

Anais de Artigos Completos - Volume 3 IX CIDHCoimbra 2024

Organizadores:

Vital Moreira

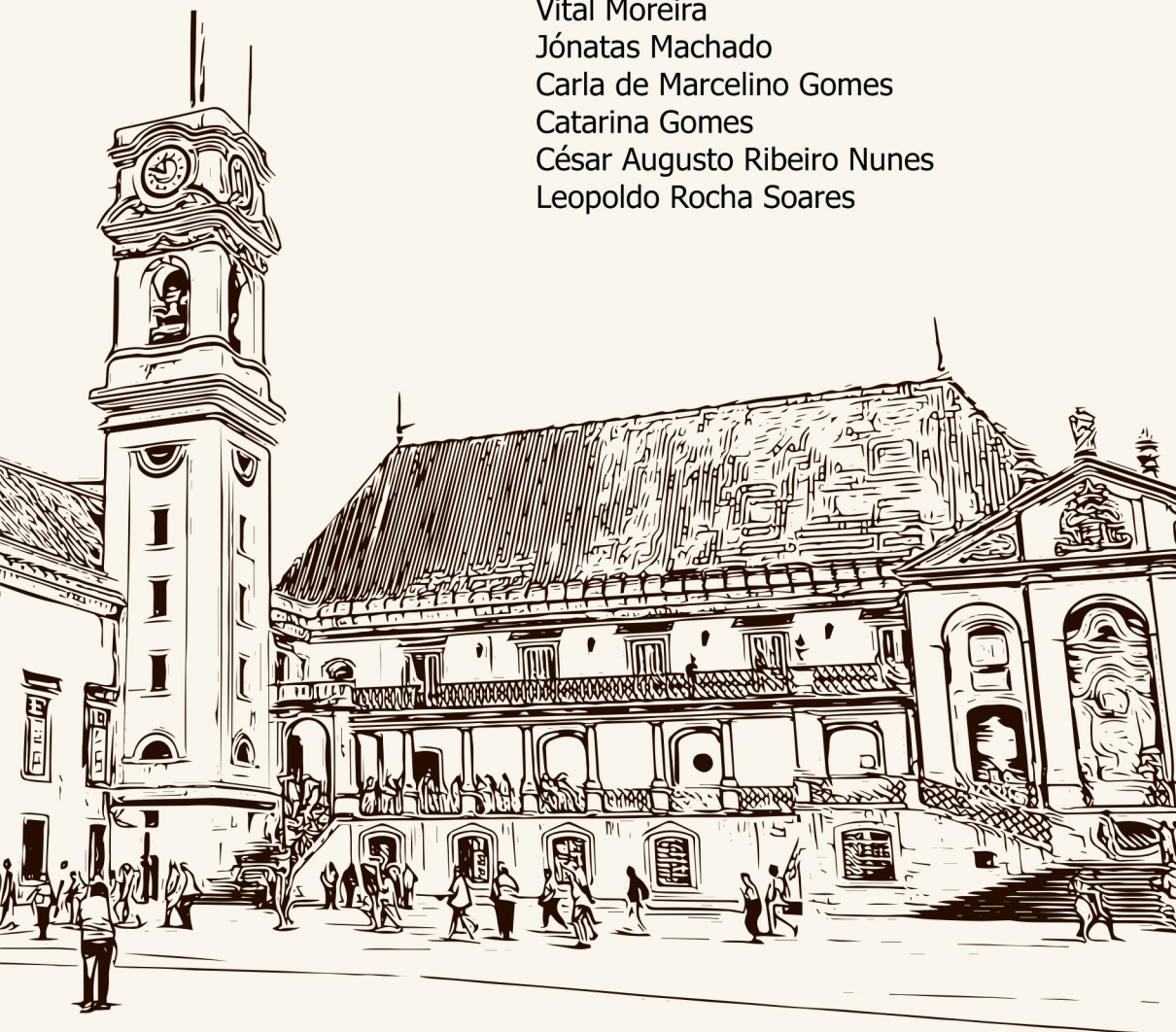
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



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



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

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

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
IX CIDHCoimbra 2024
VOLUME 3**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasília / Edições Brasil
2025**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2025

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do IX CIDHCoimbra 2024

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

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

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

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IX CIDHCoimbra 2024 -
Volume 3 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas
/ Jundiá: Brasília / Edições Brasil, 2025.

