualquer ordem, inclusive legislativa, para que as vítimas ou os seus familiares obtenham o devido esclarecimento dos fatos, punição dos responsáveis e reparação dos danos sofridos.

Além de contribuir para a proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano, esse entendimento mostra-se de extrema importância para o Estado brasileiro, haja vista que, apesar da sentença do caso Gomes Lund vs. Brasil de 2010, o Brasil ainda mantém sob o manto da impunidade os agentes que cometem diversos delitos, inclusive crimes contra a humanidade, com fundamento legal na Lei de Anistia n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, a qual já fora declarada inconstitucional pela Corte Interamericana.

Assim, segundo a CorteIDH, o direito de acesso à justiça é uma norma imperativa de Direito Internacional que gera obrigações *erga omnes* para os Estados de empreenderem todas as medidas necessárias para garantir a plena realização da justiça para as pessoas sob sua jurisdição, inclusive no que se refere a fatos pretéritos, os quais provocam um sofrimento latente para as vítimas de todas as formas de denegação de justiça.

#### 4 REFERÊNCIAS

- ADALID, M. M. El Derecho Humano de Acceso a la Justicia. In: ZAMUDIO, H. *Liber Americanum*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Unión Europea, 1998. p. 1.035-1.049. V. 2.
- AGUIAR, A. L. B.; GODOY, G. G. de. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Ampliação do Conteúdo Material do Conceito Normativo de Jus Cogens. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 25-34, 2008. Disponível em: [http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista\\_08.asp](http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista_08.asp). Acesso em: 11 dez. 2015.
- BLANCO, C. S. T. O Direito de acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e brasileira, uma análise comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 85-125, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.03042340.2012v61p85/221>. Acesso em: 15 dez. 2015.
- LEDESMA, H. F. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, jul. 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. Lisboa: Principia, 2006.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 26 de setembro de 2006c.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001a.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia*. Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Reparações, de 29 de janeiro de 1997a.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 28 de novembro de 2001b.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 3 de novembro de 1997c.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 30 de maio de 1999.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 16 de agosto de 2000.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de Mérito e Reparações, de 24 de fevereiro de 2011.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Resolução de 13 de setembro de 1997b (Pedido de Revisão da Sentença de Mérito, Reparações e Custas). Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de janeiro de 1997d, Série C, n. 21.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 22 de setembro de 2006e.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006b.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Massacres de El Mozote e Arredores vs. El Salvador*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 25 de outubro de 2012.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 15 de setembro de 2005.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006a.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006f.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Exceções Preliminares, de 26 de junho de 1987.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Mérito, de 29 de julho de 1988.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006d.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 4 de julho de 2006g.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Opinião Consultiva n. 18/03*, de 17 de setembro de 2003a.

OEA. Organização dos Estados Americanos. CorteIDH. *Opinião Consultiva n. 18/03*, de 17 de setembro de 2003b. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

ONU. Organização das Nações Unidas. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados*. Nova York e Genebra, 2011. HR/PUB/11/01. Disponível em: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf). Acesso em: 18 out. 2015.

ROBLES, M. E. V. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad. *Estudios sobre El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf). Acesso em: 15 nov. 2015.

TEREZO, C. F. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Curitiba: Appris, 2014.

TRINDADE, A. A. C. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, A. A. C. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, A. A. C. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, v. 37, p. 53-83, 2003a.

TRINDADE, A. A. C. Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, v. 37, p. 13-52, 2003b.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional*. 2. ed. Porto Alegre: SAF Editor, 2001. Tomo I.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. Tomo II.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2002. Tomo III.

## Direitos Humanos e Educação: Diretrizes Fundamentais

**José Irivaldo Alves Oliveira Silva**

Pós-Doutorado em Desenvolvimento Regional. Doutorado em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPq, nível 2. Em estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito, no Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental e Sociedade de Risco (Universidade Federal de Santa Catarina). Mestrado em Sociologia. Especialização em Gestão das Organizações Públicas e em Direito Empresarial. Graduação em Ciências Jurídicas. Professor efetivo do curso de Gestão Pública, na Unidade Acadêmica de Gestão Pública da Universidade Federal de Campina Grande. É pesquisador com ênfase em conflitos ambientais, meio ambiente, sociedade de risco, legislação ambiental, desenvolvimento sustentável, políticas públicas relacionadas ao acesso à água e saneamento. É membro da rede de pesquisa Waterlat (<http://www.waterlat.org/Members.html#brazil>). Pesquisador da Rede Just-Side (Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología). Membro da Associação Latino Americana de Sociologia (Alas).  
<http://orcid.org/0000-0002-0022-3090>. [irivaldo.cdsa@gmail.com](mailto:irivaldo.cdsa@gmail.com) [prof.irivaldo@ufcg.edu.br](mailto:prof.irivaldo@ufcg.edu.br)

**Gutyelson Henrik Firmino Nunes**

Licenciatura em Educação do Campo. [rykelson@gmail.com](mailto:rykelson@gmail.com)

### RESUMO

O presente trabalho parte dos pressupostos traçados no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), e tem a preocupação de conhecer como está sendo abordada a temática dos Direitos Humanos em sala de aula. Como os professores adquirem informações sobre a temática? Quais os conhecimentos e práticas dos professores sobre o assunto? Esta temática, de acordo com o Programa mundial para educação em Direitos Humanos, é uma temática que deve permear a prática pedagógica dos professores em sala de aula. A pesquisa foi do tipo qualitativa e de natureza descritiva; o mesmo ainda se caracterizou como um estudo de caso. Num primeiro momento foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos, como também em sites, sobre os seguintes temas: Direitos Humanos e Educação em Direitos Humanos. Já no segundo momento foram aplicados os instrumentos de coleta de dados por meio de questionários. Dessa forma, verificou-se que a escola trabalha, de modo muito superficial, temas relacionados com os direitos humanos, a ponto de não ser percebido, ficando evidente a necessidade de avançar no sentido de fazer uma ampla discussão com a comunidade escolar sobre Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Educação do campo. Cidadania. Direitos humanos.

**HUMAN RIGHTS AND EDUCATION: FUNDAMENTAL GUIDELINES**

### ABSTRACT

The present work is based on the assumptions established in the national human rights education (PNEDH), and is concerned to know how the subject of human rights in the classroom is being addressed. How do teachers get information on the subject? What are the teachers' knowledge and practices on the subject? This theme, according to the World Program for Human Rights Education, is a theme that must permeate the pedagogical practice of teachers in the classroom. The research was qualitative and of descriptive nature, the same was still characterized as a case study. At first, a bibliographical research of books and articles was carried out, as well as in sites of the following subjects: Human Rights and Education in Human Rights. In the second moment the instruments of data collection were applied through questionnaires. In this way, it was verified that the school works in a very superficial way subjects related to the human rights to the point of not being perceived, being evident the need to advance in the direction to make a wide discussion with the school community on Human Rights.

**Keywords:** Field education. Citizenship. Human rights.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Contexto histórico dos direitos humanos. 3 A educação em direitos humanos na educação básica na perspectiva do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. 3.1 Resgatando o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH). 3.2 A educação básica na perspectiva do PNEDH e o papel da escola. 4 Educação em direitos humanos numa escola do campo. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 27/12/2018

Modificações requeridas em: 23/7/2019

Aceito em: 29/7/2019

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão que se trava no decurso do trabalho tem a intenção de saber como as temáticas de direitos humanos estão sendo inseridas no cotidiano da educação. Falar em direitos humanos é, consequentemente, lembrar-se das barbáries históricas ocorrida no mundo, que desrespeitam a dignidade da pessoa humana.

Além de um saldo de mortes muito elevado, a Guerra deixou a necessidade e o anseio do respeito à pessoa humana, ou seja, o desejo de que se fosse respeitado o direito à vida. Para que nunca mais a humanidade revivesse os fatos tão aterrorizantes contra os seres humanos, é iniciado, em conjunto com chefes de nações, uma proposta de um tratado mundial que fosse respeitado por todos. É nesse momento que tem início a ideia universal dos direitos humanos, que, por mais redundante que pareça ser, são direitos que possuímos pelo simples fato de existirmos.

Mesmo com todo histórico de violação dos direitos humanos deixado pela Segunda Guerra Mundial, bem como de outros momentos da história, é absurdo viver em pleno século 21 em uma sociedade em que ainda o desrespeito à condição humana é uma atitude comum, com rotulações de modo sutil ou explícito, com preconceitos odiosos, e que por vezes tornam-se comuns. Cabe questionar aqui o que fazer para minimizar essas ações desrespeitosas. Um caminho seria a educação escolar voltada para a formação cidadã da pessoa civilizada a partir do referencial dos Direitos Humanos.

O presente trabalho tem a preocupação de conhecer como está sendo trabalhada a temática dos Direitos Humanos em sala de aula. Como os professores adquirem informações sobre a temática? Quais os conhecimento e práticas dos professores sobre o assunto? Esta temática, de acordo com o Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos, é uma temática que deve permear a prática pedagógica dos professores em sala de aula.

Neste sentido, objetivou-se verificar como está sendo trabalhada a temática dos Direitos Humanos no cenário das escolas do campo, focando a Escola Estadual Juarez Maracajá, no município de Gurjão, localizada na região do Cariri paraibano. De forma mais específica, procurou-se compreender o processo de desenvolvimento dos Direitos Humanos no contexto escolar, bem como verificou-se como os docentes adquiriram esses conhecimentos. Além disso, buscou-se ainda identificar como os docentes trabalharam a temática dos Direitos Humanos em sala de aula. Procurou-se, também, identificar qual a compreensão dos docentes e dos alunos sobre os Direitos Humanos.

Esta pesquisa, desenvolvida na Escola Juarez Maracajá, em Gurjão – PB –, possui caráter tipicamente qualitativo e de natureza descritiva. A mesma caracteriza-se como estudo de caso, verificada a discussão sobre os Direitos Humanos e os temas transversais relacionados. Em um primeiro momento foi realizada uma pesquisa bibliográfica de livros e artigos, como também em *sites* sobre os seguintes temas: Direitos Humanos e Educação em Direitos Humanos. No segundo momento foram aplicados os instrumentos de coleta de dados (o questionário). Pela técnica de aplicação de questionários foram sendo conseguidos os resultados descritos.

O texto foi produzido em quatro sessões. A primeira trata, em linhas gerais, de uma inclusão do leitor em uma breve contextualização histórica sobre os direitos humanos. Na segunda tratou-se a respeito do que é a Educação em Direitos Humanos no contexto histórico do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), debatendo, ainda, a Educação em Direitos Humanos (EDH) na educação básica, a partir do PNEDH e do papel da escola em sua disseminação. Na terceira sessão fez-se uma discussão sobre as perspectivas da Educação do Campo quanto aos direitos humanos. Na quarta e última seção apresentou-se a pesquisa de campo, expondo a metodologia e os dados do campo.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Salienta-se que, em sua origem, a expressão “direitos humanos” foi chamada, em outro momento da história, de “Direitos do Homem”. Essa expressão, contudo, foi alvo de críticas por causa da palavra “homem”, pois a mesma dava a entender que os direitos estavam garantidos apenas para as pessoas do sexo masculino. Conforme Bellinho (2012),

A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, a qual remonta à época do jusnaturalismo, pois bastava ser homem para possuir direitos e poder usufruí-los. Entretanto, tal nomenclatura sofreu várias críticas devido à expressão “homem”, tendo em vista que tais direitos não eram apenas inerentes às pessoas do sexo masculino, mas, sim, a qualquer pessoa humana (p. 2).

Assim, tendo em vista que os direitos são destinados a qualquer pessoa humana, a expressão “direito do homem”, ao ser alvo de diversas críticas, foi alterado, passando, segundo Bellinho (2012), a se chamar direitos fundamentais. Claro que essa mudança marca simbolicamente a transição de compreensões acerca dos direitos, e o desafio maior estava posto: tornar os mesmos efetivos na sociedade. A ideia dos Direitos Humanos (DH), porém, tal como se conhece hoje, é relativamente nova.

Para Celso Lafer (1998), os direitos humanos se originaram das tradições judaico-cristãs e históricas da civilização ocidental, e tinha a dignidade do ser humano como fonte de valor, seja por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, seja por ser cidadão. Tonet (2002, p. 63) salienta, contudo, ainda, que os chamados direitos humanos foram proclamados, pela primeira vez, nas constituições dos Estados Unidos e da França, entre 1776 e 1778. De acordo com Schuler (2008), entretanto, os direitos humanos, tal como se conhece hoje, surgem a partir das grandes revoluções burguesas e da formação da sociedade moderna por meio de narrativas históricas produzidas por diversos intelectuais franceses do século 18:

Os direitos humanos surgem como narrativa histórica produzida por diversos intelectuais franceses no século XVIII, dentre eles Espinoza, Locke, Montesquieu, Rousseau, época em que eclodem as grandes revoluções burguesas. Os direitos humanos foram construídos na formação da sociedade moderna, no contexto da Revolução Francesa, da Revolução Industrial, cujas conquistas imprimiram uma nova visão dos direitos do indivíduo e do cidadão, culminando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), promulgada pela Organização das Nações Unidas. Nascem não só para evitar atrocidades, mas para a promoção da paz (p. 143).

Foi no cenário do século 20, a partir das atrocidades e dos horrores cometidos durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e do Nazismo, todavia, que se desenhou a necessidade de criar um mecanismo que defendesse a condição humana. Regimes totalitários propagam um modelo de Estado em que há uma ausência de limites da autoridade do mesmo, sem respeitar os direitos individuais necessários para a existência humana. Como salienta Fábio Konder Comparato (2010):

[...] após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos (p. 68-69).

Foi diante dessas barbaridades, na busca de consolidar os direitos humanos, que, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos, começou a desenvolver-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2005). Segundo Piovesan (2009),

Para Joaquín Herrera Flores os direitos humanos compõem a nossa racionalidade e resistência, traduzindo esses processos que abrem e consolidam espaço de luta pela dignidade humana, invocando uma plataforma emancipatória voltada de um lado à proteção à dignidade humana e por outro à prevenção ao sofrimento humano. Não apresentam uma história linear. Não são a história de uma marcha triunfal nem tampouco são a história de uma causa perdida de antemão, mas a constante na luta pela afirmação dos direitos humanos é serem a história de um combate, de uma luta e de ações sociais (p. 107).

Assim sendo, e de acordo com Piovesan (2009), a história dos direitos humanos até os dias de hoje deve ser vista como um espaço de luta em prol da dignidade e de combate ao sofrimento humano, uma vez que os direitos humanos são frutos do nosso passado a partir da luta e da ação social.

No caso do Brasil, vale salientar que a temática dos direitos humanos adquiriu uma elevada significação histórica também como resposta às formas de violência social e políticas vivenciadas nas décadas de 60 e 70, marcadas pelo Golpe Militar de 1964. Somente a partir dos anos 80 e 90, no entanto, o debate sobre os direitos humanos e a formação para a cidadania vem alcançando mais espaço e relevância no Brasil. Como afirma Sader (2007):

O tema dos direitos humanos não estava incluído, como tal, na agenda de discursos e de debates antes do golpe militar de 1964. Os modelos de desenvolvimento, suas consequências sociais, a inserção internacional do país – ocupavam grande parte das formulações teóricas e políticas. Até mesmo um conceito, como o de direito ficava relegado ao plano do direito, como se tivesse apenas uma dimensão jurídica (p. 75).

Assim, é de fundamental importância ressaltar que somente no final da década de 80 é que o tema dos direitos humanos passa a ter maior visibilidade no Brasil. De acordo com o Caderno de Educação em Direitos Humanos (CEDH), foi a Constituição Brasileira de 1988 que:

[...] institucionalizou os direitos humanos no país, destacando a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais do Estado Brasileiro. O que é preconizado, entretanto, não se concretiza plenamente (BRASIL, 2013b, p. 21).

O questionamento que se deve enfatizar é o seguinte: Por que esses direitos não se concretizaram plenamente? Como é possível reivindicar um direito se grande parte da população não tem conhecimento de tal direito? É a partir desses questionamentos que se verifica o papel fundamental da educação como formadora e disseminadora desses direitos. A educação pode influenciar na tomada de consciência. Ainda, de acordo com Piovesan (2012):

A Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país (p. 94).

Neste sentido, é possível resgatar na história dois passos de fundamental importância para a afirmação dos Direitos Humanos (DH) no Brasil. O primeiro foi a elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988, considerada como a “Constituição Cidadã”, e que assumiu um papel preponderante na institucionalização dos direitos humanos em todo o país. O segundo foi a criação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH). A SEDH foi criada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), datada de 17 de abril de 1997. Inicialmente o órgão estava ligado ao Ministério da Justiça (MJ), mas, no ano de 2015, depois de sofrer algumas alterações, a Secretaria foi agregada ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Essa alteração ocorreu após uma reforma ministerial no governo da presidente Dilma Rousseff.

Vale salientar que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) tem por atribuições articular e instituir as políticas públicas voltadas para a promoção e efetivação dos direitos humanos no Brasil. A luta pelos direitos humanos significa buscar melhor qualidade de vida para os brasileiros, garantindo, assim, sua individualidade enquanto cidadão. Nessa direção, afirma Schuler (2008):

Hoje, temos uma legislação bastante avançada em relação aos direitos humanos. O direito interno já incorporou o conteúdo e os avanços contidos em vários instrumentos internacionais existentes, tanto no sistema global como no regional, de proteção e defesa dos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, dos Pactos Internacionais de 1966, sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais. No tocante aos planos nacionais, podemos mencionar o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, lançado no dia 10 de dezembro de 2003, na gestão do governo Lula; o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, o Programa Nacional dos Direitos Humanos, dentre outros. Há de se considerar, entretanto, que muitos desses avanços ainda esperam por ser materializados na prática (p. 144).

De acordo com Silva (2008), os direitos humanos possuem uma origem histórica, ao considerarmos que seu surgimento deriva de lutas enfrentadas pela humanidade como uma etapa no processo das transformações decorrentes dessas lutas e da busca da emancipação. Desse modo, destaca Rabenhorst (2008):

A história dos direitos humanos no Brasil pode ser vista como obra de todos aqueles que, através de insurreições, rebeliões e revoltas, lutaram contra uma estrutura de dominação que vigorou em nosso país durante séculos e que ainda persiste em muitos aspectos, principalmente no que concerne às desigualdades sociais (p. 19).

Assim, os direitos humanos são históricos e não estão prontos e acabados; pelo contrário, eles estão em constante ebulação, isto é, em constante transformação. Como afirma Piovesan (2009), os DHs mudam através do tempo, respondendo às necessidades e situações específicas de cada momento, e nascem quando devem e quando podem nascer.

### **3 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA NA PERSPECTIVA DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS**

É importante pensar-se em termos de Educação em Direitos Humanos (EDH), e para isso é necessário definir-se o seu significado. Antes de adentrar para tratar da EDH, é preciso salientar que, para consolidar a prática de proteção e respeito aos direitos humanos, faz-se necessária uma somatória de forças, e para isto é imprescindível que as instituições de ensino se coloquem como principais aliadas na disseminação dessa nova cultura. O Caderno de Educação em Direitos Humanos (CEDH), documento publicado em 2013, já apresenta as escolas e os demais espaços de aprendizagem como ambientes propícios para o processo de construção da cultura em direitos humanos.

A escola, ou qualquer ambiente de aprendizagem, é o espaço de convivência inicial do ser humano em formação, bem como uma atmosfera de convivência para os que buscam um objetivo em comum, que é a instrução. É muito importante que esse ambiente possa formar cidadãos inspirados no respeito ao próximo, na aceitação das diferenças (BRASIL, 2013b, p. 44).

Neste sentido, o espaço escolar é considerado o primeiro espaço social após a família. Por esse motivo, os espaços educacionais configuram-se como primordiais na disseminação da cultura em direitos humanos, posto que a escola tem como papel fundamental buscar formar cidadãos para exercer a cidadania na sociedade. Como afirma Carbonari (2008), “a escola é um lugar social no qual se estabelecem relações educativas específicas e fundamentais para a formação do humano” (CARBONARI, 2008, p. 159).

Diante disso, e levando em consideração a importância da escola em sua disseminação, o que é a educação em direitos humanos? Vários documentos foram construídos ao longo da história, enfatizando a sua importância. Pode-se entender que a educação em direitos humanos é um mecanismo ou ferramenta para a promoção da equidade social, bem como para a promoção do respeito à diferença. Nessa perspectiva, o Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos (PMEDH) define a EDH como:

[...] um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos não somente proporciona conhecimentos sobre os direitos humanos e os mecanismos para protegê-los, mas que, além disso, transmite as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana (ONU, 2006, p. 1).

Neste sentido, a EDH se apresenta como um meio para que os direitos humanos sejam efetivados e percam o caráter deturpado que ora recebem. A cultura em direitos humanos pode construir atitudes e comportamentos indispensáveis para a defesa e proteção dos direitos humanos. Para Benevides (2000), a EDH [...] é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz (p. 1).

Assim sendo, ao falar em EDH está-se pensando na formação de um cidadão que, mesmo tendo um posicionamento diferente, poderá expressar o que pensa sem desrespeitar a condição humana de ninguém, entendendo que essa condição é perpassada por profundas diferenças. Uma pessoa inspirada no respeito e na aceitação das diferenças, portanto, é uma pessoa educada para os direitos humanos. O que leva à “educação de que estamos falando é aquela centrada na humanização integral do ser humano” (CARBONARI, 2008, p. 159). De acordo com Dias (2008), falar em EDH é falar de uma educação

[...], que privilegia os processos educativos que tenham como objetivo formar cidadãos críticos e atuantes numa determinada sociedade. Uma educação que não discrimina, que promove o diálogo, a solidariedade, o respeito mútuo, a tolerância, e, sobretudo, a autonomia e a emancipação dos sujeitos envolvidos ( p. 158).