347 p. Série Simpósios do IX CIDHCoimbra 2024

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-103-7

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

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

IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

08 a 10 de Outubro de 2024 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 3 - Composição dos Simpósios:

SIMPÓSIO – Presencial 01 DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CONTEMPORÂNEA Coordenadores as: Jesús Víctor Contreras Ugarte e Juan Antonio Martínez Muñoz
SIMPÓSIO – Presencial 02 O ENFRENTAMENTO ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E AS CONCEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE Coordenadores as: Bartira Macedo de Miranda e Taysa Matos do Amparo
SIMPÓSIO – Presencial 04 CIDADANIA, PODER E DIREITOS HUMANOS Coordenadores as: Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda e Gianluca Tracuzzi
SIMPÓSIO – Presencial 05 INSTRUMENTOS NORMATIVOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DE ACESSO À JUSTIÇA POR INDIVÍDUOS E GRUPOS VULNERABILIZADOS Coordenadores as: Denise Almeida de Andrade e Jorge Bheron Rocha
SIMPÓSIO – Presencial 06 ENCARCERAMENTO: DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA CRÍTICA Coordenadores as: Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo e Allana Regina Andrade Kinjyo
SIMPÓSIO – Online 07 POLÍTICAS PENAIIS, DIREITOS HUMANOS E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL Coordenadores as: Roberta Eggert Poll e Aline Pires de Souza Machado de Castilhos
SIMPÓSIO – Presencial 10 POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS HUMANOS, PROCESSOS FORMATIVOS E DESIGUALDADES SOCIAIS Coordenadores as: Carlos Alberto Lima de Almeida e Lidianne Kelly Nascimento Rodrigues de Aguiar Lopes
SIMPÓSIO – Presencial 12 OS DIREITOS HUMANOS DIANTE DOS NOVOS DESAFIOS BIOÉTICOS E TECNOLÓGICOS Coordenadores as: María de Torres Soto e José María Carabante Muntada

ISBN: 978-65-5104-103-7

COMISSÃO CIENTÍFICA DO IX CIDHCOIMBRA 2024:

Membros Titulares:

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

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

Limitations of Human Rights.....	10
Diego Poole	
A Defesa dos Direitos Humanos na Contemporaneidade: uma análise jurídico-filosófica dos julgamentos de Nuremberg e o Direito Internacional Penal.....	26
Anna Carolina Santos da Costa	
A Aplicação do Princípio da Responsabilidade de Proteger (R2P) em Crises Humanitárias Contemporâneas: análise do conflito Israel versus Palestina	40
Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo e Laura Lopes Costa Andreata	
Aspectos do Estado de Exceção em Carl Schmitt e Autoritarismo Líquido na Democracia Brasileira	53
Pedro Henrique Müller Fernandes Machado	
A Propriedade Como Núcleo Fundamental do Direito à Moradia Versus a Propriedade Como Ativo Essencial Para o Capitalismo	67
Maria Laura Bolonha Moscardini e Letícia Araújo Faria	
O Enfrentamento à Desigualdade de Gênero Através das Políticas de Acesso à Justiça e da Adoção de Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero	77
Fernanda Mainier Hack	
As Olimpíadas de Paris 2024 Como Ferramenta de Inclusão Social dos Refugiados, Consequência das Premissas da Organização das Nações Unidas e dos Ideais do Espírito Olímpico	89
João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes e Daury Cesar Fabríz	
A Face Oculta da Liberdade Testamentária: a possibilidade de perpetuação da desigualdade de gênero por meio da distribuição da herança.....	97
Pollyanna Thays Zanetti e Walsir Edson Rodrigues Júnior	
Democracias e Direitos Humanos: reflexões sobre o tempo presente	111
Ana Cristina Brito Arcoverde e Helena Lúcia Augusto Chaves	
Universalismo e Relativismo: uma análise da aplicação dos Direitos Humanos entre a justificação das guerras e o direito das mulheres	120
Clara Oliver de Carvalho	
El Derecho a Utilizar Autocertificaciones y el Poder de la Administración Pública en el Ordenamiento Jurídico Italiano.....	130
Salvatore Esposito	

Sexualidade e a Língua: o Bajubá e o Movimento LGBTI+ da década de 1960 ao ano 2000	146
Pedro Rossi Viana	
Os Migrantes Climáticos e o Acesso à Justiça Ambiental Pela via dos Direitos Humanos	161
Talita de Pedro Rossini	
Legitimidade das Comunidades Ribeirinhas do Rio Madeira: como proporcionar efetivo acesso à justiça?	170
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza	
Justiça Multiportas e a Vítima Hipossuficiente	180
Rogério Filippetto	
Instrumentos Normativos e Processuais no Limbo Jurídico Trabalhista Previdenciário: garantindo o acesso à justiça para trabalhadores vulnerabilizados	195
Bárbara Delgado Vicente Silva	
A Complexidade dos Meios Nacionais e Transfronteiriços de Reparação Integral dos Atingidos pelo Desastre de Mariana no Brasil	206
Paulo Velten e Pedro Domingos	
A Proteção Jurídica aos Deslocados Forçados Haitianos no Brasil Como Ponto de Partida Para o Desenvolvimento da Legislação Brasileira Migratória e os Reflexos na Acolhida Humanitária dos Afegãos	219
Giovanna Saldanha Araujo	
A Correlação Entre a Segregação e as Trajetórias Delitivas dos Estigmas Discriminatórios	230
Flávia do Espírito Santo Batista	
Represión Sexual en Las Prisiones en México	242
Rogelio Barba Álvarez	
Cômputo da Pena em Dobro: uma resposta às condições degradantes do cárcere	252
Marianna Salvão Felipetto	
Prisões, Cidadania e Direito à Inclusão Digital: novas possibilidades de ressocialização através das TICs	264
Gabriela Gomes Costa	
A Medida de Segurança e Seu Caráter Punitivo Como Violação dos Direitos Humanos: um estudo sobre a pretensão preventiva do instituto	278
Amanda Pedrosa Gonçalves	

Teorema de lo Racional y Razonable de la Prueba en Materia Penal	287
Federico Valeriano Martínez	
A Regularização Fundiária Urbana (REURB) Como Instrumento de Garantia ao Direito à Moradia no Contexto de Tragédias Climáticas	295
Daniel Keunecke Brochado e Tatiane Keunecke Brochado Lara	
Infrequência e Evasão Escolar: uma demanda intersetorial e interdisciplinar	312
Valéria Cristina da Costa e Cristiano Costa de Carvalho	
Os Desafios Para a Formulação de Políticas Educacionais Para a Terceira Idade no Brasil.....	323
Vera Lucia Martiniak e Rita de Cássia da Silva Oliveira	
Bioética de Inspiração Feminista nos Direitos Reprodutivos e Sexuais das Mulheres	335
Raíssa Lima e Salvador	

LIMITATIONS OF HUMAN RIGHTS

Diego Poole

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, ES)

Abstract:

This paper has two parts: the first is a critique against the individualistic foundation of human rights, which in turn causes them to be revolutionary, non-existent, contradictory, unlimited, all renounceable, and arbitrarily selected. The second part is a proposal to redefine human rights, and instead of understanding them as individual prerogatives prior to social life, to conceive them as those aspects of social life to which a given community grants special protection. Human rights can be reinterpreted from classical realist philosophy as those dimensions of social life to which a given political community grants special protection at the expense of other goods. For example, declaring as a priority the access of all citizens to health services or school education, even at the expense of other community goods such as the multiplication of parks and gardens. Human rights could then be reinterpreted as the priority and relatively stable collective interests of a given political community, and therefore not subject to possible limitation by successive governments of that same community. Human rights would then be conceived not as the prerogatives of the individual, protecting himself against the abuses of the political community, but as the protection of the political community against itself, which decides to give special priority to certain common goods.

Keywords: Human Rights; Individualism; Common good; Alfredo Cruz Prados.

Limitations of Human Rights

The modern doctrine of natural rights

The doctrine of human rights is the modern liberal version of rationalist iusnaturalism, but not of Thomistic iusnaturalism

The idea that the philosophy of “human rights” is the contemporary version of classical iusnaturalism, as if it were one and the same current, has been installed in the dominant thinking and in the most superficial legal phi-

losophy. But there are many iusnaturalisms. Simplifying perhaps too much, we could distinguish two major categories of iusnaturalisms: realist and communitarian iusnaturalisms (especially those of Aristotle and St. Thomas), and rationalist and individualist iusnaturalisms (Grotius, Pufendorf, Kant, Rawls, Rawls, Nozic, Dworking...). The philosophy of law that underlies the declaration of human rights is tributary to this second category, which is at the antipodes of classical iusnaturalism. The purpose of this paper is precisely to explain the reasons for this difference.