Sendo assim, educar crianças, adolescentes e jovens na perspectiva da educação em direitos humanos atualmente, é dar um norte novo para a construção de uma sociedade mais justa e humana, na qual a solidariedade, o respeito, a tolerância e a autonomia serão os princípios que estarão presentes nas relações sociais, o que resultará em uma sociedade mais igualitária. Como afirma Batista *et al.* (2015), a educação em direitos humanos é:

[...] um dos mais importantes instrumentos dentro das formas de combate às violações dos direitos fundamentais, pois educa propondo a valorização da dignidade, a tolerância e os princípios da democracia, que remontam aos ideais da Revolução Francesa, tais quais a liberdade, igualdade e fraternidade (p. 2).

É certo, também, que não se pode ser ingênuos e afirmar que a EDH pode ser entendida como a solução de todos os problemas ou aquela que vai resolver os conflitos sociais. Ela deve ser entendida como um caminho para a construção de uma nova cultura voltada para o respeito à dignidade humana. Ainda, de acordo com Dias (2008),

A cultura de direitos passa, necessariamente, por um efetivo diálogo entre saberes e práticas humanizadoras que conferem sentidos e significados à participação efetiva de todos os envolvidos no processo educativo que se desenrola na escola. Daí a importância da educação em Direitos Humanos (p. 158).

Neste sentido, levando em consideração a importância da EDH, é fundamental que as escolas a incluam em seu projeto político-pedagógico (PPP) de forma a contemplar ações fundadas nos princípios de convivência social, participação, autonomia e democracia (DIAS, 2008). As escolas precisam abraçar as propostas educativas produzidas no país para a instituição da cultura dos direitos humanos, pois uma educação à luz dessa cultura não será o fim de todos os desrespeitos, mas o início da tomada de consciência dos direitos que estão assegurados na lei. Educar nessa cultura é defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana. Sader (2007); salienta que:

Educar é assumir a compreensão do mundo, de si mesmo, da intrerrelação entre os dois. Pode ser uma compreensão real, que capte os mecanismos que, efetivamente, são produzidos e reproduzidos pelos homens no seu processo concreto de vida, ou, ao contrário, pode ser uma visão alienada que, ao invés de permitir essa compreensão, ocupa esse lugar na consciência das pessoas com mitos, com ilusões, com concepções que consolidam a incapacidade das pessoas de se compreenderem no mundo e compreenderem o mundo que, mesmo sem consciência, estão produzindo e reproduzindo, cotidianamente, nas suas vidas (p. 80-81).

Por isso, de acordo com o Caderno de Educação em Direitos Humanos (CEDH), “A construção de um conceito de direitos humanos para a sociedade deve ter como eixo fundamental a dignidade da pessoa humana, visando o integral desenvolvimento de seu potencial criador enquanto cidadão crítico e consciente de seus deveres e direitos” (BRASIL, 2013b, p. 16), uma vez que educar em direitos humanos é influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais, os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2000).

A educação para os direitos humanos, na perspectiva do pensamento freiriano, por exemplo, valoriza o diálogo com os diversos saberes que circulam no nosso dia a dia e que possibilita compreender o mundo. Assim, a escola, ao trabalhar nessa perspectiva, precisa reconhecer e respeitar o conhecimento do outro. No entendimento de Freire (2002),

Se, de um lado, não posso me adaptar ou me “converter” ao saber ingênuo dos grupos populares, de outro não posso (...) impor-lhes arrogantemente o meu saber como o verdadeiro. O diálogo em que se vai desafiando o grupo popular a pensar sua história social com a experiência igualmente social de seus membros, vai revelando a necessidade de superar certos saberes que, desnudados vão mostrando sua “incompetência” para explicar os fatos (p. 32).

Neste sentido, é possível afirmar que se pode “[...] conceber a educação como uma condição básica para que os cidadãos possam operar plenamente enquanto seres humanos no contexto das sociedades modernas” (LEITE, 2011, p. 4). Já Batista *et al.* (2015, p. 2) salientam que a finalidade maior da EDH na escola é

[...] a constituição de uma cultura da democracia, do respeito às diferenças, da não discriminação e da paz. Esta educação permite a afirmação dos direitos fundamentais, conscientiza o cidadão de seu papel social na luta contra desigualdades e injustiças, ou seja, busca formar consciências cidadãs.

Como destaca Gohn (2012), a educação entra nesse processo de formação como um direito humano para o desenvolvimento do ser humano. Essa educação propõe a construção do ser cidadão, que tem a individualidade e a diversidade como princípio; um cidadão que vai fortalecer a cultura de respeito e da paz.

### 3.1 Resgatando o plano nacional de educação em direitos humanos (PNEDH)

Inicialmente é necessário destacar que o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) surge de um compromisso do Estado brasileiro com a concretização dos direitos humanos, objetivando também a construção de uma sociedade civil organizada a partir do respeito à pessoa humana. O PNEDH é um documento que foi criado a partir da articula-

ção institucional, envolvendo os três Poderes da República, em especial o Poder Executivo (governo federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal), organismos internacionais, instituições de educação superior e a sociedade civil:

Ao mesmo tempo em que aprofunda questões do Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNEDH incorpora aspectos dos principais documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, agregando demandas antigas e contemporâneas de nossa sociedade pela efetivação da democracia, do desenvolvimento, da justiça social e pela construção de uma cultura de paz (BRASIL, 2007, p. 11).

Sendo assim, percebe-se, de forma clara, o reflexo dos documentos internacionais sobre EDH no PNEDH. Segundo Batista *et al.* (2015), foi em meio à Década para a Educação em Direitos Humanos das Nações Unidas (1995-2004) que:

[...] o governo brasileiro, atendendo indicações dos documentos da ONU, criou o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH) e a partir daí começou o processo de elaboração do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos em 2003 (p. 16).

Assim, em conformidade com o Plano Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH), surge no nosso país, em 2003, o processo de construção do PNEDH. O processo de elaboração do PNEDH se deu, como citado anteriormente, a partir da criação do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH), este, por sua vez, composto por especialistas, representantes da sociedade civil, instituições públicas e privadas e organizações internacionais.

Em resposta aos trabalhos do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, em dezembro de 2003 foi lançada, em parceria com o Ministério da Educação (MEC) e a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), uma primeira versão do documento com orientações para que fosse criado um conjunto de ações objetivando a promoção de respeito à cultura dos direitos humanos; esse seria o primeiro resultado apresentado pelo mais novo mecanismo CNEDH, visando à construção futura do PNEDH:

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), lançado em 2003, está apoiado em documentos internacionais e nacionais, demarcando a inserção do Estado brasileiro na história da afirmação dos direitos humanos e na Década da Educação em Direitos Humanos, prevista no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH) e seu Plano de Ação10. São objetivos balizadores do PMEDH conforme estabelecido no artigo 2º: a) fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; b) promover o pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade humana; c) fomentar o entendimento, a tolerância, a igualdade de gênero e a amizade entre as nações, os povos indígenas e grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e lingüísticos; d) estimular a participação efetiva das pessoas em uma sociedade livre e democrática governada pelo Estado de Direito; e) construir, promover e manter a paz (BRASIL, 2007, p. 24).

No ano consecutivo do Comitê, abriu-se uma série de debates em torno do PNEDH, que, por sua vez, ocorreram em encontros, seminários e fóruns em âmbito internacional, nacional, regional e estadual:

Ao longo do ano de 2004, o PNEDH foi divulgado e debatido em encontros, seminários e fóruns em âmbito internacional, nacional, regional e estadual. Em 2005, foram realizados encontros estaduais com o objetivo de difundir o PNEDH, que resultaram em contribui-

ções de representantes da sociedade civil e do governo para aperfeiçoar e ampliar o documento. Mais de 5.000 pessoas, de 26 unidades federadas, participaram desse processo de consulta que, além de incorporar propostas para a nova versão do PNEDH, resultou na criação de Comitês Estaduais de Educação em Direitos Humanos e na multiplicação de iniciativas e parcerias nessa área (BRASIL, 2007, p. 12).

Convém lembrar que em 2005 o plano passou por uma série de discussão em âmbito estadual, e como resultado dessas fases foi possível escutar a sociedade civil, registrando, assim, as suas contribuições no documento, bem como contribuindo para aperfeiçoar e expandir o documento (PNEDH). Somente em 2006 foram concluídos os trabalhos de construção do PNEDH. De acordo com Batista *et al.* (2015):

A sua atual e definitiva versão foi lançada em 2007, e contou com a revisão de professores e alunos de graduação e pós-graduação do Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (CFCH/UFRJ), e posterior à consulta popular, foi revisado e aprovado pelo CNEDH (p. 16-17).

Neste sentido, a estrutura do plano estabelece concepções, princípios, objetivos, diretrizes e linhas de ação contemplando cinco grandes eixos de atuação, sendo essas: Educação Básica, Educação Superior, Educação Não formal, Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública e Educação e Mídia. Batista *et al.* (2015) afirma, ainda, que:

[...] o Plano Nacional de Educação em Direitos humanos visa desenvolver uma cultura em direitos humanos e do respeito, em que os direitos humanos possam ser praticados e vividos nos diferentes espaços da sociedade. O PNEDH surge como uma tentativa de se estabelecer um plano universal para a educação em direitos humanos embasado nos princípios de democracia e participação social. De acordo com os cinco eixos do Plano, é fundamental que o Estado pense conjuntamente com a sociedade, em estratégias que promovam os direitos humanos (p. 18).

Dessa forma, o PNEDH destaca-se como política pública, assumindo dois princípios importantes: o primeiro deles é consolidar uma sociedade que se fundamenta na cidadania, democracia e justiça social, e o segundo princípio é viabilizar mecanismos para a construção da cultura dos direitos humanos, que se consolida como uma política pública para a promoção da educação em direitos humanos no Brasil e formação de uma consciência cidadã:

O PNEDH, na condição de política pública, apresenta-se como um instrumento orientador e fomentador de ações educativas, no campo da educação formal e não formal, nas esferas pública e privada. Reflete as ações que estão sendo desenvolvidas no país, envolvendo iniciativas de instituições públicas, organizações da sociedade civil e contribuições recebidas por meio de consulta pública e das recomendações do documento da UNESCO sobre a Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos e para uma Cultura de Paz (1995-2004) (SACAVINO, 2007, p. 464).

Como afirma Barreiro (2011), entretanto, a partir da elaboração do PNEDH “pode-se considerar que o Brasil iniciou um trabalho sistemático e institucionalizado para possibilitar e promover a educação em direitos humanos” (p. 71). É preciso acrescentar, aqui, que seria impossível levantar uma discussão sobre o tema se o plano não existisse. Mesmo que o plano tenha uma aplicabilidade questionável, é inegável que ele é um avanço significativo para a EDH no Brasil.

### 3.2 A educação básica na perspectiva do PNEDH e o papel da escola

A Educação básica corresponde à escolaridade obrigatória e, apesar de ser estruturada por etapas e modalidades de ensino, não se limita a transmitir conhecimentos disciplinares, mas também compartilha valores. Dessa forma, levando em consideração a importância da educação básica na formação do ser humano, incluir os Direitos Humanos nos currículos escolares é de suma importância para o processo de fortalecimento de uma cultura que valorize a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, o PNEDH conceitua a EDH como:

[...] um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões:

- a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;
- b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- c) formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político;
- d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações (BRASIL, 2008, p. 25).

Fica evidente que a educação voltada aos direitos humanos está para além dos conteúdos programáticos do livro didático ou, até mesmo, para além de meramente estudar para galgar aprovação no vestibular ou Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) e ser um bom profissional. É uma educação voltada para o respeito à vida, para a justiça e o respeito pela diferença. Em virtude do que foi mencionado, e para a construção de uma cultura em direitos humanos, o PNEDH apresenta alguns princípios que deverão ser adotados pela educação básica:

- a) a educação deve ter a função de desenvolver uma cultura de Direitos Humanos em todos os espaços sociais;
- b) a escola como espaço privilegiado para a construção e consolidação da cultura de Direitos Humanos, deve assegurar que os objetivos e as práticas a serem adotados sejam coerentes com os valores e princípios da Educação em Direitos Humanos;
- c) a educação em direitos humanos, por seu caráter coletivo, democrático e participativo, deve ocorrer em espaços marcados pelo entendimento mútuo, respeito e responsabilidade;
- d) a educação em direitos humanos deve estruturar-se na diversidade cultural e ambiental, garantindo a cidadania, o acesso ao ensino, permanência e conclusão, a equidade (étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, de nacionalidade, dentre outras) e a qualidade da educação;
- e) a educação em direitos humanos deve ser um dos eixos fundamentais da educação básica e permear o currículo, a formação inicial e continuada dos profissionais da educação, o projeto político pedagógico da escola, os materiais didático-pedagógicos, o modelo de gestão e avaliação;
- f) a prática escolar deve ser orientada para a educação em direitos humanos, assegurando o seu caráter transversal e a relação dialógica entre os diversos atores sociais (BRASIL, 2007, p. 32).

Assim, a escola, ao educar em direitos humanos, deve assegurar aos alunos o primeiro direito fundamental, sem o qual os outros não têm sentido – o de ser pessoa. O processo educativo “pressupõe o reconhecimento da pluralidade e da alteridade, condições básicas da liberdade para o exercício da crítica, da criatividade, do debate de ideias e para o reconhecimento, respeito, promoção e valorização da diversidade” (BRASIL, 2007, p. 31). De acordo com Dias (2008), com base no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2007), a escola:

[...] no âmbito específico de sua atuação, pode contribuir para a realização de ações educativas que visem fomentar/estimular/promover a cultura dos direitos humanos mediante o exercício de práticas educativas de promoção e fortalecimento dos direitos humanos no espaço escolar, ajudando a construir uma rede de apoio para enfrentamento de todas as formas de discriminação e violação dos direitos (DIAS, 2008, p. 158).

Assim sendo, levando em consideração a importância da escola como um espaço de socialização e disseminação de conhecimento e onde os sujeitos estão num processo de formação e construção desse conhecimento, faz-se necessário que a escola inclua em seu currículo a prática dos direitos humanos. Com a temática dos direitos humanos sendo incluída no currículo escolar, pretende-se obter uma educação que promova o respeito à diversidade. Levando-se em consideração esses aspectos, a professora Adelaide Alves Dias (2009) salienta que a escola tem como função social:

[...] sistematizar e disseminar os conhecimentos historicamente elaborados e compartilhados por uma sociedade. Por isso, os processos educativos em geral, e, principalmente, aqueles que ocorrem em seu interior, constituem-se em dinâmicas de socialização da cultura (p. 158).

Ao fazer tal afirmação, Dias (2008) faz refletir que os espaços educacionais de ensino básico se qualificam como principais espaços para a disseminação da cultura em direitos humanos, por meio de processos educativos que, por sua vez, devem compreender em si o princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem afirma Freire (1980, p. 25), “a educação para a libertação é um ato de conhecimento e um método de ação transformadora que os seres humanos devem exercer sobre a realidade”. Dessa forma, é de suma importância a inserção da educação em direitos humanos no processo pedagógico, como afirma Bittar (2008):

[...] neste contexto de amorfismo, de apatia diante do real, de indiferença ao outro, de crescimento do individualismo materialista, de indiferença perante tudo e todos, que o colorido do real seja retomado em sala de aula. Por isso, a educação desafiada deve, sobretudo, sensibilizar, agindo de modo a ser mais que instrutiva (somatária de informações acumuladas), enfatizando-se o seu aspecto formativo (geradora da autonomia do pensar) (p. 174).

Desse modo, “a escola constitui-se como uma das mais importantes organizações sociais que constrói, por meio das relações que se estabelecem no seu interior, inúmeros princípios concernentes a uma sociedade mais justa e igualitária” (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 32). Destaca-se aqui a necessidade de ver a escola como um campo de construção de uma sociedade mais justa, humanizada, onde a diferença não seja justificativa para o desrespeito, mas para justificar a igualdade e o respeito aos semelhantes. Zluhan e Raitz (2004) ressaltam ainda que:

[...] a escola é um espaço de circulação de culturas, diferenças e singularidades, deve-se garantir que os direitos humanos se transformem na base das relações e que a falta de entendimento, a ausência de escuta do outro, a destruição, a morte, amplamente divulgadas pelos adultos e pela mídia, se transformem em objeto de diálogo e reflexão (p. 32).

Zluhan e Raitz (2014) apontam o caminho que deve ser percorrido para transformar a escola tradicional em um local do desfile das diferenças. É necessário que as escolas se tornem espaços de diálogo e reflexão e eduquem os alunos no sentido de que ela é um espaço de pluralidades; logo, isso reflete na sociedade, tendo em vista que a escola é a réplica reduzida da sociedade. Coroborando, Dias (2008) afirma:

A concretização da educação em direitos humanos nas escolas torna-se factível na medida em que este espaço possa estimular, propor, apoiar e elaborar propostas de natureza artístico-culturais que visem ao combate de toda forma de preconceito, de intolerância e de discriminação no espaço escolar. Valorizar as diversas manifestações culturais, de cunho artístico, religioso e desportivo dos variados grupos que compõem a sociedade brasileira pode ser uma das formas de a escola contribuir para a efetivação da cultura dos direitos humanos (p. 159).

Por isso, a escola, no desenvolvimento de sua função social de formação da personalidade humana, deve contribuir para que haja tolerância e motivar práticas democráticas em sala de aula e fora dela. Logo, está contribuindo com a construção e a efetivação da cultura em direitos humanos. Diante disso, como salienta Araújo (2008):

Será que a escola que hoje conhecemos permite, de fato, que tais objetivos sejam alcançados? [...] Na realidade concreta das escolas e das salas de aula o que vemos é uma preocupação quase que exclusiva com a transmissão de alguns dos conteúdos científicos acumulados pelas diferentes culturas e pela humanidade. A preocupação dos currículos é com o ensino da língua, das matemáticas, das ciências, da natureza sócio-política-ecônômica da humanidade e das artes. [...] Nos parece que este modelo de escola não conseguirá atingir os objetivos de construção da cidadania e da democracia social (p. 164).

De uma forma mais objetiva, o que se está falando é que a escola precisa ser entendida como um espaço que está para além da transmissão do conhecimento já elaborado. Os espaços educacionais não devem estar destinados à mera função “conteudista”, embora esta seja muito importante. Zluhan e Raitz (2014) ressaltam que

A escola não pode ser somente considerada transmissora de conteúdos, mas, sobretudo, um local privilegiado de aprendizagens e vivências cidadãs e democráticas, e, quando se fala na defesa, na efetivação e na universalização dos direitos humanos, precisa-se considerar os seres humanos/alunos como seres sociais, inseridos em uma organização social, na qual devem ser asseguradas as condições para que eles se desenvolvam e venham a viver com dignidade e igualdade (p. 34).

Como assevera Candau (1998), “a Educação em Direitos Humanos potencializa uma atitude questionadora, desvela a necessidade de introduzir mudanças, tanto no currículo explícito, quanto no currículo oculto, afetando assim a cultura escolar e a cultura da escola” (p. 36). Instituir EDH é romper com as amarras do currículo entendido por tradicional, e isso é romper com o currículo que coloca o discente como um ser sem luz.

A escola, ao levantar o debate sobre a EDH, deve ter como base a mudança em seu currículo tradicional. Isso é pensar na mudança em todos os elementos que dão a sua sustentação enquanto instituição, seja o currículo explícito ou oculto, seja o projeto político-pedagógico (PPP), ou até mesmo o regimento escolar, devem ser construídos à luz do que propõe os Direitos Humanos. Isso é o zelo pela condição humana. Assim sendo, e levando em consideração os currículos das escolas do país, é indiscutível que existe a necessidade de estabelecimento da EDH nas redes educacionais.

Ainda é preciso salientar, também, que a EDH precisa se tornar uma política pública de Estado, o que implica afirmar que os chefes do Poder Executivo são os responsáveis por pensar e fomentar ações que contribuam para o fortalecimento e concretização da educação em direitos humanos. Fazer tal afirmativa parte do entendimento de “[...] que as políticas públicas devem ser do Estado e não de governos, para que possam consolidar-se e garantir sua efetividade e continuidade” (SILVA; TAVARES, 2013, p. 53). Levando-se em conta o que afirma Schuler (2008):

A política dos direitos humanos dentro do cenário das políticas públicas, em especial das políticas educacionais, possui um importante papel na luta pela minimização da criminalidade, da violência, da miséria, das violações aos direitos humanos (p. 150).

É certo que o PNEDH foi lançado oficialmente no ano de 2007, o que significa que em mais de dez anos de história não foi ainda sequer efetivada a prática da educação em direitos humanos (EDH) no dia a dia das escolas. Assim sendo, pode-se afirmar que, hoje, não existe a necessidade de construir outros documentos para fazer valer o que está garantido no PNEDH, mas existe a necessidade de cobrar e mostrar aos governantes que eles são os responsáveis em fortalecer a proposta da EDH que já está posta.

Neste sentido, reside a importância da efetivação e reflexão dos direitos humanos na educação básica, visando à formação de uma rede de proteção e de resistência à violação dos direitos humanos. As escolas devem se constituir em um espaço de reflexão-ação, contribuindo para a transformação da realidade social, quando constantemente os direitos humanos são desrespeitados.

O PNEDH, espelhando-se no plano mundial, atribui às Instituições de Ensino Superior (IES) a tarefa de desenvolver cidadãos hábeis em participar de uma sociedade livre, democrática, que consegue entender as diferenças seja elas quais forem (BRASIL, 2007).

Para que isso seja concretizado há, porém, 21 ações que recebem o nome de Ações Programáticas. Tais propostas sugerem às Instituições de Ensino Superior desde a proposta da educação em direitos humanos para subsidiar as diretrizes curriculares das áreas de conhecimento das IES, até a criação de um Fundo Nacional de Ensino, Pesquisa e Extensão, que tenha como objetivo principal apoiar projetos que discutam o tema educação em direitos humanos.

O PNEDH ainda demonstra uma preocupação de educar para os direitos humanos também as pessoas que frequentam os espaços de Educação Não Formal. Neste sentido, a educação em direitos humanos na modalidade não formal é orientada por meio de princípios da emancipação e da autonomia. Assim sendo, colocar a Educação Não Formal para caminhar ao lado da educação em direitos humanos é dar uma contribuição permanente ao “[...] proces-

so de sensibilização e formação de consciência crítica, podendo ser compreendida como [...] educação para a vida no sentido de garantir o respeito à dignidade do ser humano" (BRASIL, 2008, p. 43).