For modern iusnaturalism, man conceives himself as an individual endowed with freedoms based on his natural capacity to dominate himself and other things. Such freedoms are his “natural rights”. They precede all social life and are recognizable by understanding human nature as a universal reality abstracted from all historical and real contexts. If natural rights are those spheres of primordial freedom, natural law is the normative order formulated on the basis of human analysis, outside and before the incorporation into the practical reality of a political community. What role does the State play in this iusnaturalist conception? The State is an instrument to guarantee as far as possible those freedoms or natural original rights prior to social life. This is precisely the key to all liberal thought. This was proclaimed in Article 2 of the “Declaration of the Rights of Man” of 1789: “The aim of all political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression”.

This approach of natural rights as natural liberties is very clear in classics such as Pufendorf, Hobbes, Locke or Kant. And more recently in authors such as Rawls and Nozick. The function of the State is to set limits to the natural rights of individuals, which is the same as saying, to their natural liberties, to protect and guarantee those same rights in the most efficient way possible.

Human rights are thus conceived as subjective rights, individual freedoms, prerogatives over others, especially over political power. And the basis of such rights is not participation in a political community, but the prior fact of belonging to the human species.

This modern conception of natural rights, which serves as an ideological foundation for the doctrine of human rights, has the following characteristics: 1) it is radically individualistic, 2) it is individualistic 3) it is revolutionary, 4) it postulates non-existent rights, 5) it justifies contradictory rights, 6) it defends unlimited and absolute rights, 7) it defends that all rights are renounceable, 8) the selection of rights is arbitrary.

It is individualistic

The anthropology underlying the doctrine of “human rights” is the

same as that behind the moderate doctrine of natural rights: that of an abstract, solitary and anonymous individual. It is based on a conception of man without a homeland and without history, of a typical human being, who possesses nothing other than his pure nature. He is, as Hannah Arendt said, a man without political status, an individual whose citizenship does not matter.¹

But such a man, without a country or a flag, exists only in the imagination of modern philosophers. The pure man does not exist. There are people constituted by their relations and commitments, by concrete possibilities and limitations. The political community is not the sphere in which the various personalities already configured enter into relationship, but the sphere in which these personalities emerge and are configured. The liberal State is conceived as the protector of these supposedly natural individual rights prior to social life. Natural rights are like a shield that protects the individual as much as it isolates him from others.

It is not surprising that in modern political philosophy the notion of the *common good* has disappeared, because what matters is the good of the individual. The common good and the individual good are presented as rivals for the philosophy of “natural rights”.

Dworkin clearly assumes and expresses this position. For Dworkin, natural rights are like “trumps” or trump cards in conflicts of interest between the common and the individual. (Dworkin, 1984a, p. 152). To seriously affirm a right is to recognize that the individual can carry out an action, even if it harms the good of society. (Dworkin, 1984b, p. 16, 37, 161, 219, 259). Carlos Santiago Nino thinks something similar when he considers individual rights as legitimate personal objections to the pursuit of the common good, which, according to Nino, avoids the instrumentalization of individuals in the service of collective ends. (Nino, 1995).

The doctrine of “natural rights” turns the State into an instrument at the service of individual interests. Since natural rights are prior to social life,

1 This is one of the fundamental theses of Hannah Arendt's *The Origins of Totalitarianism*. In this book Arendt points out the danger of considering human rights independently of the political community in which one participates. Precisely the aim of the extermination camps of totalitarian regimes was to reduce people to a “mere humanity”, an abstraction, as a penultimate step to reduce them to animality and, finally, to eliminate them. (Cf. Arendt, 2001). Pierre Manent takes a similar line when he says that the modern doctrine of human rights is the manifestation of an anarchic individualism, where natural rights are freedoms without purpose. (Cf. Manent, 2022). As John von Heyking says “While contemporary critics are concerned with how an abstract doctrine of human rights unrestrainedly multiplies rights, including many frivolous ones, in truth the abstract universal humanity of contemporary human rights doctrines is not altogether that different from the aim of extermination camps to produce ‘naked savages’ because both regard our personhood as nothing more than a collection of impulses. One is reminded of Aristotle's observation that those outside the polis are either god or beast”. (Von Heyking, 2023, p. 276).

they exist independently of it, they can be exercised even to its detriment, because they are spheres of freedom that are defined precisely so that the political community does not interfere with them. The idea of natural rights, according to this idea of the natural as presocial, necessarily implies an instrumentalist concept of the political: the *polis* exists only to guarantee, as far as possible, this natural patrimony of man, a mere instrument for giving effect to his natural rights. The fundamental theme of modern political philosophy will be to justify the existence of the State as an organization which, if it limits freedom, does so only and only for the sake of a more effective protection of the natural rights which precede social life. Hence almost all modern philosophers begin their political theory by theorizing about a hypothetical state of nature, whose liberties must be preserved in common life.

Absolutizes rights because it absolutizes their foundation

It is a matter of basing human rights on a liberal idea of human dignity, according to which the value of man resides in the capacity for autonomy or self-determination, where law is justified only as protection of this autonomy. This autonomy can be expressed in as many ways as there are fundamental rights: the right to decide on one's own life, religion, sexuality, residence... This dignity is an "anti-political" dignity insofar as it sets man against the polis. (Cf. Cruz Prados, 2006, p. 361).

They are revolutionary, in the sense that they reject tradition

This dogmatism that pervades the discourse on human rights justifies its revolutionary character. The rhetoric of human rights is always clothed in a certain dogmatism, in the face of which criticism (such as this one) is presented as an insolent provocation. Human rights "consecrate" the laws that recognize them and the institutions that declare and protect them. To question them is the modern "heresy", which calls into question what is believed to be definitive and non-negotiable.

"The revolutionary and ideological character of natural rights explains the dogmatic, peremptory and emphatic tone with which these rights were and continue to be invoked. To vindicate these rights is not something like advocating a series of corrections and improvements in the political and social order, counting on very solid arguments in favor of the justification and opportunity of those corrections. To vindicate these rights is to affirm categorically the unconditional need to recognize what already exists, by nature, in each one of us. The language of natural rights is not the language of public dialogue, of interpellation and argumentation; it is the language that expresses the conviction of already having the conclusion of all possible debate. In a certain sense, these rights exclude the obligation to give a reason

for themselves.” (Cruz Prados, 2021, p. 294).

Edmund Burke clearly perceived the revolutionary character of the “rights of man” of 1789, and their unreality in not founding them on a real existing political community. For Burke, these rights were “metaphysical”, in the sense that they represented a mental construct, purely theoretical and *a priori*, elaborated as an apparent deduction from abstract human nature, and with complete disregard for experience, history and the wisdom condensed in tradition. Rights proclaimed in a decontextual and voluntarist manner only served to awaken unrealistic hopes and to incite rebellion against non-existent grievances. Invalidating all the teaching of the past, the revolutionaries pretended to mathematically reconstruct the whole of society from the postulate of equal and universal natural rights, and declared invalid all governments, laws and conventions that were not in conformity with these rights. (Stanlis, 1965, p. 70-75; 130-132).²

For Hannah Arendt, Burke’s central argument against the “abstract principles” of the French Revolution is condensed in the following words:

“You will observe that from Magna Charta to the Declaration of Right it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties as an entailed inheritance derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity - as an estate specially belonging to the people of this kingdom, without any reference whatever to any other more general or prior right. (par. 57).” (Burke, 1790)

Postulates unrealistic rights

Faced with the lack of concreteness and the real impossibility of satisfying “human rights” on the basis of non-existent realities in certain environments (work for all, basic living income, decent housing, parks and gardens, education, etc.), many authors resort to the artificial distinction between “moral rights” or “prima facie rights” and “legal rights” or strictly juridical rights. Human rights would be “moral rights”, guiding principles for legal decisions, weighting criteria for determining concrete real (legal) rights, according to circumstances and possibilities. But if this is so, the UDHR is only an exhortation, an aid for the prudent determination of rights according to circumstances and possibilities; it is not an actual declaration of

- 2 Elio Gallego, in his study on Reason and Tradition in Burke’s thought, writes: “[man] requires a greater and more far-reaching experience than his own. He requires tradition. So much so that the core of the Burkean methodical position can be synthesized in the conviction that man’s reason requires tradition to remain “rational,” to retain its reasonableness.” And commenting on Burke’s critique of the French Revolution, Gallego writes: “In any case, what is certain is that Western civilization is the only known tradition in history that has made possible the emergence of a reason capable even of denying its own received tradition. Denial of the past and of tradition is the very essence of rationalism and is at the basis of the revolutionary action in France”. (Gallego, 2011, p. 527 et seq.).

rights, understood as concrete goods attributed to concrete persons. The UDHR would then be a declaration of principles, not of rights.

But beyond all the rhetoric of “moral rights”, “values”, “basic human goods”, principles, etc., it is obvious that not all the human rights contained in the UDHR can be satisfied. From whom can I demand a job in order to satisfy my right to work. Who can give me a decent home in a State that does not even have the means to repay the public debt contracted with its citizens? A right that does not imply an obligation on the part of others is not really a right. If no one else is obliged to satisfy it, it is not an injustice that I have neither a house nor a job. It will be an evil, a social constraint, a source of political demands, but not a right.