Educar para os direitos humanos, seja em qualquer modalidade educacional, é contribuir para que as pessoas possam se respeitar e compreender as limitações e diferenças dos seus semelhantes. Daí, então, a importância da Educação Não Formal na função de informar e colaborar no processo de sensibilizar e conscientizar os sujeitos, estimulando a "[...] capacidade de as pessoas identificarem as violações dos direitos e exigirem sua apuração e reparação" (BRASIL, 2008, p. 43).

#### 4 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NUMA ESCOLA DO CAMPO

O campo da pesquisa foi a Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Juarez Maracajá, que está localizada no município de Gurjão, no Cariri Oriental do Estado da Paraíba. A Escola Juarez Maracajá pertence ao poder público municipal, e responde pelo Ensino Médio, contando com 1 diretor e 13 professores.

Na pesquisa para identificar o entendimento dos discentes e dos professores sobre a temática dos direitos humanos, os questionários construídos continham questões abertas, de múltipla escolha e mistas. Nesta pesquisa foram aplicados 32 questionários: 26 para alunos e 6 para os professores do 1º ao 3º ano do Ensino Médio. Em um primeiro momento foi realizado um levantamento bibliográfico de livros e artigos, como também de sites com os seguintes temas: Direitos humanos e Educação em direitos humanos. Em um segundo momento foi realizada a pesquisa de campo na referida escola.

Quanto à faixa etária dos alunos pesquisados, que varia de 14 a 21 anos de idade, dos quais 23% são de 14 a 15 anos, 58% estão na faixa etária de 16 a 17 anos, 15% estão entre 18 a 19 anos e 4% estão na idade de 20 a 21 anos. De acordo com os dados coletados, 73% dos alunos pesquisados residem na zona urbana e apenas 27% residem na zona rural do município.

Buscou-se, também, identificar qual o entendimento dos alunos sobre os direitos humanos; assim, quando questionados sobre o que significa os direitos humanos, a maioria dos alunos apresentou sua compreensão, mas nem todos demonstraram ter conhecimento sobre a temática. Dos 26 alunos pesquisados, a maioria respondeu sem muita clareza. Diante das respostas verificou-se a necessidade de um trabalho pedagógico voltado para a educação em direitos humanos na escola. Como afirma Dias (2008), exige a adoção de práticas orientadas criticamente para completar a ressignificação da capacidade de pensar, agir, sentir e julgar na direção da promoção dos direitos humanos, capacitando-os para denúncia das violações desses direitos.

Questionou-se se os alunos têm acesso a materiais informativos sobre direitos humanos, e 69% desses responderam que sim, enquanto 31% dos alunos responderam que não têm acesso a nenhum material que aborde a temática dos direitos humanos. Esse acesso, segundo eles, processa-se por intermédio da televisão e da internet. Desse modo, quando abordou-se qual, ou quais, disciplina(s) apresenta(m) temáticas relacionadas aos direitos humanos, a maioria apontou história, sociologia e filosofia. Os informantes discentes, porém,

não são precisos a mostrar como esses conteúdos são trabalhados. Também buscou-se saber qual a atividade realizada sobre os direitos humanos que marcou o estudo dos alunos, e a maioria teve dificuldades em lembrar.

A disciplina de língua portuguesa também foi apontada pelos alunos, por repetidas vezes, como uma das disciplinas que discute o tema dos direitos humanos em sala de aula. Isso demonstra que a abordagem dos direitos humanos não se restringe somente às disciplinas das ciências humanas e sociais.

Quadro 1 – Situações de violação dos direitos humanos identificadas pelos alunos na sociedade

Situações de violação dos direitos humanos	Respostas
Agressão física contra uma pessoa	18
A prática de linchamento a acusados de algum crime	10
Falta de assistência básica de saúde	14
Exclusão da pessoa com deficiência da sociedade	16
Degradação do meio ambiente	03
Carência de moradia para os cidadãos	11
A prática de <i>bullying</i>	17
Nenhuma das alternativas	01

Fonte: Pesquisa de campo.

A violência é recorrente no depoimento dos discentes. Diante da análise das respostas dos alunos, fica evidente a necessidade de a escola inserir as temáticas dos direitos humanos nos conteúdos tradicionais do currículo escolar. É perceptível que é mais fácil os alunos relacionarem casos de violação com violência mais concreta, e poucos relacionaram com a questão ambiental.

Quanto à percepção dos professores sobre o que significa os direitos humanos, a maioria deles relacionou os direitos humanos à ideia de liberdade, igualdade, universalidade e liberdade de expressão. Somente um deles, dos seis entrevistados, apresentou uma resposta confusa. O Quadro 2 resume as percepções.

Quadro 2 – O que significa os direitos humanos na concepção dos professores

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	É respeitar os direitos humanos. É universal, o ser humano ao nascer ele está para usufruir de liberdade de expressão, promover a paz, conviver em igualdade com os demais.
<b>Professor 2</b>	Organização das nações unidas que afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.
<b>Professor 3</b>	São direitos inerentes a todos os seres humanos sem distinção de raça, sexo e religião.
<b>Professor 4</b>	São direitos e liberdades básicas dos indivíduos que devem ser mantidos e respeitados.
<b>Professor 5</b>	São ações que levam em conta o respeito à dignidade do cidadão.
<b>Professor 6</b>	Liberdade de pensamento, de expressão, de igualdade perante a lei.

Fonte: Pesquisa de campo.

Quando perguntados se a forma como a temática dos direitos humanos vem sendo trabalhada nas suas aulas é satisfatória, a maioria dos professores respondeu que não, e apenas um professor respondeu que não trabalha com as temáticas dos direitos humanos. Os professores 1 e 4 afirmaram que o grande volume de atividades e conteúdos fazem com que os direitos humanos não sejam o foco, apesar de estar em todos os conteúdos, e também pensam que falta o corpo docente se sensibilizar e abordar o assunto de forma sistemática.

É importante destacar que não há uma disciplina, ou componente, que venha a estabelecer uma ênfase nesse(s) conteúdo(s). Esses profissionais foram questionados se já tiveram acesso ao Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), e apenas 1, dos 6 professores pesquisados, demonstrou ter tido acesso, o que mostra que esse documento, essencial para a discussão pedagógicas e para a inserção de conteúdos nos componentes do fluxograma do Ensino Médio, não vem sendo considerado nas atividades de planejamento.

Diante das respostas elencadas pelos docentes, vale salientar, como afirma Candau e Sacavino (2013), que a educação em Direitos Humanos não pode ser reduzida à introdução de alguns conteúdos nos diferentes âmbitos educativos. Trata-se de criar ambientes em que os Direitos Humanos impregnem todas as relações e componentes educativos. Além disso, Segundo Candau (2008):

(...) é insuficiente promover eventos e atividades esporádicas, orientadas fundamentalmente a sensibilizar e motivar para as questões relacionadas com os Direitos Humanos. Torna-se imprescindível integrar a educação em Direitos Humanos nos projetos político-pedagógicos das escolas e comprometer no seu desenvolvimento as diferentes áreas curriculares. É, também, de especial importância desenvolver processos formativos que permitam articular diferentes dimensões – cognitiva, afetiva, artística e sócio-política – fundamentais para a educação em Direitos Humanos, assim como utilizar estratégias pedagógicas ativas, participativas e de construção coletiva que favoreçam educarmos em Direitos Humanos (p. 194).

Ao se indagar a respeito do que fazer para evitar o desrespeito aos direitos humanos, 11 alunos não responderam a questão; já a maioria elencou diversas formas que, possivelmente, podem contribuir para evitar o desrespeito, como podemos verificar por meio de exemplos de respostas claras de alguns alunos, indicando formas de evitar o desrespeito:

Aluno 12: “Respeitar o próximo, diálogos e não à violência”.

Aluno 11: Se colocar no lugar do próximo e ter mais consciência de quando se desrespeita os direitos humanos”.

Aluno 9: “Creio que isso só iria acontecer quando a própria sociedade se conscientizasse do quanto ridículo são os seus atos”.

Aluno 10: “Respeitar as opiniões dos semelhantes”.

Aluno 16: “Nos conscientizarmos”.

Aluno 19: “Várias coisas, mas primeiro temos que conscientizar as pessoas sobre tais atos que infligem com a lei do nosso país”.

Aluno 21: “Mais informações sobre o assunto de direitos humanos como: palestras e mais educação que o nosso Brasil terá consciência”.

Aluno 25: "Promover palestras que incentivem as pessoas a viverem de uma forma que não haja desrespeito aos direitos humanos; criação de leis para punir as pessoas que desrespeitarem os direitos humanos".

Aluno 23: "O governo e o Ministério da Educação devem conscientizar a sociedade, tendo palestras e anúncios em TV e também na Web ou até mesmo criar novas normas em uma sociedade, com novas leis".

Aluno 26: "Respeitar a todos e tratar de forma igualitária".

Essas respostas apresentam chaves de pensamento que podem ser exploradas nas aulas, inserindo as temáticas relacionadas aos direitos humanos no currículo escolar. Considerando a educação como necessária em relação a uma parte substancial do desenvolvimento integral humano, é fundamental uma educação voltada não somente para aprender os conteúdos, mas que contribua para a construção da cidadania. Como salienta Araújo (2008):

Um dos objetivos centrais da educação deve ser o de promover a construção de personalidades morais autônomas, críticas, que almejam o exercício competente da cidadania, embasada nos princípios democráticos da justiça, da igualdade, da eqüidade e da participação ativa de todos os membros da sociedade na vida pública e política (p. 164).

Foram aplicados questionários com os professores que ministram sociologia, história, geografia, matemática, português e biologia nas turmas do 1º ao 3º anos do Ensino Médio. Vale salientar que foram pesquisados seis professores com o objetivo de identificar a sua concepção e como trabalham a temática dos direitos humanos em sala de aula.

Os professores foram questionados se a temática dos direitos humanos é contemplada no ensino em sala de aula; a maioria dos professores respondeu que sim, porém apenas dois professores foram precisos nas suas respostas.

Quadro 3 – Respostas dos professores a respeito se a temática dos direitos humanos é contemplada no ensino em sala de aula

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	Sim. A partir do momento que o ser humano nasce passa a ter contato com a necessidade de vivenciar e na escola passa a se conscientizar com orientações e debates do dia a dia.
<b>Professor 2</b>	Sim. Porque os alunos têm que saber que direitos humanos são dotados de razão e de consciência, e devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade.
<b>Professor 3</b>	Sim. De forma transversal
<b>Professor 4</b>	Em algumas disciplinas existe essa abordagem, cabe ao docente contemplar essa discussão em sua área, porém ainda temos um currículo estático que não contribui para isso.
<b>Professor 5</b>	Sim, em alguns casos, dependendo do(a) professor(a). Infelizmente muitos educadores acham que é um tema insignificante ou de difícil abordagem.
<b>Professor 6</b>	Não utilizo muito nas minhas aulas

Fonte: Pesquisa de campo.

Outro ponto importante na pesquisa foi investigar em que conteúdos os docentes inseriam as temáticas relacionadas com os direitos humanos. Somente o professor 2 não soube indicar em quais conteúdos da disciplina de geografia poderiam ser trabalhados os DHs. Na

verdade, falta ao docente a visão de que poderiam ser inseridos em conteúdos geográficos, como população, urbanização, processo de “favelização do Brasil”, globalização, emigração, migração, imigração, meio ambiente, cidades, êxodo rural e urbano, conteúdos da geografia que têm uma relação direta com os direitos humanos. O Quadro 4 traz as respostas em destaque.

**Quadro 4 – Conteúdos que são abordados na temática dos direitos humanos pelos professores em sala de aula**

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	Grécia e Roma; Reforma Protestante e Contra-Reforma; Primeira e Segunda Guerra Mundial; golpe de 1964; abolição da escravatura.
<b>Professor 2</b>	Trabalhar os direitos humanos no contexto escolar, nos conteúdos encontrados na aquisição e no desenvolvimento de competências práticas. Através de projetos.
<b>Professor 3</b>	Pluralidade, cultura, sexualidade, democracia e cidadania, sociedade de direitos e outros.
<b>Professor 4</b>	Racismo, tráfico humano, ética, violência contra a mulher, saúde, educação.
<b>Professor 5</b>	No caso da disciplina matemática, alguns poucos temas abordam os direitos humanos, como matemática financeira, por exemplo.
<b>Professor 6</b>	Não trabalho.

Fonte: Pesquisa de campo.

Por conseguinte, os professores afirmam, em sua maioria, que tiveram contato com as temáticas relacionadas aos direitos humanos em cursos de Graduação, por meio de livros, internet, cursos de atualização, jornais, TV, revistas e contato com outros professores.

Outro ponto importante para o desenvolvimento do processo de ensino aprendizagem é saber quais os recursos didáticos empregados. O Quadro 5 apresenta as respostas dos professores acerca de quais instrumentos se valem ao desenvolver conteúdos que trazem elementos, centrais ou periféricos, de direitos humanos; ainda são utilizados os quadros a giz, os livros didáticos, cartazes, aula de campo, filmes, músicas, biblioteca, gravuras e datashow, como consta no Quadro 5:

**Quadro 5 – Recursos didáticos utilizados pelos professores para o desenvolvimento das temáticas dos direitos humanos durante as aulas com os alunos**

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	Livro didático; biblioteca; quadro; giz.
<b>Professor 2</b>	Cartazes; datashow; livro didático; biblioteca.
<b>Professor 3</b>	Cartazes; datashow; livro didático; biblioteca; gravuras; filmes; aula de campo.
<b>Professor 4</b>	Cartazes; datashow; filmes.
<b>Professor 5</b>	Cartazes; datashow; músicas.
<b>Professor 6</b>	Datashow; livro didático; filmes.

Fonte: Pesquisa de campo.

No Quadro 6 tem-se as respostas acerca do contato dos docentes com o PNEDH, posto que a minoria teve acesso a esse plano e a maioria não teve acesso e não justificou o porquê. Isso preocupa sobremaneira, pois esse documento é a base para qualquer discussão curricular acerca de conteúdos relacionados aos direitos humanos na educação brasileira. É preciso apresentar o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos aos professores e discutir formas de executá-lo.

**Quadro 6 – Se os professores já tiveram acesso ao Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), caso a resposta fosse negativa, explicasse os motivos, e se sim, o que achou**

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	Sim, no Plano Nacional de Educação sempre foi discutido e colocado como obrigatório, visando à questão da cidadania, onde se concretiza na prática o exercício na sociedade.
<b>Professor 2</b>	Não. Acesso só de livros, conversas e pesquisas.
<b>Professor 3</b>	Não.
<b>Professor 4</b>	Não tive acesso ainda.
<b>Professor 5</b>	Sim.
<b>Professor 6</b>	Não.

Fonte: Pesquisa de campo.

Em contraposição ao que foi afirmado nos Quadros supracitados, os docentes revelam considerar importante abordar essa temática em suas aulas, embora não façam ou não saibam fazer. A maioria dos educadores classificou a temática dos direitos humanos como importante e de grande relevância para ser trabalhada em sala de aula. O professor 6, no entanto, não respondeu o questionamento, afirmando que não podia opinar, conforme é demonstrado no Quadro 7.

**Quadro 7 – A importância que os educadores atribuem à temática dos direitos humanos**

PROFESSORES	RESPOSTAS
<b>Professor 1</b>	Muito importante, já que através do exercício desta temática podemos preparar o cidadão para que ele viva com dignidade, reconhecendo melhor os valores de um povo.
<b>Professor 2</b>	A importância de que os alunos irão ser pessoas de bem sempre respeitando todas as pessoas.
<b>Professor 3</b>	Enquanto educadora, acredito que seja de suma importância, uma vez que são questões que permeiam todas as questões da vida social.
<b>Professor 4</b>	É uma temática relevante, posto que o sujeito precisa ser conhecedor de seus direitos, deveres para poder reivindicá-los.
<b>Professor 5</b>	É uma temática de fundamental importância, visto que leva em consideração “o ser humano” na sua essência.
<b>Professor 6</b>	Não posso opinar.

Fonte: Pesquisa de campo.

Quando questionados em relação às dificuldades encontradas em trabalhar a temática dos direitos humanos nas aulas, estas foram apresentadas pelos professores: a falta de atenção dos alunos em absorver as informações, transversalizar os conteúdos com as questões dos direitos humanos em sua disciplina, a carência de material didático, a falta de engajamento da equipe da escola e planejamento por parte dos docentes. São sintomáticas essas respostas, pois apontam para uma multicausalidade, sendo difícil ver um responsável isoladamente, mas uma falha sistêmica na construção do trabalho no ambiente escolar, desde o planejamento e concepção das disciplinas até o processo de execução delas no cotidiano escolar.

**Quadro 8 – Violão dos direitos humanos**

Situações de violação dos direitos humanos	Quantidade de professores
Agressão física contra uma pessoa	5
A prática de linchamento a acusados de algum crime	4
Falta de assistência básica de saúde	4
Exclusão da pessoa com deficiência da sociedade	4
Degradação do meio ambiente	4
Carência de moradia para os cidadãos	4
A prática de <i>bullying</i>	5
Nenhuma das alternativas	0

Fonte: Pesquisa de campo.

O Quadro 8 apresenta a real noção de que os professores sabem identificar questões relacionadas às violações aos direitos humanos, inclusive assimilando que questões ambientais podem ser relacionadas a essa modalidade de lesão a direitos. Apesar, porém, de um conhecimento do senso comum, os docentes têm dificuldades em sistematizar esse conhecimento e transformar possibilidades de conteúdos a serem discutidos em sala de aula.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos compõe as diretrizes essenciais para os conteúdos transversais em direitos humanos, desde o planejamento e concepção dos mesmos no âmbito das escolas e Secretarias de Educação no Brasil até sua execução no cotidiano escolar. Talvez o modelo de competências e atribuições da educação às diversas esferas administrativas nacionais (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) dificulte o cumprimento dessas diretrizes. Essa é apenas uma hipótese para trabalhos futuros, mas decorreu da análise dos problemas vivenciados numa escola situada num rincão remoto dessa vasta nação, que, talvez, se coadune com outras realidades semelhantes.

Percebeu-se que os alunos conhecem a realidade de violência e violação aos direitos humanos que permeia seu dia a dia e de outras regiões. As respostas, porém, são baseadas, geralmente, no senso comum, e associam muito essa modalidade de direito àqueles relacionados com a privação de liberdade dos apenados. Por outro lado, os professores apresentam certo despreparo e desinformação, sendo necessário um processo de capacitação, que não seria satisfatório em si mesmo, mas deveria ser acompanhado de monitoramento, por meio de planejamentos e discussões avaliativas.

Existe um vácuo deixado pela escola na “exploração” das temáticas relacionadas aos direitos humanos, ficando ela à margem de um papel protagonista no processo de ensino e aprendizagem das mesmas. Talvez se esse papel se inverter ter-se-á um reflexo direto na sociedade, o que não se pode garantir, mas é necessário ser experimentado no fazer escolar e sentido na sociedade com os frutos colhidos, porém isso é um processo de longo prazo.

Existe a necessidade de um trabalho pedagógico voltado para a Educação em Direitos Humanos, pois as ideias sobre o tema ainda são muito vagas, imprecisas, e denotam ausência de uma formação cidadã integradora que apresente, de forma contextualizada, os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à saúde, ao trabalho, ao meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros.

Quando se destaca a importância de discutir Direitos Humanos na escola, não se está sugerindo que seja criado um novo componente curricular para que sejam abordados os temas relacionados aos direitos humanos, o que seria um visão simplista e reducionista da questão, pois a simples criação da disciplina não resloveria. A disciplina em si seria relevante; entretanto, uma ação articulada nas escolas, entre todos os profissionais que compõem o corpo docente e técnico para incorporar a visão de cidadania do PNEDH, seria a gênese de um processo mais sólido de educação em direitos humanos. Faz-se necessário que a gestão escolar busque estratégias pedagógicas para que o tema seja discutido no meio escolar.

Talvez um caminho seja eleger anualmente eixos de atuação prioritários. A título de exemplo, a ecologia é um tema extremamente importante, fundante de outras questões, e, a partir dela, poder-se-ia tratar, por exemplo, a questão dos refugiados ambientais, ou seja, a violação dos direitos humanos das pessoas que fogem de suas nações por causa de desastres climáticos, Tsunamis, secas, falta de água, terremotos, desaparecimento de suas terras pelo aumento do nível do mar; isso tudo são efeitos vistos prioritariamente em camadas das populações mais vulneráveis do mundo. Daí, esse eixo poderia ser “explorado”, “dissecado”, por toda a escola, de forma integrada, com diversas ações desenvolvidas ao longo do ano.

## 6 REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, Francisco José Pegado; SATO Michèle (org.). *Educação ambiental: do currículo da educação básica às vivências educativas no contexto do semiárido paraibano*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.
- ARAÚJO, Ulisses F. A construção da cidadania e de relações democráticas no cotidiano escolar. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária; UFPB, 2008.
- ARENTE, Hannah. Entre o passado e o futuro. In: ARENDT, Hannah. *A crise na educação*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1957-1979.
- ARROYO, Miguel Gonzalez; FERNANDES Bernardo Mançano. *A educação básica e o movimento social do campo*. Brasília, DF: Articulação Nacional por uma Educação Básica do Campo, 1999. (Coleção por uma Educação Básica do Campo, n° 2).
- BARBOSA, Maria Simara Torres. A emancipação política do Brasil. In: BARBOSA, M. S. Torres. *História da educação*. São Luís: Ed. Uema Net, 2010.
- BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FARIA, Guilherme Nacifde; SANTOS, Raíssa Naiady Vasconcelos. Educação em Direitos Humanos: uma tarefa possível e necessária. *Educação em Perspectiva*, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 58-77, jan./jun. 2011.
- BATISTA Jéssica Holanda de Medeiros et al. *Políticas públicas e Educação em Direitos Humanos: o PNEDH e o caso brasileiro*. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460340.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BELLINHO, Lilith Abrantes. *Uma evolução histórica dos Direitos Humanos*. Curitiba, PR: Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. 2012. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellinho.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria. *Educação em Direitos Humanos*: de que se trata? São Paulo: Faculdade de Educação da USP; Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos. 18/2/2000. Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos. 2000. Disponível em: [http://hottopos.com/convenit6/victoria.htm#\\_ftn2](http://hottopos.com/convenit6/victoria.htm#_ftn2). Acesso em: 22 jul. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. A escola como espaço de emancipação dos sujeitos. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos*: capacitação de educadores. João Pessoa: Ed. Editora Universitária; UFPB, 2008. V. 2.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 7. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Elias Canuto. *Violação do Direito à educação dos povos do campo*. Belém. Disponível em: [http://www.canal6.com.br/x\\_sem2016/artigos/4A-04.pdf](http://www.canal6.com.br/x_sem2016/artigos/4A-04.pdf). Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL, Naira. 25 anos da Aids: desafios para o “tempo de direitos”. In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI*: cenários de tensão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – Secadi. *Educação do Campo*: marcos normativos. Brasília: Secadi, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7352.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7352.htm). Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Lei Darcy Ribeiro. LDB: *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*: Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional [recurso eletrônico]. 8. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm); <http://bd.camara.leg.br>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Caderno de Educação em Direitos Humanos*: Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais: 2013. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2013b.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucional/constitucional.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm); <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros Curriculares Nacionais*: apresentação dos temas transversais, ética. Brasília: MEC; SEF, 1997, 146p.

CALDART, Roseli Salete. Por uma educação do campo: traços de uma identidade em construção. In: KOLLING, Edgar Jorge; CERIOLI, Paulo Ricardo; CALDART, Roseli Salete (org.). *Educação do campo*: identidade e políticas públicas. Brasília, DF: Articulação nacional por uma educação do campo, 2002. (Coleção por uma educação do campo, nº 4).

CAMPOS, K. P. B.; NÁRIO, J. F. da S.; SOUZA, A. G. A inclusão educacional: limites e possibilidades. In: SILVA, J. I. A. O. et al. *Cidadania, educação e direitos humanos no semiárido*. Campina Grande: EDUFCG, 2012, p. 103-132.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; SACAVINO, Susana Beatriz. Educação em direitos humanos e formação de educadores. *Educação*, Porto Alegre, impresso, v. 36, n. 1, p. 59-66, jan./abr. 2013.

CANDAU, Vera Maria. Educação e Direitos Humanos, currículo e estratégias pedagógicas. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos*: capacitação de educadores. João Pessoa: Ed. Editora Universitária; UFPB, 2008. V. 1.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios para a formação de professores. *Novamérica*, n. 78, p. 36-39, 1998.

CARBONARI, Paulo César. Educação em direitos humanos: esboço de reflexão conceitual. In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI*: cenários de tensão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

CAVALCANTE, Ludmila. Do rural ao campo – mudanças de paradigmas educacionais. *Revista Marco Social*, Rio de Janeiro, n. 12, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONTAG. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura. Educação do Campo: base para uma reflexão: In: CONTAG. *Educação do campo semeando sonhos... cultivando direito*. Brasília: Contag, 2010.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense. v. 2., 2. ed. 1991 e v. 8, 2. ed. 1993.

DIAS, Adelaide Alves. A escola como espaço de socialização da cultura em direitos humanos. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária; UFPB, 2008. V. 2.

DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. A dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo vital. In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. (Apostila).

FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação*. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. Tradução Kátia de Mello e Silva. São Paulo: Moraes, 1980.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GERHARDT, T. E. et al. *Estrutura do Projeto de Pesquisa*. Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. p. 65-88.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA Denise Tolfo (org.). *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projeto de pesquisas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOHN, Maria da Glória. Direitos Humanos em seus desafios contemporâneos. In: GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Pallas, 2012.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 27.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 17. ed. Rio de Janeiro. Editora Jorge Zahar, 2004.

LEITE, Talita Soares. *Direitos humanos e educação pública*: uma leitura crítica acerca da educação em direitos humanos. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/projetos/lenpes/pages/arquivos/aLEITE%20Talita.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

LOCKS, Geraldo Augusto; GRAUPE, Mareli Eliane; PEREIRA, Jislaine Antunes. Educação do campo e direitos humanos: uma conquista, muitos desafios. *Conjectura: Filos. Educ.*, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 131-154, 2015.

LUNAS, Alexandra da Costa; ROCHA, Eliene Novaes. *Práticas pedagógicas e formação de educadores (as) do campo*: caderno pedagógico da educação do campo. Organização Alexandra da Costa Lunas e Eliene Novaes Rocha. Brasília: Dupligráfica, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONÇA, Pedro Furtado. *O Direito à Educação e os Direitos Humanos conexos – indivisibilidade, interdependência & justiciabilidade*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6415/O-Direito-a-Educacao-e-os-Direitos-Humanos-conexos-Indivisibilidade-interdependencia-justiciabilidade>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 28. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

NETO, José Francisco de Melo. Metodologias participativas em educação para os Direitos Humanos. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (Org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária; UFPB, 2008. V.1.

NEVES, José Luís. Pesquisa qualitativa – características, usos e possibilidades. *Revista Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 1-5, 2º sem. 1996.

OLIVEIRA, Ivanide Apoluceno de. *Filosofia da educação: reflexões e debates*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, n. 11, p. 61-74, maio/jun./jul./ago. 1999.

- ONU. Organização das Nações Unidas. *Plano de ação: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos*. Nova York; Genebra: Unesco, 2006.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.
- ORTEGA, Antonio César. Cidades imaginárias. O Brasil é menos urbano do que se calcula. *Revista Estudos Sociedade e Agricultura*, Campinas, p. 185-190, 18 abr. 2002.
- PEQUENO, Marcone. O fundamento dos direitos humanos. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária; UFPB, 2008a. V. 1.
- PEQUENO, Marcone. O sujeito dos Direitos Humanos. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (Org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária; UFPB, 2008b. V. 1.
- PEREZ, Luís Aguirre. Educación para los derechos humanos. El gran desafío contemporáneo. In: *Paz y Justicia*, Montevideo: Serpaj, n. 8, oct./dic. 1986.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIRES, Angela Maria Monteiro da Motta. *A educação do campo como direito a uma escola pública de qualidade*. 2012. Disponível em: [http://www.anpae.org.br/congressos\\_antigos/simposio2009/38.pdf](http://www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2009/38.pdf). Acesso em: 1º out. 2016.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2011.
- POZO, J. I. *Aprendizes e mestres*: a nova cultura da aprendizagem. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- RABENHORST, Eduardo R. O que são Direitos Humanos? In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Ed. Editora Universitária; UFPB, 2008. V. 1.
- RICHARDSON, R. J. *Pesquisa social*: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 2009.
- RODRIGUES, Aparecida Salustiano. *Educação ambiental no contexto do ensino da geografia no cariri paraibano*. 2015. Monografia (Educação do Campo) – Universidade Federal de Campina Grande, Sumé, PB, 2015.
- SACAVINO, Susana. Direito humano à educação no Brasil: uma conquista para todos/as? In: GODOY, Silveira Rosa Maria et al. *Educação em Direitos Humanos*: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. 513p.
- SACAVINO, Susana. Formação de educadores/as em/para os Direitos Humanos: um horizonte de sentido – uma maneira de fazer – uma forma de ser. In: ZENAIDE, M. de N. T. et al. (org.). *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Ed. Editora Universitária; UFPB, 2008. V. 1.
- SADER, Emir. Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (org.). *Educação em direitos humanos*: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.
- SAVIANI, Dermeval. A educação na Constituição Federal de 1988: avanços no texto e sua neutralização no contexto dos 25 anos de vigência. *RBPAE*, v. 29, n. 2, p. 207-221, maio/ago. 2013.
- SCHULER, Fernanda Rangel. A formação para os direitos humanos: uma nova perspectiva para o ensino jurídico? In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI*: cenários de tensão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SERRA, Erica Roberts C. Igualdade e diferença nos direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI*: cenários de tensão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. Educação em Direitos Humanos no Brasil: contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites. *Revista Educação*, v. 36, n. 1, p. 50-58, jan./abr. 2013.
- SILVA, Denise Carvalho da. Indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais: problemas de reconhecimento e dificuldades na implementação. In: BITTAR, Eduardo C. (org.). *Direitos humanos no século XXI*: cenários de tensão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SILVA, J. I. A. O.; BRITO, P. S.; RODRIGUES, A. S. Educação e Direitos Humanos: o caso do Centro de Desenvolvimento Sustentável do Semiárido. Cidadania, Educação e Direitos Humanos no Semiárido. In: SILVA, J. I. A. O. et al. *Cidadania, educação e Direitos Humanos no semiárido*. Campina Grande: EDUFCG, 2012. p. 19-48.

SILVA, Maria do Socorro. Educação como direito: reler o passado, refletir o presente e planejar o futuro. In: LUNAS, A. C.; ROCHA, E. N. (org.). *Práticas pedagógica e formação de educadores(as) do campo*. Brasília: Dupligráfica, 2009.

TONET, Ivo. Para além dos Direitos Humanos. *Revista Novos Rumos*, ano 17, n. 37, p. 63-72, 2002.

VEIGA, José Eli da. *Nem tudo é urbano*. Cidades/Artigos. Argumentos desenvolvidos em 30 artigos publicados no jornal Valor, em 2003 e na obra Cidades Imaginárias: O Brasil é menos urbano do que se calcula. Campinas, SP: Editora Autores Associados, 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n2/a16v56n2.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

YIN, R. K. *Case study research: design and methods*. London: Sage, 1984.

YIN, Roberto K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Bookmam. 2001.

ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas. *Rev. Bras. Estud. Pedagog. (on-line)*, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014.

## Os Direitos Humanos e sua Eficácia Protetiva na Encruzilhada: Direito à Barbárie ou Direitos dos Oprimidos?

**Fabio Bacila Sahd**

Doutor em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação Diversitas (Direitos, humanidades e outras legitimidades).  
Professor do Colegiado de Ciências Humanas/Sociologia, da UFMA, Campus III, Bacabal (MA). fabiobacila@hotmail.com

### RESUMO

O presente artigo propõe uma revisão bibliográfica e tece considerações críticas acerca da fundamentação teórica, histórico e efetividade protetiva dos direitos humanos. Contrasta-se o avanço normativo com a vulnerabilidade concreta e negação de direitos de amplos segmentos. O texto tem início com uma apresentação sucinta dos fundamentos dos direitos humanos, e contextualiza sua consolidação no século 20. Na sequência, são expostas considerações de diferentes autores quanto à sua instituição arbitrária e difundida ineeficácia. Por fim, partindo de referencial interdisciplinar, relaciona-se a fragilidade de sua vigência à própria lógica ambivalente da modernidade, que se fundamenta em uma nova lógica de poder baseada em princípios como igualdade e liberdade, mas mantém as desigualdades e opressões anteriores, como de gênero, classe e etnia. Conclui-se que os avanços normativos continuam fragilizados pela negação prática de direitos, o que pode ser compreendido a partir da própria ambiguidade da modernidade, cujos ideais igualitários são contraditados pela continuidade de diferentes formas de domínio, discriminação e hierarquias.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Modernidade. Pós-colonialismo.

**HUMAN RIGHTS AND THEIR PROTECTIVE EFFICACY IN THE CROSSROAD:  
THE RIGHT TO BARBARISM OR THE RIGHTS OF THE OPPRESSED?**

### ABSTRACT

This article proposes a bibliographical review and makes critical considerations about the historic, theoretical basis and protective effectiveness of human rights. We contrast the normative advance with the concrete vulnerability and denial of rights of wide segments of human beings. The text begins with a brief presentation of the foundations of human rights, and contextualizes its consolidation in the twentieth century. In the sequence, considerations of different authors about their arbitrary implementation and widespread inefficacy are exposed. Finally, based on a interdisciplinary referential We relate the fragility of the Human Rights to the very dichotomous logic of modernity that, if on the one hand it is based on a new logic of power based on principles like equality and freedom, on the other maintains the previous inequalities and oppressions, as of gender, class and ethnicity. We concluded that normative advances continue to be weakened by the practical negation of rights, which can be understood from the very ambiguity of modernity, whose egalitarian ideas are contradicted by the continuity of different forms of domination, discrimination and hierarchies.

**Keywords:** Human rights. Modernity. Post-colonialism.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A consolidação dos direitos humanos, sua fundamentação e horizonte utópico. 3 Crítica à vigência dos direitos humanos na modernidade. 4 A modernidade e a barbárie. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 14/11/2018

Modificações requeridas em: 23/7/2019

Aceito em: 30/7/2019

## 1 INTRODUÇÃO

Do final do século 18 em diante, fruto de reflexões sobre a condição humana e direitos inerentes, foram feitas diversas tentativas para normatizar as relações entre os Estados e destes com seus cidadãos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), culminando com a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, cujos princípios foram retomados e mais bem sistematizados em 1966 por meio de dois “pactos internacionais” (direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais). Além destes, após a DUDH, vários instrumentos específicos foram forjados para enfrentar situações como genocídio, discriminação racial, contra mulheres e povos indígenas e direito ao mar, meio-ambiente sustentável, paz e desenvolvimento. Consolidou-se, assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), tendo como seu centro e principal vetor de universalização a ONU, acompanhada do estabelecimento de sistemas regionais (americano, europeu, africano) e de organizações não governamentais, além das conferências mundiais, como em Teerã (1968) e Viena (1993) (GUERRA, 2011, p. 84-86, 95-96, 101).

*Pari passu* à secular e gradativa consolidação do DIDH, desde os primeiros ensaios no século 18 até os tratados e conferências mais recentes, no entanto, ocorreram violações dos próprios princípios e direitos idealizados. Como veremos, há quem explique a própria codificação, ou interdito, a partir do arrependimento moral diante de atrocidades cometidas, que seriam assim necessárias (ENRIQUEZ, 2001; COMPARATO, 1999). Cabe mencionar, rapidamente, alguns casos mais alarmantes, que ilustram a tortuosa trajetória da efetivação de direitos teoricamente assegurados, problematizando discursos que enaltecem acriticamente o suposto “avanço civilizacional” representado pela consolidação e mundialização do DIDH. Lynn Hunt (2009) destaca que, pouco depois da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” ter sido proclamada em 1789, afirmando a igualdade jurídica e as liberdades individuais dos “cidadãos”, foi instituído o governo do “terror” que suprimiu esses mesmos direitos. Ademais, de sua suposta universalidade foram inicialmente excluídos significativos segmentos, como pobres, minorias religiosas, mulheres, escravos, crianças, “loucos”, prisioneiros e estrangeiros. Se o século 19 caracteriza-se pela barbárie colonial na periferia e superexploração e discriminação social, de gênero e étnica, também no centro do sistema capitalista, em nome da “civilização”, mesmo após a DUDH, incontáveis atrocidades continuaram a ser perpetradas no “Sul Global” pelo imperialismo e colonialismo, como a transferência da violência para ele, tornado palco da guerra fria. Atestam isso as ditaduras na Ásia e América Latina, o colonialismo e o *apartheid* na África do Sul e Palestina e as guerras de libertação, confrontos e ingerências estrangeiras no Terceiro Mundo. Milhões foram excluídos e exterminados em nome de ideologias de “pureza racial”, social ou étnica e da constituição do “novo-homem” e de “cidades perfeitas” (ENRIQUEZ, 2001).

No presente artigo revisamos criticamente a literatura especializada, comparando interpretações acerca da continuidade da violência e da barbárie na contemporaneidade, a despeito do avanço normativo e consolidação do DIDH. O texto divide-se em três blocos, bem-demarcados. Primeiramente, são apresentados autores (oriundos, sobretudo, das ciências jurídicas) que comentam os fundamentos dos direitos humanos e sua institucionalização como linguagem estatal positivista. Na sequência, problematizamos a ineficácia da arquite-

tura protetiva internacional. O par conceitual dicotômico (“poder dos direitos” e “direitos de poder”), cunhado pelo jurista Richard Falk, garante a coerência teórica e textual, explicitando a complexidade da temática. A abordagem é finalizada associando, sobretudo a partir de teóricos das ciências humanas, as violações de direitos à própria lógica ambivalente da modernidade, fundada em princípios altissonantes contraditados por práticas torpes. É evidente que, mormente no século 20, houve um avanço normativo e institucional para definir e proteger a dignidade humana. A continuidade da violência estatal e social, da vulnerabilidade concreta e negação de direitos básicos de amplos segmentos, contudo, problematiza a eficácia protetiva dos direitos humanos, evidenciando que sua trajetória não é linear e precisa ser compreendida em conexão com o campo econômico, cultural, social e político. A ênfase na “civilização” ou “barbárie”, cuja interação é dialética, depende da teoria social e jurídica, que informa a interpretação de cada autor aqui discutido, mas é possível constatar, analisando o conjunto, que a realidade de parte da população mundial continua muito aquém dos avanços normativos que deveriam garantir uma vida digna e, com ela, a tão almejada paz social. Ainda vigoram diferentes formas de domínio, discriminação e hierarquias, parte da própria lógica da modernidade conforme alguns, o que compromete interpretações positivistas. Este artigo é fruto de tese de doutoramento, que teve como foco as violações de direitos humanos pelo Estado israelense.

## 2 A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, SUA FUNDAMENTAÇÃO E HORIZONTE UTÓPICO

Historicizando os direitos humanos, Sidney Guerra (2011, p. 73-78) mostra que a DUDH adquiriu importância política no âmbito constitucional em esfera internacional, influencian- do o conteúdo de diversas convenções, tratados, protocolos e declarações e incorporando um sentido de esperança e solidariedade na luta por igualdade e pelo fim da discriminação no mundo. A criação da ONU e a consolidação do DIDH levaram a uma profunda mudança nas relações internacionais e no comportamento dos Estados e atores sociais, dividindo-se a instauração da proteção internacional em três grandes momentos. Uma etapa normativa, indo do final da Segunda Guerra ao início dos anos 60, quando os direitos humanos foram internacionalizados por meio da Carta da ONU e da DUDH e o processo de descolonização foi acelerado. Segundo, até a queda do Muro de Berlim, sendo esta uma etapa de construção institucional, com o surgimento de órgãos e mecanismos de controle e efetivação assegurados em diferentes documentos – foram criados os comitês de direitos humanos, de prevenção do racismo, contra a tortura, para eliminação da discriminação contra as mulheres, além dos sistemas regionais e dos guardiões dos pactos internacionais. Terceiro, do término da guerra fria em diante, quando o final da bipolaridade deveria ter sido alvissareiro para uma maior cooperação internacional e efetivação dos direitos humanos em âmbito global, sendo o desenvolvimento normativo complementado em outras áreas, como infância, direito dos povos e minorias e administração da justiça, tornando-se as conferências mundiais de direitos humanos encontros massivos, reunindo entidades governamentais e não governamentais. Ainda segundo Guerra (2011, p. 82), o DIDH tornou-se um “[...] objeto autônomo do Direito Internacio-  
 nal Público, com instrumentos, órgãos e procedimentos de aplicação próprios, caracteri-  
 zando-se essencialmente como um direito de proteção”. Silva (2011) e Ali Mazrui (2010) des-

tacam o relevante papel desempenhado pelos países do “Terceiro Mundo” em consolidar o DIDH, descolonizando também a ONU ao garantir o reconhecimento e institucionalização de direitos, como o desenvolvimento e soberania sobre recursos nacionais, proscrevendo qualquer forma de colonialismo e racismo.

Por estar fundado na aceitação da subjetividade, igualdade e identidade universal dos indivíduos como pessoas humanas, possuidoras de direitos por sua própria existência e não em decorrência da pertença a determinado grupo, o DIDH se diferencia do direito internacional clássico, que ignora o indivíduo sujeito de direito e tem como pilares a soberania dos países, fundada nos princípios de reciprocidade, exclusividade da competência nacional, reversibilidade de compromissos e não ingerência em assuntos nacionais alheios (sistema westfaliano). Conforme Guerra (2011, p.83), a codificação do DIDH ocorreu “[...] principalmente pelo fato de o próprio Estado ser o maior violador desses direitos” (por ação ou omissão) e sob a pressuposição de que “[...] a sociedade internacional forma um todo e os seus interesses predominam sobre os dos Estados individualmente”, implicando uma ressignificação da soberania e autonomia absoluta dos Estados. Reformulando os âmbitos legais nacionais, o DIDH estaria acomodando as tensões em “padrões primários supranacionais”, apresentando-se como um “[...] instrumento vital para a uniformização, o fortalecimento e a implementação da dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, Flávia Piovesan, Ana Letícia Medeiros e Oscar Vieira (2008) ressaltam que a consumação e ampla aceitação desse sistema normativo internacional influenciou o “direito constitucional ocidental”, que passou a incorporar e se orientar pelo princípio da dignidade humana, emergindo uma espécie de “vertente de constitucionalismo global”, traduzida em aparatos internacionais de garantia dos direitos fundamentais e limitação do poder dos Estados ante a suas sociedades, o que constitui uma abordagem universalista da questão em oposição ao sistema westfaliano ou “soberanista”.

Pelo menos em teoria, a tendência universalista deveria culminar em “Estados de direito democráticos, sociais e ambientais”, amigáveis e cooperantes na esfera global, transitando da concepção hobbesiana de soberania, centrada no Estado, para a kantiana, de cidadania universal. Em oposição à ordem westfaliana, os Estados passaram a ser limitados em sua soberania dada a primazia da pessoa humana, como sujeito de direitos inerentes, inalienáveis e protegidos internacionalmente. Assim, diante da ambição normatizadora da sociedade global, as relações entre os Estados e seus cidadãos, ou entre governantes e governados, deixaram de ser problema meramente de jurisdição doméstica, tornando-se importante critério da legitimidade dos países e tema de legítimo interesse internacional, a fim de assegurar um “mínimo ético irredutível”. Logo, o DIDH exerceu uma influência generalizada, buscando afeitar todos os ramos do direito, com os Estados gradativamente aceitando limitações em sua soberania (RAMOS, 2005, p. 59).