Justifies conflicting rights

If, as advocated by the liberal thought behind the doctrine of natural rights, rights are manifestations of the capacity for self-determination of each individual, the priority of one right over another will be determined by the preferences of each individual. There is no objective criterion that transcends subjective preferences, there is no criterion that serves as a measure to determine the prevalence of one right over another. We see how today some rights “conflict” with others: right to life and right to abortion; right to freedom of expression and right to religious freedom; right to one’s own culture and right to asylum; right to mobility and right to health (see the health crisis caused by COVID)

The philosophy of human rights lacks a reference to an objective reality, to a political framework of coexistence, which would allow us to determine the existence and the concrete content of rights. And it is not a question of “limiting” some pre-existing rights at the expense of others, but of defining them. Context defines rights. For example, in a society of survivors of a plane crash trapped in the Andes, the rights of each individual depend on the real possibilities and the survival plan of the group. The right to food is not “limited” when the little food available is rationed: the right is simply “defined” according to the situation (possibilities, needs, common projects...).

The language of “values” is a manifestation and at the same time a cause that feeds the existence of contradictory human rights. Values are projections of subjective preferences whose justification is the simple fact of being objects desired by the bearer of the value, who is none other than the bearer of an interest. Values are mere interests, personal or collective.³

3 Iain Benson has carried out a study on the relationship between the philosophy of human rights and the liberal philosophy that sustains them, in which he highlights the fragility of the discourse of values. Among the many priceless arguments and quotations he brings up, there is a particularly suggestive text by David Cayley: “Nobody has ever been able to tell me what a value is. If somebody asks me what an apple is, I can tell them what

They are unlimited both in the extent of the list of rights (see below, num. 8) and in the content of each of them.

Natural rights theory, for the same reason that it justifies contradictory rights, defends unlimited and absolute rights. If rights are based only on the subject's own capacity to dominate, there is no objective measure of rights beyond the freedom or interest of each individual. Every interest can be equally worthy of protection if it is based on the autonomy of each individual.

It will be said that one's freedom ends where the freedom of the other begins. But that is like saying nothing: who decides where my freedom ends and the other's begins: the other or I? Years ago, a friend told me that, when he was working on the London Underground, a colleague made him a remark about the strong smell of the cologne he used to wear, especially in such a poorly ventilated space as the Underground offices. My friend thought the correction was fair. But a few days later, the same colleague made him another correction about the tie he was wearing, saying that it had very intense colors and that he got nervous every time he saw it. Then my friend began to doubt the efficacy of the principle that "one's freedom ends where another's begins. This perception of the violation of one's freedom can also be distorted by default, because the person being attacked is consenting to the aggression. Consider a masochist who claims to enjoy being physically and sexually abused. In this case too, there would be no violation of any right. One could even sell oneself into slavery if one freely

an apple is. No one can tell me what a value is. It seems to me an obscuring language for morality once the idea of purpose has been destroyed (...) The language of value is above all the language of Nietzsche. It is what is left once you have eliminated the idea that there are purposes that intrinsically belong to being, like breathing. The ancients called thinking a good because it belongs to human beings to think, that is their nature. The language of value is just a substitute because that had disappeared. [I]n the ancient world these ideas of willing and choosing and freedom were seen in terms of the purposes that were given to man in the world. The central thing was to know those purposes and then one had the freedom. Once you have gotten rid of the universe of meaning, then everything becomes our making, our willing, our choosing; freedom becomes a radical freedom, as it is in existentialism, either/or in the face of the meaninglessness of the world...but existentialism cuts these choices off from any meaning in the universe as a whole. This is why all the existentialists are so full of the language of choice and will. The idea of values disguises existentialism within an apparent platitude. It prevents people from thinking about matters they should be thinking about". David Cayley, George Grant in *Conversation* (Toronto: Anansi, 1995), 120-1 (I quote from Iain Benson's work, p. 388). And Benson adds: "The subjective ambiguity of 'values' means that it is the sort of term that should be confined to matters of personal taste or selection without the implication that it has any relevance for another person, much less society in general, in the way that 'virtues' do have relevance. Values defy clear categorization, which is why their most frequent uses - 'absolute values', 'universal values' and so on - are essentially meaningless. (Benson, 2023, p. 388 and 390).

wishes to do so.