Richard Falk (2009) assevera que, dentre outras coisas, o DIDH deslegitima governos violadores e provê a grupos de oposição um senso de legitimidade em suas lutas, estabelecendo vínculos de solidariedade entre ações domésticas e causas internacionais. Axiologicamente baseada na dignidade humana, a perspectiva universalista do DIDH marcaria o final da exclusividade dos Estados no trato de suas sociedades, impondo ao direito internacional o reconhecimento de um mínimo de direitos inderrogáveis a todo ser humano, consolidando uma ética universal que combina os valores da igualdade e da liberdade ao condensar e classificar

como indivisíveis, universais e interdependentes direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além dos direitos dos povos (autodeterminação, exploração dos recursos nacionais) e difusos e interpessoais (paz, desenvolvimento, meio ambiente adequado).

Se as origens filosóficas imediatas dos direitos humanos (especificamente, os direitos civis e políticos) remontam ao movimento iluminista, com os primeiros tratados e instituições reguladoras das guerras sendo criados ainda no século 19, é na segunda metade do 20 que o DIDH, como legislação internacional, ganha corpo e adesão da maioria dos Estados a diferentes instrumentos com seus sistemas de cumprimento, fiscalização e controle. Seu objetivo primordial: a afirmação de um referencial ético a orientar a humanidade, manter a paz e proteger a dignidade humana da barbárie difundida na modernidade. Afirma a lógica do razoável e o valor absoluto intrínseco às pessoas humanas, vistas como insubstituíveis e únicas, que devem ser tratadas como fim em si e fonte do direito. Interpretando a consolidação do DIDH, Fabio Konder Comparato (1999, p. 30-31) anuncia que a “[...] compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da história, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral”. Logo, não seria fortuita a estruturação do DIDH justamente na sequência da Segunda Guerra Mundial e de suas atrocidades, havendo também uma sincronia entre os avanços legais e “as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas”. Já para Lynn Hunt (2009, p. 24-33), o reconhecimento dos direitos “inerentes” passaria pela empatia ou pelos canais físicos e emotivos. A afirmação e valorização da “integridade corporal”, individualidade, igualdade e capacidade de autonomia dos sujeitos, seriam práticas culturais incorporadas do século 18 em diante, quando teria ocorrido uma revolução nas sensibilidades a partir de novas experiências (como exposições públicas de imagens e leitura de romances e de relatos que horrorizavam, como torturas), que teriam propiciado múltiplas interações, levando a mudanças socioculturais e políticas. Estas fundamentaram uma nova conceituação da humanidade pautada pelo reconhecimento de valores mínimos, preparando o terreno para a emergência dos direitos humanos.

Piovesan, Medeiros e Vieira (2008) e Silva (2011) também destacam na base do DIDH princípios kantianos, como autonomia, moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua, além da igualdade e não discriminação, sendo os direitos humanos comuns a todos e alheios à competência restritiva do Estado, portanto não alienáveis, delegáveis ou derrogáveis. Em suma, tomando de empréstimo a expressão de Norberto Bobbio, a “Era dos direitos” tem seu alicerce nesse sistema internacional de proteção dos direitos humanos, gradativamente consolidado e compreendido por instituições, procedimentos e mecanismos voltados à salvaguarda da dignidade humana, sendo esta o “[...] paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo nas esferas local, regional e global” (PIOVESAN; MEDEIROS; VIEIRA, 2008). Como invenção humana e contínuo processo de construção e reconstrução, em um espaço simbólico de ação social, seriam direitos que surgem quando devem e podem surgir, compondo uma “racionalidade de resistência”, uma “plataforma emancipatória”, e traduzindo esforços de consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. Diante da barbárie, seria uma construção consciente vocacionada a evitar sofrimentos e assegurar a dignidade das pessoas. Assim, os direitos humanos foram encampados como bandeira pelas diferentes sociedades, que constituíram um verdadeiro movimento internacional de direitos humanos, composto de variadas organizações de alcance tanto

global quanto meramente local, mas que partilham de um mesmo referencial legal e ético. A formulação e efetivação do DIDH, portanto, primeiramente via ONU e Estados-nacionais, também se tornou um projeto da “sociedade civil global”. Inclusive, várias organizações passaram a participar ativamente das reuniões da ONU acompanhando sessões de sua Comissão de Direitos Humanos, pronunciando-se e emitindo relatórios e pareceres.

### 3 CRÍTICA À VIGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE

No século 21, no que diz respeito à legitimidade dos direitos humanos, prossegue o embate entre universalistas, relativistas culturais, críticos ao eurocentrismo da doutrina, e “soberanistas”. Mais recentemente, a posição dos últimos foi fortalecida com a ascensão de governantes chauvinistas em diferentes países, que vêm criticando a ONU e os instrumentos e órgãos internacionais, não raro de forma burlesca, como intervencionistas, “comunistas” (caso brasileiro) ou contrários às supostas “tradições nacionais”. Apesar das disputas, ainda há uma adesão majoritária no âmbito interestatal a esse referencial, nem que seja no âmbito estritamente discursivo. Ademais, ao menos entre universalistas, há certo consenso acerca dos fundamentos filosófico-transcendentais que justificam a dignidade humana, girando os questionamentos em torno da contradição entre, por um lado, o DIDH estar consolidado com suas diferentes áreas detalhadas e, por outro, continuar a não vigorar na prática para amplos segmentos populacionais, sendo o principal desafio político e social: efetivar direitos já assegurados ou evitar que “continuem a ser violados e anulados”, o que não suprime a possibilidade de surgirem novos (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012). Eis uma das conclusões das Conferências Mundiais de Direitos Humanos. Silva (2011) está entre os diversos autores a ressaltar que se a aprovação da DUDH contou com amplo e entusiasmado apoio e consenso, sua necessária transposição em instrumentos jurídicos internacionais de caráter obrigatório foi mais tortuosa e complexa. Além das divergências oriundas da guerra fria, plasmadas em concepções diferentes acerca do papel do Estado e do mercado na garantia de direitos, a insistência westfaliana no caráter soberano dos Estados atravancou o desenvolvimento e a execução plena desse referencial. Como resposta às alegadas violações, governos frequentemente invocaram a ilegitimidade das acusações e dos mecanismos estabelecidos pela ONU, bem como a impossibilidade de esta interferir em assuntos internos de seus membros.

Conforme Richard Falk (2009), se o governo Carter, nos EUA, deu primazia à defesa dos direitos humanos, interrompendo seu uso quase exclusivo como propaganda ideológica contra governos inimigos (mormente comunistas), tratou-se de um breve lapso, logo revertido por Reagan, que deu precedência aos alinhamentos estratégicos e ideológicos. Ambiguamente, os anos 90 testemunharam tanto a realização da Conferência Internacional de Direitos Humanos em Viena e o sucesso das lutas contra o *apartheid* e o autoritarismo no Leste Europeu, quanto o genocídio em Ruanda, a limpeza étnica nos Balcãs, intervenções humanitárias contestáveis e custosas em termos materiais e de vidas humanas (difundidas a partir da atuação não autorizada da Otan no Kosovo) e a difusão do neoliberalismo e da “globalização predatória”, fragilizando a efetivação de direitos e levando a um aumento da desigualdade e da pobreza. Logo, a queda da URSS não marcou o “fim da história” e a ascensão da civilização conforme predisseram falsos profetas. Juntamente com a precarização da vida e a continuidade de discriminações e opressões sistemáticas, a guerra ao terror aprofundou a desestabilização

zação do DIDH, difundindo conflitos a partir da lógica perversa de garantir a segurança global por meio da luta assimétrica e preemptiva de Estados soberanos contra agentes não estatais (redes transnacionais), ou sistemas vertebrados contra celulares, na linguagem de Arjun Appadurai (2009). Para este, as respostas estadunidenses não seriam um “efeito necessário”, mas uma escolha moldada por “ambição geopolítica” e “desafios securitários representados pelo megaterrorismo”, destacando-se a flexibilização das soberanias com as invasões do Iraque e do Afeganistão e ações militares em vários outros países do Oriente Médio, além da legalização nos EUA e Israel da tortura e da transferência de presos políticos (“combatentes ilegais” ou “terroristas”) para centros secretos de detenção, nos quais a arquitetura protetiva humanitária é letra morta (TODOROV, 2010). Outros autores são ainda mais críticos em suas reflexões sobre a guerra ao terror que, inclusive, recorreu a ações tipificáveis como terrorismo de Estado (CHOMSKY, 2006; LOSURDO, 2010). Se acrescentarmos a esse quadro o crescente número de refugiados econômicos, de guerras e ambientais, torna-se forçoso reconhecer a enorme distância que há até a efetivação do DIDH (cuja legislação é fragmentada, com temas múltiplos), e não há garantia alguma que isso venha a ocorrer; pelo contrário, os prognósticos são muito negativos, como veremos na sequência. O caso dos refugiados ilustra a questão: conforme dados da UNHCR (2019), agência especializada da ONU, as pessoas deslocadas à força no mundo totalizaram o número recorde de quase 71.000.000, com a grande maioria (80%) vivendo em países vizinhos daquele de sua origem, portanto não nas Américas nem na Europa, mas na Ásia, África e Oriente Médio, com o “Terceiro Mundo” continuando a ser palco prioritário das violências e violações, tal qual na guerra fria. Somente para fins comparativos, enquanto a Alemanha e o Sudão abrigaram 1 milhão e 100 mil pessoas, a Uganda os superou em 100 mil, o Paquistão em 300 mil, destacando-se a Turquia, que mantém 3 milhões e 700 mil refugiados, sendo a média mundial de 37 mil pessoas por dia fugindo de suas casas.

Para compreender essas contradições na efetivação dos direitos humanos, Richard Falk (2009, p. 5-6, 16-17, 26, 34, 40, 143) forjou duas categorias (“poder dos direitos” e “direitos de poder”) que articulam as partes do presente texto e permitem enquadrar os diferentes teóricos aqui revisados, que tanto criticam quanto defendem o DIDH. Por um lado, sobretudo da metade do século 20 em diante, a humanidade avançou na tradução dos princípios oriundos das revoluções liberais e socialistas em direitos legalmente assegurados. O controle normativo das ações dos Estados e a transformação destes em promotores de direitos, denota o “poder dos direitos”, ensejando um potencial para mobilização moral e legal na luta por justiça global. Inclusive, com base nessa normatividade, governos e sociedades se mobilizaram na constituição de uma opinião pública global, defendendo uma ordem jurídica e geopolítica mais justa e horizontal, ou estruturas pós-westfalianas, mais bem expressas na Assembleia Geral da ONU, Fórum Social Mundial, Tribunal Penal Internacional e na rede internacional de entidades não governamentais. Dessa forma, o DIDH constituiu-se em referencial contra-hegemônico para reivindicações interseccionais de igualdade e crítica às discriminações das potências, fundamentando diferentes agendas progressistas que desafiam as formas prevalentes de exclusão, opressão e exploração. Ou seja, é o principal arcabouço de resistência, não obstante certo “orientalismo” arraigado na bibliografia e na doutrina, tendo sido crucial para denúncias que desgastaram ditaduras, como na América Latina, e para a legitimação de

movimentos sociais, anticoloniais e globais, incluindo-se aí o reconhecimento internacional de movimentos de resistência e as mobilizações contra a colonização israelense e o *apartheid* na África do Sul.

De outro lado, contudo, estariam os “direitos de poder”, ou “novas formas de hipocrisia”, manipulações linguísticas e apropriações discursivas para legitimar a promoção de objetivos geopolíticos, maquiados de interesses supostamente universais. Tudo ao arrepio dos tratados internacionais concretamente ignorados por diferentes Estados (especialmente os *big players*), cuja ratificação não representaria mais do que um gesto performático e de boa vontade, que não impactou sua soberania e autonomia estatal, mantendo-se a lógica do sistema westfaliano e das assimetrias coloniais e pós-coloniais. Para Falk (2009), sua própria aprovação se explicaria pela garantia de não aplicação compulsória de suas normas, sendo paradigmática a natureza meramente “declaratória” da DUDH, apenas expressando anseios cuja realização seria voluntária no contexto dos Estados individualmente considerados (há interpretações destoantes). Ademais, comprometeria a efetivação do DIDH a prevalência das desigualdades e de discriminações, autoritarismo e neocolonialismo. Na perspectiva dos “direitos de poder”, o DIDH seria um “diálogo global eurocêntrico”, lembrando “intervenções militares em sua visão bifocal de abusos no Norte e no Sul”, com atores políticos poderosos ou bem-relacionados, imunes à responsabilização criminal, atribuída somente a lideranças menos expressivas internacionalmente e sem valor estratégico para as potências, inclusive ex-aliados (Saddam Hussein, Osama Bin Laden, Muammar Kaddafi). “Atores hegemônicos” e seus aliados regionais gozariam, assim, de um “[...] direito de exceção informal, embora plenamente eficaz, no sentido de não adesão ao direito internacional [...]”, coroado pelo poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, este que, juntamente com a primazia da soberania estatal, seria um aspecto estrutural remanescente da “ordem mundial westfaliana”. Apropriar-se-iam de forma hegemônica do discurso dos direitos humanos tanto Estados infratores, mas aliados do “Império”, como Israel, quanto organizações internacionais formadas no “Ocidente” durante a guerra fria, como a Humans Rights Watch e Freedom House, cujas ações iniciais estiveram pautadas pela denúncia dos abusos praticados somente por inimigos ideológicos, sendo algumas ainda hoje duramente criticadas por produzirem relatórios dúbia, sobretudo no tocante às violações do direito internacional humanitário pelos EUA e aliados, caso da Anistia Internacional (DE ROOIJ, 2003). Generalizando suas conclusões acerca do caso palestino, Falk (2009) afirma que,

[...] essa estrutura sustentando a opressão e ofuscando várias formas de crueldade ficou explícita nas relações entre a Europa e o Oriente Médio e sul da Ásia durante o período colonial, mas persiste em muitos, mas não todos, caracteres pós-coloniais, ainda que frequentemente sob formas disfarçadas e inconsistentes [...] Esse padrão é definitivamente descriptivo de muitas realidades intergovernamentais e inter-regionais, mas também de formas mais complicadas afetando uma infinidade de configurações intragovernamentais (p. 28, 30-31).

Em seu conjunto, portanto, o DIDH é mobilizado em dois sentidos opostos: como ferramenta contra-hegemônica de luta por direitos ou como meio de manutenção dos poderes e opressões, cumprindo função ideologizante em relação a essa estrutura assimétrica. O direito internacional é tanto projeto da sociedade civil global e base comum de ação para diversos

grupos, que fundamentam nele lutas por direitos, denúncias e pressões, quanto instrumento útil a atores estatais hegemônicos e violadores, que o encamparam como discurso legitimador e ocultador da continuidade de relações de poder e dominação assimétricas e nada altruístas em âmbito global.

Aprofundando a perspectiva pós-colonial do DIDH, podemos entender os “direitos de poder” também como a continuidade da retórica do “universalismo europeu”, conceituado por Immanuel Wallerstein (2007, p. 30-43), que denuncia seus usos arbitrários, situando-os no quadro maior da expansão do sistema capitalista mundial e dos discursos empregados pelo “Ocidente” para justificar seu domínio sobre os povos “periféricos”, caso da conquista da América. Na defesa conveniente e parcial dos direitos humanos, democracia e livre-mercado prosseguiria o discurso colonialista e universalista europeu dos séculos iniciais da modernidade, empregado em defesa dos interesses das classes dirigentes europeias. Nos séculos 20 e 21, esse “universalismo ocidental” continuou a se fundamentar em valores supostamente universais para legitimar e viabilizar interesses geopolíticos e econômicos concretos, porém velados, cumprindo tal função o direito autoatribuído das potências (sobretudo os EUA) de intervirem nos demais países, violando soberanias. Eis a hegemonia e seu verniz humanitário. Nada de novo sob o céu da modernidade, pois ainda há a velha lógica de justificar conquistas militares, exploração econômica e injustiças massivas em nome do pretenso “bem maior” da expansão da fé, progresso e civilização (“fardo do homem branco”) para todos os povos, traduzidos agora em democracia e direitos humanos, mantendo-se a contradição entre o discurso e a prática. Essa imposição dos direitos humanos ainda se dá em conformidade com quatro argumentos básicos já utilizados para sustentar ideologicamente as “intervenções” dos civilizados junto aos selvagens: sua barbárie, a disseminação de valores universais, findar com práticas contrárias a eles (canibalismo, fundamentalismo, terrorismo) e defender inocentes ameaçados.

Justifica-se, assim, o desrespeito aos princípios de autodeterminação e soberania que a ONU deveria assegurar, com a ênfase no cumprimento dos direitos humanos, reinstituindo a legitimidade de intervenções seletivas como prerrogativa das potências para perseguir seus interesses escusos, mas com uma justificativa moral (lei natural e cristianismo, missão civilizadora ou democracia e direitos humanos). Vale ressaltar que essa ênfase de Wallerstein no “universalismo” como retórica de poder, que aparelha e se vale dos direitos humanos, não pode negar avanços concretos garantidos pelo “poder dos direitos” em questões dificilmente defensáveis por relativistas culturais, sendo um exemplo a luta contra a clitoridectomia em determinadas regiões, que conjuga lideranças feministas locais e internacionais como parte da “sociedade civil global”. Ademais, as críticas de Falk (2009) e Wallerstein (2007, p. 60) não se dirigem às intervenções humanitárias em si, mas à falta delas em casos específicos (novamente a Palestina) e à arbitrariedade subjacente às experiências concretas, como nos casos médio-orientais, no novo milênio. Em suma, expressão dos “direitos de poder”, o “universalismo europeu” seria uma “[...] doutrina moralmente ambígua. Ela ataca os crimes de alguns e passa por cima dos crimes de outros, apesar de usar os critérios de uma lei que se afirma natural”, dando continuidade a uma retórica de poder que remonta à fundação do sistema capitalista mundial e foi aplicada, mormente, em sua periferia.

É possível aproximar dessas reflexões a teoria crítica dos direitos humanos, que é o lugar epistemológico para uma posição problematizadora e não eurocêntrica relativa ao DIDH, cuja efetiva consumação depende de sua realização como direitos dos oprimidos, pois os opressores, como tais, não podem ter direito algum. “Somente fazendo justiça aos povos e às classes oprimidas se propiciará seu verdadeiro bem comum e os direitos humanos realmente universais” – acrescente-se aí outras dimensões como raça, gênero e orientação sexual (MARTÍNEZ, 2008, p. 38-42). O problema radical é a afirmação tanto da vida biológica quanto dos planos da liberdade, justiça, dignidade e solidariedade, em contraposição à supressão dos direitos nas diferentes esferas (pessoal, social, estrutural), sendo contraditório que somente poucos desfrutem de direitos considerados universais. A luta pelo DIDH, portanto, deve garantir justiça aos oprimidos por meio de uma *práxis* que supere as realidades negadoras, evitando uma “cultura anestesiada dos direitos humanos”. Para Ignacio Ellacuría (*apud* MARTÍNEZ, 2008, p. 38-42), se os direitos humanos representam ao mesmo tempo a superação do mal comum e a concretização do bem comum – sendo um momento ideologizado da *práxis* humana –, se não forem historicizados e verificados conforme suas consequências práticas para as vidas dos excluídos, descambarão em uma abstração predicada em princípios alheios à realidade, sendo manipulados para manter a opressão de muitos por poucos. Por mais que seja desejável sua efetivação, dado seu conteúdo libertário, tomar os direitos humanos como consumados sem verificar seu momento atual acaba por propiciar um uso ideologizado em favor dos poderosos, limitando-os ao benefício de um grupo restrito. Logo, há que se colocar à prova a dimensão universal do ser humano tal qual afirmada, contrapondo-a à situação realmente vivida pelos diferentes grupos. Há que se questionar para que e para quem são proclamados e quais são seus efeitos práticos, sendo o alvo privilegiado ou a realidade mais universal as maiorias oprimidas, para as quais os direitos humanos são negados de forma sistemática. É uma historicização dialética, considerando tanto a realidade negada quanto a realidade negadora, que permite averiguar as raízes mais profundas da negação (MARTÍNEZ, 2008). Assim, Antonio Salamanca Serrano (2008, p. 137) faz a crítica ao que chama de expropriação do direito dos oprimidos à revolução, entendido como movimento de concretização dos direitos humanos e afirmação da própria vida contra o domínio colonial, degradação ambiental ou miséria, ainda que pela via armada, como as lutas anticoloniais. “Por isso, o direito humano à revolução é hoje, na maioria dos países, direito à reversão revolucionária de um sistema de relações mundiais que extermina a vida dos povos”. Na mesma direção, mas atuando no campo historiográfico, Lynn Hunt (2009) contrapõe a retórica dos direitos humanos à realidade histórica, questionando sua propalada “autoevidência” e seu caráter supostamente “natural”, “igualitário” e “universal”, afirmando que somente se tornarão significativos quando adquirirem conteúdo político, passando a ser garantidos na prática.

Cabem salvaguardas em relação a essas abordagens críticas que, embora necessárias, válidas e potentes, se simplificadas recaem em um reducionismo dos impactos do DIDH, generalizando constatações para um conjunto complexo de mais de duzentas declarações, convenções, tratados e protocolos, com usos e eficácia variados. Ademais, a própria ONU, a partir da nova correlação de forças interna oriunda do ingresso dos países africanos e asiáticos dos anos 50 do século 20 em diante, reconheceu o direito à autodeclaração e autodeterminação dos povos e a legitimidade da luta contra o colonialismo e o racismo, inclusive por meios armados, tornando-se um instrumento progressivo e não regressivo ou conservador (SILVA, 2011). Tam-

bém, como visto com Falk, apesar dos abusos e negações concretas, o DIDH constitui referencial legitimador da sociedade civil global nas lutas contra opressões e pela efetivação de direitos, provendo uma universalidade indispensável para reivindicar direitos e limitar e denunciar o poder das autoridades estatais, sendo meio privilegiado de resistência à barbárie.