As Cruz Prados observes, Hobbes was clearly aware of this *ius in omnia* to which the new natural right gave rise, and instead of presenting it as a limit to political power, Hobbes logically proposed a limitation by the political power to this power of the citizens.⁴

All these rights are waivable

We have just seen it. If rights are only manifestations of lordship or dominion over oneself, then in the exercise of that capacity one can “renounce” all one’s rights. Although there is no waiver of any right, but a different way of exercising it. For example, the right to life is understood as the right to decide whether one wants to live or not to live. Any intervention by others to “protect my rights” against my will is considered a violation of my freedom, an intolerable manifestation of paternalism that violates the dignity whose meaning is precisely this ability to decide about oneself in any sense.

The case of the right to life is very illustrative. The right to life is considered full when it includes the power to freely end one’s own life. The right to life is the right to choose whether I want to live or not. And the State must also facilitate the exercise of this right, helping me to satisfy it. It is no longer a right to protect life against others, especially against political power. Another question is that the State then decides under what conditions one may or may not renounce one’s own life, which is in a certain way contradictory to the postulate of freedom on which this “right” is based. This seems to be the opinion of Manuel Atienza, for example, for whom having the right to life means having the right to choose whether to live or die. (Atienza, 1993, p. 103, 133-134).

The 1948 declaration on human rights is arbitrary

The UDHR’s list of human rights is a projection of the historical preferences of most of the countries that participated in its formulation. The UDHR was the result of political negotiations, not of academic deliberation. There is no rationale to justify this list, because the supposed philosophy behind it is the liberal individualist one that justifies them as basic human capabilities-needs.⁵

4 “This is precisely what Hobbes wanted to show, with the intention of concluding that what could be rationally sustained was not the limitation of power through natural rights, but the limitation or suspension of these rights, in order to give rise to a power capable of establishing order and security among individuals endowed with such rights”. (Cruz Prados, 2021, p. 263).

5 In the recent historical study on the genesis of the 1948 Declaration of Human Rights, James Chapel convincingly shows that the content of the declaration was not the work of intellectuals or philosophers, but primarily an agreement among politicians. “The

The UDHR was the result of a consensus in which there were many compromises of principles, and above all there was a renunciation of their philosophical foundations. The normative text emerged as any other legal text that is drafted in a Parliament, where opposing parties negotiate, demand and compromise, resulting in an agreement that is often the result of conflicting interests. The UDHR was thus born as a text of positive law. Any attempt to base the declaration beyond the will of the parties is a naive illusion that does not correspond to its historical process of gestation.

The subsequent extension of the catalog of these rights: third, fourth, fifth generation and LGTBXYZ rights... shows us to what extent the lack of foundation of these rights does not allow us to *justify* either the inclusion or the exclusion of a “new right”. Right to the environment, to the protection of personal data, right to adopt a child, right to privacy, to one’s own image, to marry another person or several persons of the same or different sex (or whatever), right to peace, right to a minimum income for all, right to decent housing, to quality health care, right to a change of sex registration, right to abortion, right to euthanasia, right to have (or not to have) religion taught in public (or private) schools, right to.... Interests are multiplying which claim for themselves the character of “human rights” and which aspire to be guaranteed by the establishment of corresponding obligations for others, backed up by the threat of sanctions: obligation to recycle waste, obligation not to wear any religious insignia or in any way manifest one’s beliefs in public (see the paradox of the Paris Olympics in August 2024)... This inflation of human rights, which seems never to end, leads to the devaluation of all of them. If the UDHR began its journey based only on the fragile balance of the strategic agreement on the list of rights published in 1948, renouncing to claim a foundation, the new rights seem likely to end up breaking the sack containing all of them. Once again Hobbes was right to consider natural rights as the right of all to everything.

For a new foundation of human rights

The right as that which belongs to each one in common

The main difficulty of the doctrine of human rights is the very individualistic conception of law that it presupposes, according to which law is personal freedom that pre-exists social life. On the other hand, if law is understood as the part that corresponds to each person in the common good, the difficulties that we have enumerated in the previous chapter are dissipated.

UDHR, in my view, had a plurality of sources, of which the natural law tradition may have been a very minor one; it is best understood as an outgrowth of diplomacy and legal history, shepherded into being as it was more by lawyers and politicians than by intellectuals.” (Chapel, 2023, p. 95).

For classical legal realism, man is a being who only becomes fully human to the extent that he participates in common life. This is precisely the understanding of man as a *social animal*. This does not mean that man is subordinated to the common, but that he is *constituted* or becomes fully human by participating in the common. In the same way that a musician who joins an orchestra does not thereby subordinate himself to the orchestra, but in it and through it he becomes a musician. The modern mentality identified the particular with the individual, when *part-icular* evokes the *part* that corresponds to one in the common. With so much personalism and so much talk about the “infinite dignity” of the individual, the understanding of man as part of a whole has been lost. And the good of something that is a part consists in being properly disposed towards the whole of which it is a part.