#### 4 A MODERNIDADE E A BARBÁRIE

Embora os direitos humanos como tal tenham sido normatizados e difundidos ao longo do século 20, ganhando legitimidade internacional e moldando os discursos e as constituições dos diferentes países, há evidências suficientes da permanência, senão avanço, da barbárie na modernidade e pós-modernidade, que sugerem uma maior cautela na apreciação geral dos supostos avanços da humanidade até então, tal qual defendido por positivistas. É o caso do holocausto, não exceção, mas fruto da modernidade (BAUMAN, 1998), “guerras religiosas” (HOBSBAWM, 1998), “práticas sociais genocidas” (FEIERSTEIN, 2011), guerras contra o terror e limpezas étnicas nos séculos 20 e 21, que implicam demonização da alteridade e mobilização para o cometimento de atrocidades. Enquadra-se aí também o debate sobre a pós-democracia e o obscurantismo (CASARA, 2018), ou a generalização da vida nua e do estado de exceção (AGAMBEN, 2007).

Podemos pensar a contradição entre vigência teórica e ineficácia concreta do DIDH em nossos dias a partir de um paradoxo mais abrangente identificado por diferentes autores das ciências humanas: a dupla face das civilizações, rainhas da paz e da guerra, do amor e do ódio, ora manifestando Eros ora Tanatos (ENRIQUEZ, 2001). O sociólogo Anthony Giddens (1991, p. 15) define a civilização moderna como “[...] o estilo, costume de vida ou organização social que emergiu na Europa a partir do século XVII” e um fenômeno ambivalente, que se expandiu por todo o globo. O desenvolvimento e difusão mundial das instituições sociais modernas “[...] criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante [...]. Porém, a modernidade também tem um lado sombrio, “[...] que se tornou muito aparente no século atual”. É um potencial destrutivo, evidenciado nos efeitos ambientais gerados pelo desenvolvimento material e nos genocídios possibilitados pelo uso arbitrário do poder político e pelo desenvolvimento da capacidade destrutiva e “industrialização da guerra”. Há ainda a possibilidade do totalitarismo, que combina poder político, militar e ideológico de uma forma sem precedentes antes do surgimento do Estado-nação. Nas palavras de Giddens (1991, p. 15), “O mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura”. A atualidade da barbárie também foi sublinhada pelo filósofo Herbert Marcuse (1975, p. 26-27):

[...] o progresso intensificado parece estar vinculado a uma igualmente intensificada ausência de liberdade. Por todo o mundo da civilização industrial, o domínio do homem pelo homem cresce em âmbito e eficiência. Essa tendência tampouco se apresenta como uma regressão incidental, transitória, na senda do progresso. Os campos de concentração, extermínios em massa, guerras mundiais e bombas atômicas não são recaídas no barbarismo, mas a implementação irreprimida das conquistas da ciência moderna, da tecnologia e dominação dos nossos tempos. E a mais eficaz subjugação e destruição do

homem pelo homem tem lugar no apogeu da civilização, quando as realizações materiais e intelectuais da humanidade parecem permitir a criação de um mundo verdadeiramente livre.

Considerando os assassinatos coletivos, o psicanalista Eugène Enriquez (2001, p. 15-16) parte da pressuposição de Freud de haver uma tendência humana a matar, humilhar e glorificar tal ato, tratando-se de uma “pulsão à destruição”. Esse “desejo de matar” engendraria a proibição, corporificada em leis e instituições, inicialmente interditando sua prática em relação aos membros da tribo ou nação. O interdito induziria à transgressão como fator que humaniza a sociedade, tornada capaz de “progresso na civilização”: “[...] A transgressão à proibição de matar, resultando no assassinato, é parte integrante do trabalho civilizador”. Este seria composto simultaneamente por uma responsabilidade sectária de cada um diante do outro e pelo não reconhecimento da unidade do conjunto humano, ocasionando “[...] violação da face do outro, criação de estruturas de rejeição, de repulsa, favorecendo em cada grupo a construção de uma identidade própria”. Para Enriquez (2001, p. 15-16), “[...] o século XX, depois da grande carnificina de 1914-1918, será conhecido pelos genocídios” e, em seu transcurso, um princípio de legitimidade foi conferido aos assassinatos em massa, com a humanidade passando a aceitar com mais facilidade o desaparecimento dos diferentes sob a justificativa de impureza, fraqueza ou força fantasmagoricamente imaginada.

Ponderando sobre a “faceta sombria da modernidade”, o também sociólogo, Zygmunt Bauman (1998, p. 30), destaca que, “[...] nenhuma das condições que tornaram Auschwitz possível realmente desapareceu e nenhuma medida efetiva foi tomada para evitar que tais possibilidades e princípios gerem catástrofes semelhantes”. Esse fenômeno paradigmático da barbárie teria ocorrido a partir de uma concatenação peculiar de elementos ordinários da modernidade, que, por ainda estarem presentes, tornam possível a ocorrência de atrocidades semelhantes, destacando-se o efeito desumanizador da burocracia, o monopólio da violência e as ambições de “ajardinamento” ou engenharia social dos Estados modernos. Assim, nem sanha assassina coletiva nem desvio circunstancial de uma suposta marcha irrefreável rumo à civilização, “O Holocausto foi um choque único entre as velhas tensões que a modernidade ignorou, negligenciou ou não conseguiu resolver e os poderosos instrumentos de ação racional e efetiva que o próprio desenvolvimento moderno fez surgir” (BAUMAN, 1998, p. 16).

O mundo dos campos da morte e a sociedade que engendra revelam o lado progressivamente mais obscuro da civilização judaico-cristã. Civilização significa escravidão, guerras, exploração e campos da morte. Também significa higiene médica, elevadas ideias religiosas, belas artes e requintada música. É um erro imaginar que civilização e crueldade selvagem sejam antíteses... Em nosso tempo as crueldades, como muitos outros aspectos do nosso mundo, passaram a ser administradas de maneira muito mais efetiva que em qualquer época anterior. Não deixaram e não deixarão de existir. Tanto a criação como a destruição são aspectos inseparáveis do que chamamos civilização (RUBENSTEIN, 1978 *apud* BAUMAN, 1998, p. 27).

O potencial destrutivo inerente aos Estados-nacionais, a principal instituição política da modernidade, é identificado ainda por tantos outros autores. Para Falk (2009, p. 71-74), ao mesmo tempo em que eles conferem nacionalidade, permitindo, assim, aos indivíduos transitarem em um mundo de controle de fluxos e fronteiras, os Estados nacionais sustentam

identidades específicas, excluindo minorias e facilmente se tornando instrumentos de opressão e afirmação coletiva sobre o outro, vulnerabilizando-o. Os governos ainda têm o poder, especialmente os de Estados hegemônicos, de violar o DIDH, carecendo a comunidade internacional de meios e mandato político efetivo de proteção – vide a falta de consenso em torno do TPI e a primazia dada aos instrumentos nacionais de investigação e punição. Salvo exceções, as organizações pós-westfalianas ainda não protegem eficazmente contra abusos estatais, com as limpezas étnicas e genocídios, embora criminalizados, não sendo prevenidos nem reprimidos de forma eficaz, restando ao sujeito e/ou grupo visado a proteção garantida pela estrutura da autoridade estatal, que, geralmente, está em mãos dos próprios violadores.

O historiador Eric Hobsbawm (1998, p. 268-272) afirma que, durante a maior parte do século 20, a barbárie se propagou e não há indícios de que esteja recuando. Múltiplos fatores levaram ao declínio dos valores iluministas, desestabilizando os pilares de sustentação dos direitos humanos. As “guerras civilizadas” nos campos de batalha foram sucedidas por guerras totais, justificadas a partir da necessária demonização dos inimigos para mobilizar e gerar adesão em países democráticos, conduzindo, assim, suas sociedades a guerras sem discernimento entre civis e militares, fundadas na oposição maniqueísta do bem contra o mal e na necessidade de vitória total, independentemente dos meios a serem empregados. Os esforços para negativar o outro geralmente conduziram a sua redução a um patamar sub-humano, sendo ele representado como uma ameaça ao corpo puro e são da nação, o que legitimou a supressão de seus direitos e facilitou sua extirpação física e simbólica. A Primeira Guerra foi o ponto de inflexão da “descida para a barbárie” e início da “era mais assassina da história”, na qual o morticínio foi banalizado, criando um “depósito obscuro de crueldade e violência”. “O século XX é o século da guerra, com um número de conflitos militares sérios envolvendo perdas substanciais de vidas consideravelmente mais alto do que em qualquer um dos dois séculos precedentes”, afirma Giddens (1991, p. 15).

Para outro cientista social, Arjun Appadurai (2009, p. 36-37), o mundo pós-guerra fria, ao invés da pacificação e prosperidade esperadas com o suposto “fim da história”, caracteriza-se por guerras civis e cívicas, às vezes tornadas cotidiano. Em diferentes contextos nacionais e regionais, campanhas intensas de violência encontram seu fundamento no medo. A globalização não eliminou o Estado nacional, com sua “ideia fundamental e perigosa”: a defesa de posições étnico-nacionalistas ou da “soberania nacional baseada em uma etnicidade”, fortalecendo-se os fundamentalismos, indigenismos e “majoritarianismos”, com seu “narcisismo das diferenças menores”, “ansiedade da incompletude” e “identidades predatórias” portadoras das “sementes do genocídio”. Continua a vigorar o Estado-nação moderno, com sua “inerente tendência etnicida”, criado e naturalizado por meio de guerras, exclusões ou extermínios e regras de subordinação, homogeneização educacional e linguística. Dessa forma, prevaleceriam, na “alta globalização”, dois tipos de violência praticados por motivos culturais: a de movimentos etnonacionalistas (mormente limpezas étnicas) e aquela relacionada ao terrorismo e à “guerra ao terror”, além das reações e defesas do exclusivismo e intervenção estatal ante a ingerência da globalização e do neoliberalismo.

Destarte, também para Appadurai (2009), em decorrência da persistência dessas identidades duras em um universo de fronteiras permeáveis, identidades móveis e tecnologias e fluxos rápidos, a “alta globalização” é um período de violência em grande escala, em várias

sociedades e regimes políticos, sobretudo intraestado. O campo cultural tornou-se o campo principal dos delírios de pureza, autenticidade, fronteiras e segurança. A ascensão neofascista e ultraconservadora no Brasil contemporâneo corrobora tal argumentação. Aprofundam-se as desigualdades entre nações, classes e regiões, o capital financeiro e especulativo flexibiliza soberanias e o Estado-nação vai perdendo sua força e se reduzindo à ficção de seu *etnos* como último recurso cultural. Paralelamente, outros fatores globais acompanham as transformações socioeconômicas, como a continuidade da violência contra mulheres, deslocamentos forçados de populações pobres, violência policial, tráfico de órgãos, drogas e armas, difusão de mercenários, ataques contra minorias e o trabalho infantil, sendo suas piores formas a prostituição e o alistamento em milícias civis ou militares. Nesse cenário pós-guerra fria, projetos utópicos e outros fatores têm alimentado processos opressivos e mortíferos em muitos países, desacreditando os mitos da globalização como integração ilimitada e do livre-comércio e intenso fluxo de capitais com efeitos somente positivos.

Para compreender de uma forma teórica essas contradições dos séculos 20 e 21, a “era mais assassina da história”, mas que também consolida o DIDH, cabe mencionar as reflexões de outro cientista social, Daniel Feierstein (2011, p. 111-117), muito influenciado por Michel Foucault, Giorgio Agamben e outros. Ele aborda a modernidade como um sistema de poder, que conjuga de maneira multiforme no tempo e no espaço tecnologias específicas de destruição e reconstrução das relações sociais, capazes de manter a hegemonia dos grupos dominantes. Trata-se de diagramas de poder operados pelo soberano de forma a criar e manipular identidades e representações hegemônicas úteis para o controle de populações. Ao considerar a modernidade como sistema de poder e de controle, Feierstein agrupa suas contradições em três eixos básicos ou questões, oriundas de mudanças estruturais nas formas de representar o mundo e a si mesmo. “Igualdade”, “soberania” e “autonomia” foram funcionais na ruptura com a sociedade estamental, com o sistema do Antigo Regime e na transição para a modernidade e legitimação desta, assim como para a consolidação dos direitos humanos. Tais fundamentos, contudo, também geraram efeitos inesperados, dado o descompasso entre o discurso explícito da modernidade e as práticas históricas concretas violadoras dos valores alardeados. À medida que princípios como autonomia, soberania e igualdade sustentaram a análise idealizada legitimadora, eles foram contraditados pela continuação da dominação de povos sobre povos, classes sobre classes, surgindo rachaduras nas estruturas de consenso, racionalidade e legitimidade do próprio sistema. Consolidando a modernidade como sistema de poder incoerente com seus próprios postulados, foram elaborados sistemas explicativos, como o racismo, e desenvolvidos e empregados distintos “procedimentos funcionais”, como as *práticas sociais genocidas* operadas pelo nazismo, ditadura argentina (FEIERSTEIN, 2011) e na Faixa de Gaza (SAHD, 2012).

Em outras palavras, na medida em que na modernidade várias sociedades padronizaram a igualdade e proteção jurídica como alicerces de suas instituições e em conformidade com o DIDH, elas têm sido efetiva e corriqueiramente suprimidas, o que fica explícito na vida negada dos proscritos sociais. Se estes formalmente gozam de todos os direitos assegurados pelo Estado e por entidades internacionais, na prática “[...] sofrem a suspensão real, gradual ou extrema, dos direitos fundamentais para uma ‘vida digna’”. Estariam assim em uma “situação de inclusão excludente” no ordenamento jurídico, que “[...] expõe a vida humana a uma

flagrante contradição, ela é protegida formalmente pelo direito enquanto é negada realmente pela suspensão prática dos direitos”, situando-se essa vida em um quadro de exceção legal, seja por meio de decreto formal de excepcionalidade, seja por políticas extraoficiais cada vez mais comuns. É a vida nua de sujeitos vulneráveis, expostos à negação sistemática de direitos socioeconômicos e à arbitrariedade do poder e da violência (logo, sem direitos civis elementares), embora sejam, formalmente, reconhecidos como sujeitos de direito, ao menos na maioria dos casos (RUIZ, 2007, p. 29; AGAMBEN, 2007).

É uma vida paradoxal, normalizada no ato da exclusão e excluída sob a forma de suspensão normal dos direitos. A vida do excluído desvela as incongruências e insuficiências da igualdade formal do Estado de direito enquanto este normaliza a suspensão real dos direitos. Ela se encontra exposta no limite da vulnerabilidade e, nesse limite, desmascara as artimanhas das formalidades jurídicas do Estado de direito quando são utilizadas como artifícios legitimadores da exclusão, reduzindo a vida excluída à normalidade incluída na ordem (RUIZ, 2007, p. 29).

O paradoxo da igualdade e da proteção formal, contrapostas à desigualdade e à vulnerabilidade real da vida excluída, significa a suspensão de fato do direito. A vida do excluído encontra-se, assim, no limite de sua sobrevivência, exposta à injustiça e ao arbítrio estrutural. No limiar da vida e da morte, esses sujeitos sofrem uma suspensão de seus direitos fundamentais, excluindo-se a vida humana do ordenamento jurídico e mesmo da existência física ao incluir prerrogativas para vulnerabilizá-la (como decreto de estado de sítio, políticas de execução extrajudicial ou reclusão em *campos*, como espaços de vigência permanente da exceção legal e vulnerabilidade). Assim, seu sofrimento e morte por inanição são tornados fatos normais da dinâmica social, que não se tornam processos judiciais, exemplificando as execuções extrajudiciais de centenas de manifestantes palestinos em Gaza, ao longo de 2018. Tal lógica é coextensiva a miseráveis, refugiados e minorias.

Uma última chave teórica para considerar a fragilidade dos direitos humanos no mundo contemporâneo é o colonialismo e a colonialidade (campo dos estudos pós-coloniais, ao qual pertence Wallerstein e cujas considerações estão presentes nos “direitos do poder” de Falk). Esmiuçando a herança legada pela colonização europeia ou “ocidental”, Anibal Quijano (2010, p. 84) discerne colonialismo e colonialidade, vinculando-os à emergência do capitalismo e à colonização das Américas. O primeiro refere-se estritamente à estrutura de dominação/exploração, controle da autoridade política, do trabalho e da produção de uma população por outra de identidade diferente, cuja sede de suas instituições está localizada territorialmente em outro lugar. Se o colonialismo é mais antigo, a colonialidade é engendrada a partir dele, sendo “mais profunda e duradoura” e se caracterizando pelo estabelecimento de relações racistas de poder. “É um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista”. Sustenta-se por meio da imposição de uma “[...] classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e da escala societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América”, cuja colonização é coetânea e parte do mesmo movimento histórico de emergência e internacionalização do capitalismo centrado hegemonicamente naquele momento na Europa. “Em pouco tempo, com a América (Latina) o capitalismo torna-se mundial, eurocentrado, e a colonialidade e modernidade instalam-se

associadas como eixos constitutivos de seu específico padrão de poder, até hoje". Os vínculos entre colonialismo, capitalismo e modernidade também são identificados por Nelson Maldonado-Torres (2010, p. 414-417) e Enrique Dussel (2010), para quem o século 16 é ignorado pela filosofia moderna centroeuropeia, ainda que esteja na gênese da modernidade. Nele se encontraria a fundamentação da *práxis* de dominação colonial transoceânica – "colonialidade" –, que é simultânea à própria origem da modernidade.

A libertação política dos territórios coloniais remanescentes nos anos 70 – como as ex-colônias portuguesas, a Namíbia e o Zimbabwe – não teria esgotado por completo as consequências do colonialismo. Após as independências, caberia ainda combater as amarras econômicas (ou neocolonialismo) e empreender a descolonização cultural e epistemológica. Para reverter as relações sociais extremamente desiguais geradas pelo colonialismo (entre Estados e no interior destes, entre as classes e grupos sociais que os compõem), seria necessário suprimir a "colonialidade de poder e de saber". Os entraves materiais a serem debelados, em linhas gerais, seriam o neoliberalismo, a globalização assimétrica e os fluxos ininterruptos de capital, responsáveis pelo aumento das desigualdades e flexibilização das fronteiras e soberanias nacionais. Quanto à questão cultural e epistemológica, desde a conquista das Américas teria sido formulada uma concepção de mundo dominante, assentada em uma dupla diferença: cultural – haveria um mundo moderno, cristão e ocidental e o resto – e política (decorrente do imperialismo e capitalismo, ou centro e periferia de um "sistema mundo moderno"). Nas palavras de Santos e Meneses (2010, p. 19), "O colonialismo, para além de todas as dominações por que é conhecido, foi também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu a uma supressão de muitas formas de saber próprias dos povos e/ou nações colonizados".

Essa visão reducionista de corte hegemônico do "pensamento moderno ocidental" seria "abissal". Tratar-se-ia de um sistema dualista de distinções visíveis e invisíveis, que impede a coexistência das partes, produzindo e radicalizando diferenciações. As distinções invisíveis fundamentam as visíveis e são estabelecidas a partir de linhas absolutas que dividem a realidade social em dois universos: nós, os civilizados, para cá da linha demarcatória, e eles, os bárbaros, para lá da fronteira. Estes desaparecem enquanto realidade, sendo considerados inexistentes, irrelevantes ou incompreensíveis, negados ou identificados com o passado deste lado da linha. Pelo contato hegemônico, a simultaneidade das existências cede lugar a não contemporaneidade. Essa linearidade falaciosa e supressora da alteridade (ou teleologia fabricada pelo "Ocidente" e aplicável à humanidade) sustenta a suposta universalidade dos princípios epistemológicos e jurídicos, aplicáveis somente ao lado de cá da linha, como os direitos humanos. Assim, é legitimado o exercício da violência e da apropriação no campo do conhecimento e do direito. Essa negação, esse esgotamento do outro, possibilita a prevalência desse "lado da linha" para além da qual há somente inexistência, invisibilidade e ausência não dialética. Aqui vigora a lei, lá sua ausência, permitindo-se todo tipo de violência e rapinagem. A modernidade ocidental fundamenta-se, para os "civilizados", na tensão entre os princípios de regulação (Estado, comunidade e mercado) e emancipação social. Essa dicotomia regulação/emancipação contempla unicamente a civilização (ou metrópoles), cabendo ao "lado de lá" da linha abissal outra fundada na apropriação/violência. No campo do direito, temos um lado caracterizado pela legalidade ou ilegalidade dos fenômenos e outro onde essa

lógica é impensável como princípio organizador, pois são terras sem lei, foras da lei, a-legais ou com critérios de legalidade não oficialmente reconhecidos, portanto os direitos humanos podem ser violados impunemente.

Originalmente, esse outro espaço – ou “lado de lá da linha” – correspondeu às zonas coloniais, nas quais inexistiriam (ou seriam inválidos ou não reconhecidos) os termos verdadeiro ou falso, legal ou ilegal. Na modernidade, ao invés do abandono da barbárie em prol da civilização, teriam coexistido essas duas zonas ou categorias, separadas por uma linha abissal com base no olhar hegemônico do lado de cá (“Ocidente”). Logo, a dicotomia regulação/emancipação coexiste com a apropriação/violência, sendo possível entender a partir daí a eficácia ou não do DIDH, operado como “direitos de poder” (reificando ele mesmo a barbárie) ou “poder dos direitos”, o que está em consonância com as reflexões de Santos e Meneses (2010) que, igualmente, aponta a dualidade dos direitos humanos como discurso colonial de opressão ou meio de luta contra-hegemônica. No campo do direito, a violência/apropriação reconhece não o direito das pessoas, mas somente o das coisas, implicando tráfico de escravos, trabalho forçado, manipulação das leis e autoridades locais, pilhagem, deslocamento maciço de populações, guerras, tratados desiguais, formas distintas de *apartheid* e assimilação forçada. Como, todavia, essas arbitrariedades ocorrem na parte sub-humana, elas não colocam em causa os princípios da “humanidade”, a não ser quando convém aos interesses escusos das potências, que então mobilizam sua retórica universalista. Essas carências produzem uma ausência radical de humanidade que cria a sub-humanidade moderna, na qual a exclusão se radicaliza à medida que é tornada inexistente, dado que os sub-humanos não são sequer candidatos à inclusão social. Essa negação do outro é imprescindível para a afirmação da “humanidade moderna” como universal e, para Santos e Meneses (2010, p. 39), essa realidade excludente seria tão verdadeira hoje quanto foi no período da ocupação colonial. “As colônias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial”. Continua presente nas práticas e princípios hegemônicos a criação de “outros lados da linha” como não territórios (espaços sem lei, direitos humanos e democracia) e sua negação simultânea. Guantánamo e prisões similares, como no Afeganistão e em Israel/Palestina, seriam “as manifestações mais grotescas do pensamento jurídico abissal”.

Se as linhas globais abissais foram ameaçadas frontalmente com as revoltas anticoloniais, parecendo que iriam desaparecer, contrariando essas expectativas logo após teve início uma expansão da barbárie, um redimensionamento e ampliação dos espaços de apropriação/violência (coloniais), que passaram a incluir e “contaminar” partes dos territórios outrora situados “do lado de cá da linha” e do princípio de regulação/emancipação. Isso vem ocorrendo como forma de regular o que é percebido como uma “intromissão ameaçadora do colonial nas sociedades metropolitanas”, sobretudo o terrorista, o imigrante indocumentado e o refugiado (presentes ou relacionados a grupos locais), cada um trazendo consigo a linha abissal global que caracteriza a exclusão radical e a inexistência jurídica. Seguindo essa linha de raciocínio, como o colonizado estaria dentro das próprias metrópoles, seria necessário um encurtamento e redefinição das fronteiras, bem como a “invisibilização” desse processo e dos territórios sub-humanos. Para Santos e Meneses (2010), as expressões mais peculiares dessa nova situação seriam o “muro da segregação israelita” e a categoria de “combatente ilegal” criada

nos Estados Unidos após o *Onze de Setembro*, além dos campos de refugiados. A exceção legal é decretada sem a suspensão dos direitos e garantias constitucionais. Quase imperceptivelmente, retroagem as garantias democráticas e de direitos humanos sob pretexto de assegurá-las. Nas áreas outrora colonizadas ou mesmo metropolitanas, há também um retorno de práticas políticas coloniais, como o governo indireto (agora por meio da privatização de serviços essenciais ou mesmo desregulamentação e restrição do Estado). Santos e Meneses (2010) recorrem à ideia de ascensão de “fascismos sociais” (plurais) à sombra do contrato social, que não somente coexiste, mas trivializa as democracias liberais para promover o capitalismo e manter as desigualdades. Seriam sociedades politicamente democráticas e socialmente fascistas nas quais coexiste normalidade constitucional (para os cidadãos do lado de cá) com estado de exceção (para os subalternos ou sub-humanos), o que corresponde perfeitamente ao cenário eleitoral consumado no Brasil em 2018.

Por fim, as crescentes violações e negações de direitos também devem ser pensadas a partir do atual estágio do sistema capitalista global, que, após um interlúdio relativamente progressista, no qual se tentou uma pactuação de classes por meio do Estado de Bem Estar Social, voltou, com o neoliberalismo, à mercantilização de todas as dimensões da vida, resultando em diferentes formas de negação, destruição e “expulsões” (SASSEN, 2016), catástrofe ambiental sistêmica e retirada gradativa de direitos (MÉSZÁROS, 2011) e/ou no advento de “Estados Pós-Democráticos”, caracterizados pela “máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites” (CASARA, 2018, p. 40).

## 5 CONCLUSÃO

Expusemos como, após as barbáries praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos e humanitários foram gradativamente codificados e assumidos em âmbito global como meio de salvaguardar a dignidade humana, estruturando uma arquitetura protetiva internacional (o DIDH), mas seu avanço não foi linear, nem absoluto, caracterizando-se pela não vigência de fato em várias localidades até hoje. Até a presente época, apesar de avanços, a depender da identidade dos envolvidos, as leis e instituições internacionais são ignoradas, com as potências não arcando com as consequências das violações cometidas principalmente contra as populações do “Sul global”. Para a compreensão desses fatos recorremos à historicização dos direitos humanos, com análises mais lineares, idealistas, mas atribuímos centralidade às contribuições dos estudos pós-coloniais e da teoria crítica dos direitos humanos, que serviram de contraponto, assim como as reflexões críticas de cientistas humanos e sociais, que auxiliaram no entendimento teórico das violações a partir das próprias contradições inerentes à modernidade, contexto de surgimento dos direitos humanos, mas também de propagação irrefreável da barbárie. A ambivalência da modernidade, associada à polarização entre “direitos de poder” e “poder dos direitos”, garantiu uma aproximação possível e explicação dessa realidade complexa, em que o mesmo referencial é utilizado de forma hegemônica e contra-hegemônica.

Concluímos, junto aos teóricos críticos, que é ilusão apostar na marcha irrefreável para o progresso, com os sublimes princípios constituintes do DIDH sendo efetivados por meio da boa vontade de governos e grupos dominantes. Para ser bem-entendido em uma sociedade

capitalista, ou os direitos humanos são encarados e enaltecidos por seu valor de uso, como horizonte de luta, ferramenta e referencial contra-hegemônico, ou continuaremos a conviver com a barbárie associada a sua interpretação como mero valor de troca ou retórica do poder. O que está em jogo é uma disputa política, cabendo o fortalecimento da sociedade civil global para a tornar robusta o suficiente para exercer pressão e romper com a atual lógica social, econômica e política dominante. Diferentemente, porém, do reducionismo e pessimismo subjacente a algumas análises, que apontam para o sepultamento do Estado Democrático de Direito ou jogam o bebê junto com a água do banho, concordamos, no cômputo final, que a lógica do “poder dos direitos” ainda embasa diferentes formas de resistência e dá sentido a um projeto progressista comum em curso, que, mais do que nunca, precisamos incorporar, dado sua necessidade para a garantia da dignidade humana. Passadas décadas da fundação da ONU e promulgação da DUDH, com várias violações, está claro que os direitos humanos devem ser entendidos e reivindicados como direitos dos oprimidos, pois asseguram as próprias condições para a luta em prol da realização da dignidade humana, ainda que seu sentido seja esvaziado por poderes estabelecidos. Ao fim e ao cabo, o DIDH é um dado de uma realidade dialética que precisa ser compreendido em seu movimento (e foi isso que aqui intencions), ao invés de uma tomada de posição definitiva sobre a coisa em si. Fazendo um juízo político, ainda nos parece sintoma de lucidez valorizar o potencial libertário do conjunto ou o “poder dos direitos”.

## 6 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- APPADURAI, A. *O medo ao pequeno número*: ensaio sobre a geografia da raiva. São Paulo: Iluminuras, 2009.
- BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- CADEMARTORI, L. H. U.; GRUBBA, L. S. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Revista Direito FGV*, v. 8, n. 2. São Paulo, jul./dez. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013). Acesso em: 25 nov. 2015.
- CASARA, R. R. R. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CHOMSKY, Noam. *Piratas e imperadores*: antigos e modernos: o terrorismo internacional no mundo real. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DE ROOIJ, P. *Amnesty International: The Case of a Rape Foretold*. Palestine: Information with Provenance (PIWP database), 2003. Disponível em: <http://cosmos.ucc.ie/cs1064/jabowen/IPSC/articles/article0004850.html>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- DUSSEL, E. Meditações anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, B. de S.; MENESES, M. P. (org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- ENRIQUEZ, E. Matar sem remorso: reflexões sobre os assassinatos coletivos. *História: Questões & Debates*, Curitiba, v. 18, n. 35, p. 11-41, jul./dez. 2001.
- FALK, R. *Achieving human rights*. New York: Routledge, 2009.
- FEIERSTEIN, D. *El genocidio como práctica social*: entre el nazismo y la experiencia argentina. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GUERRA, S. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HOBSBAWM, E. J. *Sobre a história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos*: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LOSURDO, D. *A linguagem do império*: léxico da ideologia estadunidense. Tradução Jaime A. Clasen. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MARCUSE, H. *Eros e civilização*: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

- MALDONADO-TORRES, N. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, B. de S.; MENESSES, M. P. (org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- MARTÍNEZ, A. R. Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica. In: MARTÍNEZ, A. R. et al. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- MAZRUI, A. A. "Procurai primeiramente o reino político". In: MAZRUI, A. A.; WONDJI, C. *História geral da África*. Brasília: Unesco, 2010.
- MÉSZÁROS, I. *O desafio e o fardo do tempo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- PIOVESAN, F.; MEDEIROS, A. L. B.; VIEIRA, O. V. Introdução à parte I. In: PIOVESAN, F. (org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.
- QUIJANO, A. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, B. de S.; MENESSES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010. RAMOS, A. de C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RUIZ, C. B. As estratégias do (bio) poder na inclusão/excludente da vida humana. *Revista Ethica*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em: <http://philpapers.org/rec/RUIAED>. Acesso em: 23 mar. 2011.
- SAHD, F. B. *Sionismo, modernidade e barbárie: vida e morte na Faixa de Gaza*. Curitiba: Editora Graciosa, 2012.
- SANTOS, B. de S.; MENESSES, M. P. (org.). Introdução. In: SANTOS, B. de S.; MENESSES, M. P. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. SASSEN, S. *Expulsões. Brutalidade e complexidade na economia global*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2016. SERRANO, A. S. Revolución de los derechos humanos de los pueblos o carta social-demócrata a Santa Claus? In: MARTÍNEZ, A. et al. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- SILVA, J. A. e. *As Nações Unidas e a luta internacional contra o racismo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.
- TODOROV, T. *O medo dos bárbaros: para além do choque das civilizações*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- UNHCR. United Nations High Commissioner for Refugees. *Figures at a glance*. Dados de 19 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acesso em: 30 jul. 2019.
- WALLERSTEIN, I. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

## Jurisdição Constitucional e Processo Civil Democrático: Um Diálogo Necessário para a Construção de um Paradigma Decisório Comum<sup>1</sup>

**Alexandre de Castro Catharina**

Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2003) e em Direito pelo Centro Universitário Augusto Motta (2000). Especialização em Direito Processual Civil e Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2007). Doutor em Sociologia pelo Iuperj, com ênfase nos Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais no Brasil. Advogado e professor de Direito Processual Civil no âmbito da Graduação e da Pós-Graduação. Tem experiência na área de Direito Processual Civil e em Sociologia do Direito, com ênfase em acesso à justiça, atuando principalmente nos seguintes temas: cidadania, acesso à justiça, direitos coletivos e difusos, tutelas de urgências, direito processual coletivo, precedentes judiciais e teoria da decisão judicial. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (2011) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros. Pesquisador Produtividade da Unesa (2019). alexandre.catharina@hotmail.com.br

### RESUMO

Ao completar 30 anos de vigência, a Constituição Federal de 1988 ainda estimula importantes reflexões e análises sobre sua efetividade e sua importância para a consolidação da democracia brasileira. Não há dúvidas no sentido de que o texto constitucional contribuiu para encaminhar o debate sobre a consolidação da democracia no Brasil. A ampliação dos direitos das minorias e o acesso aos direitos de cidadania são temas centrais tanto em importantes julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal quanto também na agenda política levada a efeito pelo parlamento. O escopo deste trabalho, entretanto, é voltado para o contexto da jurisdição constitucional. Pretende-se analisar as transformações ocorridas na jurisdição constitucional após a Constituição Federal de 1988 e os reflexos desta *práxis* no direito processual civil brasileiro. Entender estas interseções entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil é fundamental para a construção de um paradigma decisório comum. O trabalho utilizou, como metodologia, a pesquisa bibliográfica e a qualitativa-documental para análise de decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Processo civil. Democracia.

**CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRATIC CIVIL PROCESS:  
A DIALOGUE NECESSARY TO CONSTRUCT A COMMON DECISION-MAKING PARADIGM**

### ABSTRACT

After completing its 30 years of existence, the Federal Constitution of 1988 still stimulates important reflections and analyzes on its effectiveness and its importance for the consolidation of Brazilian democracy. There is no doubt that the constitutional text contributed to the debate on the consolidation of democracy in Brazil. The expansion of minority rights and access to citizenship rights are central themes in important judgments by the Federal Supreme Court as well as the political agenda carried out by the parliament. However, the scope of this work is focused on the context of constitutional jurisdiction. The aim is to analyze the transformations that occurred in the constitutional jurisdiction after the Federal Constitution and the reflexes of this praxis in Brazilian civil procedural law. Understanding these intersections between constitutional jurisdiction and civil jurisdiction is critical to building a common decision-making paradigm. The work used, as methodology, the bibliographical and qualitative-documentary research for the analysis of judicial decisions.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction. Civil procedure. Democracy.

### SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Transformações da jurisdição constitucional. 3 Jurisdição constitucional e legitimidade democrática. 4 Processo civil democrático. 4.1 Modelo cooperativo de processo. 4.2 Processo jurisdicional democrático. 4.3 Modelo democratizante de processo. 5 Por uma construção de um paradigma decisório comum. 6 Conclusão. 7 Referências.

Recebido em: 18/10/2018

Aceito em: 8/8/2019

<sup>1</sup> O trabalho retrata os resultados parciais da pesquisa em andamento no âmbito da Universidade Estácio de Sá em 2018/2019.

## 1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988, ao assegurar os direitos e as garantias individuais e coletivas de todos os cidadãos, contribuiu, amplamente, para o redimensionamento das ações coletivas da sociedade civil no sentido de deslocar parte significativa das lutas sociais e políticas para o campo jurídico. Esse deslocamento da atuação dos atores coletivos, de diversas matizes, teve como principal escopo tornar efetivo, na arena jurídica, os direitos de cidadania afirmados no texto constitucional. O reconhecimento jurídico e a própria titulação dos territórios das comunidades quilombolas, assim como o reconhecimento de uniões homoafetivas, são emblemáticos neste sentido.

É interessante destacar que o reconhecimento dos direitos de cidadania de um determinado segmento social, mediante decisão judicial emanada da Suprema Corte, contribui para o revigoramento moral e político deste mesmo grupo, que retorna ao Judiciário com novas demandas com o propósito de ampliar ou mesmo aperfeiçoar o reconhecimento obtido anteriormente. Exemplifica-se: segmentos do movimento negro brasileiro atuou intensamente no processo decisório da ADPF nº 186, no Supremo Tribunal Federal, para assegurar o reconhecimento da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas. A resistência da própria sociedade e de algumas instituições acerca da tema culminou no ajuizamento da ADC nº 41, que estendeu a aplicação das cotas raciais, também, para os concursos públicos.

Neste sentido, a constitucionalidade das cotas raciais, tanto para as universidades públicas quanto para os concursos públicos, decorreu dos embates jurídicos e políticos realizados no campo da jurisdição constitucional no processamento da ADPF nº 186 e da ADC nº 41, que foram julgadas em momentos distintos e promovidas por autores diversos. Esta dinâmica de retroalimentação das lutas sociais no contexto da jurisdição constitucional pode ser identificada, também, nas questões de gênero, defesa do meio ambiente e mesmo no debate sobre o sacrifício de animais em rituais religiosos, retratado no Recurso Extraordinário nº 494601.

Essa dinâmica das lutas sociais no campo jurídico (CATHARINA, 2015) sugere, com efeito, que a Constituição Federal de 1988 provocou intensas transformações na jurisdição constitucional, tornando este espaço, que se consolidou historicamente como hermético, formal e hierarquizado, numa arena onde a sociedade civil e os movimentos sociais podem apresentar suas percepções e interpretações acerca do texto constitucional. Este constitucionalismo difuso (GOMES, 2016) tem sido essencial para o aprimoramento da democracia brasileira.

Por sua vez, a transformação da jurisdição constitucional foi fundamental para a estrutura processual desenhada no Código de Processo Civil de 2015, o que permite estabelecer as premissas para a construção de um paradigma democratizante de processo que se pretende mais inclusivo e socializante. É exatamente este profícuo diálogo entre a jurisdição constitucional contemporânea e o modelo democratizante de processo deflagrado pelo CPC/2015 que se pretende refletir neste trabalho. A principal hipótese deste trabalho, portanto, é que a confluência entre a jurisdição constitucional contemporânea e o processo civil permite estabelecer um paradigma decisório comum assentado numa dinâmica dialógica e democratizante do processo de formação da decisão judicial com ampla repercussão jurídica e social.

A epistemologia do processualismo civil brasileiro foi constituída a partir de um modelo elaborado para solucionar conflitos individuais, cujo principal objeto era o patrimônio. O Código de Processo Civil de 2015 rompe com este modelo tradicional e introduz um modelo democratizante de processo caracterizado pela expansão da atuação dos *amici curiae*, tanto nos processos judiciais com ampla repercussão jurídica e social, como tramitam na primeira instância, quanto também no incidente de resolução de demandas repetitivas. Em outra perspectiva, admite a participação de terceiros interessados na formação e revisão de precedentes judiciais.

O modelo processual deflagrado pelo CPC/2015 ressente-se de uma epistemologia abrangente que o contemple num sentido democratizante. A teoria geral brasileira do processo, fortemente amparada no processualismo europeu, ainda tem como escopo a centralidade do julgador na condução do processo decisório e a atuação limitada dos sujeitos processuais. Partindo desta premissa, a experiência da jurisdição constitucional pode contribuir para a superação do modelo tradicional do processualismo brasileiro e edificar um paradigma decisório democratizante.

## 2 TRANSFORMAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A história da jurisdição constitucional brasileira confunde-se com a própria história política do Brasil. No período imperial, o constitucionalismo brasileiro aproximava-se do modelo europeu, quando a principal ênfase era na limitação do poder do monarca por meio do parlamento (STRECK, 2013). Não havia, neste período, por razões políticas, interesse em estabelecer no direito brasileiro formas de controle de constitucionalidade.

A proclamação da República, por sua vez, ensejou a extinção do Supremo Tribunal de Justiça, instituição essencial do período imperial, e, ato contínuo, criou o Supremo Tribunal Federal. Há, neste contexto, uma forte ruptura com o modelo anterior por meio da instituição do modelo estadunidense de controle difuso de constitucionalidade, forjado na cultura jurídica do *common law*, na cultura jurídica brasileira. Para Streck (2013), esta inserção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e o manejo deste modelo por ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que desconheciam a própria dinâmica desta forma de controle, contribuíram para enfraquecer a jurisdição constitucional ante as pressões exercidos pela elite dominante.

Nesta linha de análise, a jurisdição constitucional brasileira, na primeira república, era voltada para realizar o controle difuso da constitucionalidade das decisões emanadas pela justiça dos Estados. O principal escopo era o controle político dos Estados federados. Tal conclusão é sugerida pela interpretação literal do artigo 59 da Constituição de 1891.

A Constituição de 1934 inovou ao dispor sobre a intervenção federal e, principalmente, ao estabelecer um viés centralizador do governo federal. Essa perspectiva centralizadora e intervencionista foi fundamental para a introdução do modelo de controle de constitucionali-

lidade da Europa continental, profundamente influenciado pelo modelo proposto por Hans Kelsen.<sup>2</sup> Pode-se afirmar, com efeito, que o modelo misto de controle da constitucionalidade, que prevalece no Brasil contemporâneo (difuso e concentrado), foi concebido neste período.

No período de vigência da Constituição de 1937, outorgado por Getúlio Vargas, não houve transformação na jurisdição constitucional no que se refere ao controle de constitucionalidade. A centralização do poder político nas mãos do presidente esvaziou, por completo, a necessidade de exercer controle da constitucionalidade das leis.

As Constituições de 1946, 1965 e 1967, ressalvadas as peculiaridades e os respectivos momentos políticos, reproduziram, em certa medida, o modelo de controle de constitucionalidade da Constituição de 1934. Destaca-se o fato de que nestas Constituições a principal característica, no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, era a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para representar contra a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual.

Diante desta perspectiva histórica, apresentada de forma panorâmica neste trabalho, pode se afirmar que a jurisdição constitucional no período anterior à Constituição Federal de 1988 tinha como principal característica, no que se refere ao controle da constitucionalidade, o julgamento de questões jurídicas trazidas ao debate exclusivamente pelo Procurador Geral da República. Este modelo era muito distante da sociedade civil e sua dinâmica interessava exclusivamente a grupos específicos do campo jurídico.

A Constituição Federal de 1988 promove uma ruptura com este modelo ao assegurar os direitos de cidadania e, sobretudo, ao ampliar o rol dos legitimados para o controle concentrado da constitucionalidade das leis. O artigo 103 da Constituição Federal, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, atribuiu legitimidade ao presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, ao procurador-geral da República, ao governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso, à confederação sindical e às entidades de classe.

Além da ampliação do rol do artigo 103 do texto constitucional, a possibilidade de participação da sociedade civil no âmbito da jurisdição constitucional, por meio da atuação como *amicus curiae* e nas audiências públicas, conforme disposto nas leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que tratam, respectivamente, do controle concentrado e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi fundamental para a transformação da dinâmica da jurisdição constitucional.

Os principais julgamentos da Suprema Corte são acompanhados diariamente por parte significativa dos cidadãos, e os ministros que a integram são conhecidos por toda a sociedade. Este acompanhamento dos trabalhos do Poder Judiciário pela sociedade é inédito no Brasil.<sup>3</sup> Por outro lado, a intensa participação da sociedade civil e dos movimentos sociais nos julga-

<sup>2</sup> Hans Kelsen, em famosa polêmica com Carl Schmitt sobre a criação do Tribunal Constitucional Europeu, defendeu que o Tribunal Constitucional deveria ser o guardião da Constituição.

<sup>3</sup> Para Luis Roberto Barroso (2012), essa visibilidade pública, potencializada pela TV Justiça, contribui para a transparência, para o controle social e para a própria democracia.

mentos com forte repercussão jurídica, social e política, representa um aspecto importante da democratização do processo decisório levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (CATHERINA, 2018).

Esse fenômeno distingue-se da judicialização ou mesmo do ativismo judicial.<sup>4</sup> O nosso objeto de análise é a participação da sociedade civil na construção do processo decisório, o que representa outra dimensão da jurisdição constitucional. Esse fenômeno não somente possibilitou a ampliação do debate sobre interpretações do texto constitucional por atores sociais diversos, como também vem contribuindo para o estabelecimento de um novo modelo decisório no âmbito da Suprema Corte. Essa temática será abordada a seguir.

### 3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A jurisdição constitucional tem, pelo menos, quatro principais funções (ABBOUD, 2016). A primeira função é limitar o Poder Público e evitar prática de abusos. A segunda é garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. A terceira função é corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo e, por fim, conferir coerência e garantir a preservação da autonomia do Direito e da Constituição Federal por intermédio dos precedentes judiciais editados pela própria Corte.<sup>5</sup>

Essas funções, principalmente a de garantir a existência das minorias e a efetividade dos direitos fundamentais, colocam a jurisdição constitucional no centro do debate sobre o exercício da democracia e da própria consolidação do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a importância da jurisdição constitucional, na edição de precedentes judiciais acerca de questões sociais e morais, como a possibilidade de se interromper a gestação de feto anencefálico (ADPF nº 54), não decorre exclusivamente do protagonismo de algum ministro ou órgão da própria Corte, mas da atuação permanente dos diversos grupos sociais no processo decisório de julgamentos, subjetivos ou objetivos, de causas com forte repercussão social e jurídica.

A resolução de questões polêmicas e com forte repercussão, como os conflitos fundiários na Raposa Serra do Sol, as questões raciais e de gênero, os conflitos sobre meio ambiente, entre tantos outros julgados pelo Supremo Tribunal Federal, são evidências contundentes neste contexto. Essa dimensão democratizante da jurisdição constitucional é reflexo do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade (BARROSO, 2012) e da ampliação do rol dos legitimados para ajuizamento de processos objetivos, por um lado, e pela atuação da sociedade civil e dos movimentos sociais nos processos decisórios encaminhados pela Corte, por

<sup>4</sup> Barroso (2012) apresenta interessante distinção entre judicialização e ativismo judicial. Para este autor, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. O ativismo judicial, embora se aproxime da judicialização, em razão do protagonismo do Judiciário, dela se distingue por estar associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Embora a nossa reflexão seja um desdobramento destes fenômenos, com eles não se confunde. O eixo de análise deste trabalho tem como escopo a democratização do processo decisório e da formação da decisão judicial.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2017) destaca que a principal função dos Tribunais Superiores, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é atuar como Corte de Precedentes Judiciais obrigatórios, de modo a assegurar mais estabilidade e coerência ao ordenamento jurídico.

outro. A mudança na dinâmica de julgamento da jurisdição constitucional repercutiu na própria legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Na medida em que a jurisdição constitucional expandiu seu espectro para além do julgamento exclusivo de questões jurídicas herméticas e passou a decidir sobre a vida de grupos sociais vulneráveis ou mesmo excluídos, que não foram contemplados de algum modo pelo parlamento, se fez necessário assegurar legitimidade de suas decisões por meio da participação da sociedade no processo decisório.

É exatamente neste sentido que se debate a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Para a teoria constitucional contemporânea (PEREIRA NETO; SARMENTO, 2013), a possibilidade de uma decisão da Suprema Corte, integrada por ministros que não foram eleitos pelo povo, se sobrepor às decisões do presidente da República ou mesmo do Congresso Nacional, dá ensejo à denominada dificuldade contramajoritária, o que fragiliza a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Ao abordar a questão, Barroso (2012, p. 28) acentua que um dos papéis da Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, ainda que seja contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos ou de quem tenha sido eleito pelo povo. Neste sentido, a jurisdição constitucional, exercida a partir destas premissas, assegura a própria democracia. E em outra dimensão, o modelo precedental proposto pelo CPC reforça a função do Supremo Tribunal Federal como Corte de Precedentes Judiciais (MARINONI, 2017), proferindo decisões com conteúdo normativo, instituindo, pelo menos em tese, um ordenamento jurídico híbrido, no qual tanto a lei quanto provimentos judiciais vinculativos são fontes primárias do direito. Neste cenário, a edição de precedentes judiciais que “criam” direitos não pode prescindir da participação da sociedade civil e das coletividades que serão afetadas pela decisão judicial.

Com efeito, não mais se admite, do ponto de vista da legitimidade democrática, o julgamento de temas com ampla repercussão social pelo Supremo Tribunal Federal sem que as coletividades que serão afetadas pela decisão tenham tido a oportunidade de apresentar sua própria interpretação do texto constitucional. Esse é o modelo participativo de direito processual constitucional que está em desenvolvimento no Brasil.<sup>6</sup>

A decisão judicial proferida pela Corte, admitida a tese supramencionada, deve representar as tensões sociais manifestadas no processo decisório levado a efeito até a sua formação. Trata-se de premissa inescusável da decisão judicial no direito processual constitucional democratizante. Esse debate irradiou-se para o direito processual civil a partir do CPC/2015.

#### 4 PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO

O Código de Processo Civil de 2015 inaugura, em nossa percepção, uma nova fase da teoria geral do processo. Uma fase voltada para a construção de um novo paradigma democrático do processo jurisdicional que, em certa perspectiva, é caudatária das transformações ocorridas na jurisdição constitucional.

<sup>6</sup> Esse modelo participativo de processo constitucional vem sendo construído de baixo para cima, ou seja, a partir da intensa participação da sociedade civil e dos movimentos sociais na jurisdição constitucional.

Diante deste quadro, faz-se necessário empreender uma revolução paradigmática (KUHN, 2017) considerando que a construção teórica elaborada na vigência do CPC/1973 teve como objeto de reflexão o monopólio do juiz na condução do processo decisório e pelo hermetismo jurídico refletido nas decisões judiciais, que dificulta, em linhas gerais, a participação da sociedade civil (CATHARINA, 2015). Esse paradigma processual não atende às exigências epistemológicas da processualística brasileira contemporânea.

O CPC/2015, ao generalizar a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, inclusive nos processos que tramitam na primeira instância, trouxe para o debate acadêmico o tema da democratização do processo decisório sem precedentes na processualística brasileira. Por outro lado, a possibilidade de coletivizar demandas originariamente individuais, por meio de incidentes processuais, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), exige uma epistemologia abrangente que contemple o modelo processual complexo proposto pelo CPC/2015.

Neste contexto, compreender as propostas teóricas dos processualistas brasileiros sobre o tema é fundamental para que se possa contribuir para a construção de um paradigma democratizante de processo civil. Freddie Didier e Dierle Nunes são representantes do segmento da literatura processual que refletiram sobre o tema, e suas abordagens propiciam uma outra perspectiva acerca da temática. O cooperativismo processual de Didier e o processualismo democrático de Dierle são abordagens teóricas inovadoras, em certo sentido, e contribuem para o aprofundamento de uma perspectiva democratizante do direito processual civil.

#### 4.1 Modelo cooperativo de processo

Freddie Didier aponta, em seu texto *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, um terceiro modelo de processo assentado no princípio da cooperação. Para este autor, o modelo cooperativo tem como principal premissa o redimensionamento do princípio do contraditório, incluindo o órgão jurisdicional como um dos sujeitos do diálogo processual.<sup>7</sup> Este modelo, segundo o autor, supera o modelo inquisitivo, centrado na atuação do juiz, e o modelo dispositivo, com ênfase na atuação das partes, pois não dá destaque a nenhum sujeito processual e estimula a construção dialógica da decisão judicial. Esse modelo de diálogo processual simétrico é ideal para uma democracia processual.<sup>8</sup> O Código de Processo Civil de 2015, em certa medida, adotou o modelo cooperativo em diversos dispositivos jurídicos, conforme se depreende do artigo 6º, estabelecendo o princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, e das normas dispostas nos artigos 190 (negócio processual), 357, §3 (saneamento e organização cooperativa do processo) e no dever de cooperação regulamentado pelo artigo 378 do código, apenas para exemplificar.

<sup>7</sup> O referido texto foi elaborado antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, mas a tese do autor não foi infirmada pelo novo código; ao contrário, foi reforçada com a adoção expressa do princípio da cooperação disposto no artigo 6º. Por outro lado, o próprio autor incorporou o texto em seu curso, atualizando os respectivos dispositivos jurídicos, mantendo a fundamentação teórica levada a efeito. Por essa razão o texto permanece válido mesmo tendo sido elaborado antes da vigência do CPC/2015.

<sup>8</sup> Esse conceito será mais bem desenvolvido a seguir.

Não restam dúvidas de que o modelo cooperativo de processo representa um avanço em relação aos modelos estabelecidos em nossa processualística. O modelo cooperativo, contudo, possui limitações, sobretudo no que diz respeito à democratização do processo decisório. O modelo cooperativo tem o mérito de superar a dualidade até então existente acerca dos modelos processuais e permitir a construção de um modelo dialógico de construção do processo decisório e, como consequência, da decisão judicial.

O modelo cooperativo, entretanto, propõe um rearranjo na direção do processo estabelecendo um diálogo entre os sujeitos processuais, excluindo da análise a intervenção dos *amici curiae* e suas respectivas atuações no processo decisório. A ampliação do diálogo processual entre os sujeitos processuais não contempla, de forma abrangente, a atuação dos amigos da corte ao longo do processo decisório e da construção da decisão judicial.

O modelo cooperativo, neste sentido, representa um avanço no modelo tradicional de processo, centrado na solução individual de conflitos. Representa, sem sombra de dúvidas, um avanço em relação aos modelos inquisitivos e dispositivo de processo mas não alcança, de forma satisfatória, as questões que decorrem dos processos judiciais com forte repercussão social, em que o debate judicial envolve sujeitos outros não contemplados pelos sujeitos processuais tradicionais (juiz, autor e réu).

Em uma primeira reflexão, o modelo cooperativo modifica a relação entre os sujeitos processuais, extraindo a ênfase de um determinado sujeito processual. O modelo, porém, não avança no sentido de se estabelecer um processo cuja dinâmica pressupõe a atuação das partes tradicionais (juiz, autor e réu), sem contemplar novos atores processuais, como a sociedade civil organizada e os movimentos sociais por meio do instituto do *amicus curiae*.

Essa percepção acerca do referido modelo pode ser identificada na seguinte passagem do texto de Didier (2018):

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia (p. 215).

O modelo cooperativo, embora tenha sido adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, não é abrangente o suficiente, do ponto de vista teórico, para contemplar a dinâmica processual que decorre da intervenção da sociedade civil e dos movimentos sociais por meio do instituto do *amicus curiae*. É neste sentido que se faz urgente se pensar num modelo estrutural de processo que contemple variáveis que não são apreendidas pela lógica dos sujeitos processuais tradicionais, centrada em atores tradicionais como autor (coletivo ou individual), réu e órgão julgador.

Embora o modelo cooperativo represente um avanço em relação aos modelos clássicos, ainda há limitações em relação à dinâmica democratizante da processualística brasileira que vêm se consolidando a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

#### 4.2 Processo jurisdicional democrático

Dierle Nunes (2012) oferece importante contribuição ao debate ao propor um modelo de processualismo constitucional democrático.<sup>9</sup> O autor é preciso ao identificar a reconfiguração levada a efeito pelo Poder Judiciário para contemplar demandas das minorias sociais que, em alguma medida, não foram atendidas pelo Poder Legislativo. Esse fenômeno, contudo, é verificado, com mais frequência, no âmbito da jurisdição constitucional.

Não obstante, perspectiva teórica do autor ilumina o debate em dois importantes aspectos. O primeiro diz respeito à abertura do direito processual aos novos conteúdos e dimensões. O segundo concerne à abordagem democrática do processo, que representa, em certo aspecto, uma ruptura com os modelos tradicionais de processo que prevaleceram por décadas no senso comum dos processualistas.

Na linha de reflexão do autor, o Poder Judiciário brasileiro vem se transformando num espaço institucional onde os indivíduos não conseguem ser ouvidos nas arenas majoritárias, ou seja, no parlamento e no Executivo. Neste contexto, as minorias buscam amparo no Poder Judiciário para evitar o descumprimento da Constituição Federal de 1988, principalmente no que respeita aos direitos fundamentais.

Esse diagnóstico foi identificado, também, por Catharina (2015). Mediante dados empíricos, constatou-se que a sociedade civil e os movimentos sociais deslocam para o campo jurídico, mais especificamente no Poder Judiciário, suas demandas com o objetivo principal, dentre outros, de assegurar a tutela dos direitos fundamentais sem eficácia no tecido social e na sociedade política. Tal aspecto foi decisivo no que diz respeito à abertura do direito processual para novos conteúdos e dimensões.

O objetivo do processo não é mais assegurar o patrimônio, característica basilar do processualismo liberal, mas tutelar direitos fundamentais das coletividades sem voz na arena política, o que constitui tarefa elementar em sociedades plurais e complexas como a brasileira.

É nesta toada que se faz necessário elaborar uma abordagem democrática do processo civil de modo a dar conta desta nova dinâmica social e jurídica. As reformas processuais, realizadas no período anterior ao CPC/2015, tinham como escopo tão somente a mudança legislativa. A preocupação central era adaptar o processo para a solução efetiva de conflitos individuais. Esta técnica legislativa não mais atende às necessidades de um modelo democrático de processo.

Segundo Nunes e Bahia (2010), os desafios do direito processual contemporâneo não mais admitem uma análise meramente legislativa. A citação a seguir nos permite compreender o diagnóstico apontado pelos autores sobre a temática:

Ademais, não se pode olvidar que o discurso mais corrente da processualística brasileira ainda está estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto Firenze de acesso à justiça (presidido prioritariamente por Cappelletti – 1973-1978), que apesar de sua indiscutível importância naquela época, já se encontra defasado pelas décadas de avanço da ciência jurídica, gerencial e filosófica.

<sup>9</sup> Adotamos a perspectiva teórica do autor para pensar um paradigma democrático do processo civil brasileiro.

Os desafios do direito processual, no entanto, não permitem mais uma análise meramente legislativa, no campo das reformas, mas exige um olhar panorâmico do sistema processual que abarque as leis processuais, mas também a infraestrutura do Poder Judiciário e seu gerenciamento, a utilização de uma litigância de interesse público para viabilizar a obtenção de direitos fundamentais pelos cidadãos, um processo democrático forjado no modelo constitucional, entre outras preocupações (p. 78).

A perspectiva de análise dos autores nos permite não somente romper com os modelos processuais clássicos, forjados a partir dos países da Europa, mas abre caminho para se pensar um modelo processual a partir de um paradigma latino-americano, incorporando o debate acerca das disputas que tenham como objeto o interesse público.

É a partir dessa reflexão que os autores propõem um modelo denominado processualismo constitucional democrático, cujo escopo é estabelecer uma concepção teórica que almeja a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossalização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo, como estrutura de formação das decisões judiciais, partindo do necessário aspecto comunitário e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

É inquestionável a insuficiência dos modelos inquisitivo e dispositivo para contemplar as dimensões democratizantes do Código de Processo Civil de 2015. O modelo proposto,<sup>10</sup> neste sentido, rompe com os modelos clássicos mencionados supra e inaugura uma reflexão importante e qualificada sobre a construção de um modelo democrático de processo no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Inobstante, se faz necessário pensar o modelo democrático a partir do conteúdo normativo do Código de Processo Civil de 2015.

#### 4.3 Modelo democratizante de processo

Como foi apontado anteriormente, o nosso foco, neste trabalho, é refletir sobre o processo civil democrático a partir dos aportes da jurisdição constitucional contemporânea. O diálogo entre a *práxis* da jurisdição constitucional e a cultura jurídica processual, pode fornecer elementos necessários para a consolidação de um paradigma democrático que dê sustentação e eficácia às inovações normativas do CPC/2015.

Não se pode negar que houve, ao longos dos anos, algumas transformações no objeto do direito processual. A jurisdição civil não se limita a tratar de temas como despejo ou ações de cunho meramente patrimonial. Atualmente é comum observarmos processos que tenham como objeto mudança de registro de transgêneros, reconhecimento de união estável entre homossexuais e conflitos fundiários deflagrados pelo MST.

<sup>10</sup> Para melhor compreensão do tema, ver a obra de Dierle Nunes *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

Nesta linha de análise, o Código de Processo Civil de 2015 irradiou para o primeiro grau de jurisdição a pluralização do debate ao permitir o ingresso do *amicus curiae* nas causas com ampla repercussão social e jurídica que tramitam na primeira instância. O código também dispôs, em diversos dispositivos, sobre a participação de terceiros na formação de precedentes judiciais e provimentos judiciais vinculativos.

Um sistema de precedentes judiciais, com forte conteúdo normativo, não pode prescindir de um amplo debate com a sociedade civil e com os atores sociais que serão afetados pelo respectivo precedente judicial, sob pena de eivar de ilegitimidade o próprio sistema. Essa pluralização do debate, que está disposta nos artigos 138 e 983 do CPC, constitui fonte legitimante do próprio precedente judicial com forte impacto social. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 845779 é emblemático neste sentido.

O referido recurso tratou da violação de direitos fundamentais de um transgênero que foi impedido de utilizar um banheiro em um determinado *shopping* no Sul. O recurso tratava, inicialmente, de uma indenização pelos constrangimentos sofridos do ponto de vista subjetivo, mas, considerando a repercussão geral e a pluralização do debate levada a efeito (participaram cinco entidades ligadas ao movimento LGBTT), o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no sentido de que o transgênero possa usar o banheiro no qual se sentir à vontade.

A democratização do processo decisório, e como consequência do próprio processo civil, é incompatível com os paradigmas tradicionais de estruturação do processo. Essa tensão paradigmática prenuncia o surgimento de um novo paradigma no sentido proposto por Thomas Kuhn (2017). O paradigma processual que está em construção deve ser dual. De um lado deve preservar a atividade jurisdicional voltada para as questões cotidianas da vida de relação, ou seja, determinar a reparação por danos causados em acidente de trânsito ou mesmo promover a revisão de aposentadoria. De outro, deve tratar, mediante amplo debate público, de causas como conflitos coletivos fundiários, reconhecimento de territórios quilombolas urbanos ou mesmo questões de gênero. Esse modelo processual decorre da dialética entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional.

## 5 POR UMA CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISÓRIO COMUM

A jurisdição constitucional e o direito processual civil contemporâneo possuem dinâmicas democratizantes análogas. Embora a jurisdição constitucional seja estudada nas disciplinas vinculadas ao direito constitucional, certo é que há muitas interseções entre essas áreas, o que sugere a necessidade de um rearranjo epistemológico que permita pensar a jurisdição constitucional e a jurisdição civil como faces da mesma moeda. Essa perspectiva epistemológica contribuirá para a construção de um paradigma decisório comum.

A jurisdição constitucional teve de assimilar as dimensões democratizantes do processo constitucional, fomentada pelo incremento do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas para conferir legitimidade às suas decisões. Esse aprendizado institucional será fundamental para a jurisdição civil, que se consolidou historicamente como forma de resolução de conflitos majoritariamente individuais.

O paradigma decisório fundante da jurisdição civil ainda é fortemente influenciado pelo modelo europeu, em que o juiz tem o monopólio na condução do processo decisório e a decisão judicial reflete o trabalho intelectual produzido individualmente pelo juiz. É preciso superar este modelo. A confluência entre o processo decisório democratizante levado a efeito na jurisdição constitucional e a dinâmica solipsista da jurisdição civil, podem deflagrar um novo paradigma decisório comum, em que a decisão judicial, tanto num caso quanto no outro, reflete a participação e a cooperação das partes e dos sujeitos que serão afetados pelo precedente judicial editado. Essa é a reflexão que se pretendeu ampliar com este trabalho.

Eder Fernandes (2016), ao analisar as tensões entre direitos fundamentais e democracia, sob à ótica discursiva do direito de Habermas, aproxima-se da hipótese sustentada neste trabalho. Para este autor, a legitimidade, que decorre do princípio da democracia, empreende uma nova forma de perceber o processo de decisão judicial, não mais determinado pela aplicação rígida dos textos legais, mas estruturado com a finalidade de institucionalizar os discursos jurídicos que, em cada caso concreto, permite a cada cidadão sentir-se inserido em um sistema jurídico que permita a construção da sua própria argumentação em relação à sua forma de compreender seus próprios direitos (p. 215).

Nesta linha de análise, o processo civil deixa de ser um instrumento de efetivação do direito material e se trasmuda num método de resolução de conflitos de um lado, e de construção de direitos, mediante sua democratização, no modelo precedental proposto pelo CPC/2015, de outro. O considerável rol de provimentos jurisdicionais vinculativos disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil, que possibilita a improcedência liminar de inúmeras demandas (artigo 332), exige um modelo democratizante de processo de modo a assegurar a participação da sociedade na formação destes mesmos provimentos vinculativos. Essa é a principal questão a ser enfrentada pelo processualismo contemporâneo.

## 6 CONCLUSÃO

A construção de um paradigma decisório comum aplicável tanto na jurisdição constitucional como na jurisdição comum, é tão necessário quanto premente. O Código de Processo Civil instituiu um modelo democratizante de processo. Se, entretanto, não houver uma adequada assimilação de suas premissas, a *práxis* judiciária, assentada numa cultura jurídica liberal, prevalecerá tornando inócuas as dimensões democratizantes do código.

Neste sentido, a construção de um paradigma decisório comum entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil facilitará o estabelecimento de uma correia de transmissão que viabilizará a transmissão da experiência democratizante de uma para a *práxis* da outra. Não há diferença substancial no que se refere à consolidação de um processo decisório democratizante. A participação da sociedade civil nos processos com forte repercussão social é necessária tanto na jurisdição constitucional quanto na jurisdição civil. A decisão judicial deve, necessariamente, contemplar as interpretações constitucionais e jurídicas das coletividades, que serão afetadas pelo julgamento.

Um paradigma decisório comum entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil constitui importante passo para a construção de um direito processual público.

## 7 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In: *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. *Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. Movimentos sociais, sociedade civil e a construção democrática do processo judicial no Supremo Tribunal Federal: premissas para um quadro conceitual. In: *Democracia e Poder Judiciário: reflexões sobre a eficácia dos movimentos sociais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DIDIER, Freddie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: [https://www.academia.edu/1771108/Os\\_tr%C3%AAAs\\_modelos\\_de\\_direito\\_processual](https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAAs_modelos_de_direito_processual). Acesso em: 11 out. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Eder. *Entre direitos fundamentais e democracia: superando a dicotomia no direito brasileiro*. Niterói: Eduff, 2016.
- GOMES, Juliana. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Podivm, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes judiciais: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96,
- PEREIRA NETO, Claudio de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocomposição judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 141-162.
- STRECK, Lenio. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 6, v. 1, , maio 2013.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto et al. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.