For classical realism, the right is the reality that corresponds to each person when he participates in a common project. Rights are that which corresponds to each one, and which the community protects, because this distribution is a good for all. No one can invoke for himself a right against the common good, because then it would not be a right. The very notion of “general justice” as a form of all justice, which Aristotle explained in the *Nicomachean Ethics*, and St. Thomas developed in the *Summa Theologica*, consists precisely in the right disposition towards the common good. It is not surprising that it is so difficult for the modern mentality to understand the notion of general justice, precisely because it does not understand that man is primarily a citizen, and not simply an individual.

Alfredo Cruz expresses it very clearly when he writes: “Justice, proper and fully said, consists in giving to each one his own, in reason of the common good, by reason of its demands: not in reason of the particular good of each one”. (Cruz Prados, 2006, p. 349).

“The classical vision of the juridical -writes Alfredo Cruz- was a realistic and social vision, in which the starting point of the treatment of law was the reality of a common world, of an objectified and articulated collective order, and the reality of the human being as a social being, as a member of that world, and a member not accidentally or by calculated utility, but by nature. To deal with law is to deal with what, in that world, corresponds to each of its members, what is attributable or fits to each of them: a benefit or a burden. (...)

“[For modern individualism, on the other hand] the legal question is not what corresponds in the common order to the particular subject (to the subject who is a part), what is assigned or adjusted to him, but how - with what external, instrumental and legal order - the faculties that the individual originally possesses and the exercise he can make of them for his own good are recognized and respected more broadly, are made effective with the least possible limitation.” (Cruz Prados, 2021, p. 247)

Human rights as aspects of the political common good that merit protection

Human rights can be reinterpreted from classical realist philosophy as those dimensions of social life to which a given political community grants special protection at the expense of other goods. For example, declaring as a priority the access of all citizens to health services or school education, even at the expense of other community goods such as the multiplication of parks and gardens. Human rights could then be reinterpreted as the priority and relatively stable collective interests of a given political community, and therefore not subject to possible limitation by successive governments of that same community.⁶ Human rights would then be conceived not as the prerogatives of the individual, protecting himself against the abuses of the political community, but as the protection of the political community against itself, which decides to give special priority to certain common goods.

But for them to be true rights, they must be truly possible goods, not mere human goods or political projects. This reality of human rights by reference to real concrete collective projects allows us then to calibrate the preference of some rights over others, and thus to resolve eventual conflicts of rights. But no longer by reference to particular individual interests, but by reference to shared social projects.

The UDHR is therefore not a true declaration of rights, because in many cases they neither exist nor are possible, but at most, a *programmatic* declaration that presupposes a certain conception of the common good, and therefore, a certain model of society.

Human rights can then be understood as priority political objectives, which in turn serve as *premises* for the determination of law, but not as rights. Human rights would be part of the premises for deliberation about what is just. This consideration is thus a far cry from Dworkin's approach of considering human rights as "trumps" or "trump cards" that are imposed on all deliberation.

The list of human rights can only be made about a specific community

It is a delusion to proclaim human rights for all men, as if they were really demands possible in all places and times.

This philosophy, called "classical natural law", writes Villey, "was not

6 "Basically, to consecrate certain rights as fundamental rights, placing them outside the scope of political activity, that is, of decisions about the political common good, does not consist in anything other than giving special value to certain aspects or elements of the content of that good, making this part of the common good a fundamental part and not subject - at least ordinarily - to the demands or convenience of other aspects of that same good, whose value and determination we consider to be more circumstantial. This difference in the valuation and treatment of one part of the political common good and another necessarily implies a collective decision, and constitutes a feature of the definition of the political order as an order of the common good". (Cruz Prados, 2006, p. 358)

ashamed to recognize that rights are necessarily diverse, for what should be attributed to each one, in a social group, depends on the circumstances, on the mass of goods to be distributed, on the state of civilization, on the degree of culture. Law varies with customs, and it can progress with them. The Right is always unequal, since in each group Justice, as Aristotle understands it, distributes according to the different merits and needs of each one”.

Consequently, as soon as a true international political community was constituted, it would be able to define the rights of the respective peoples. Just as in Burke’s time there were some civil rights, proper to the English, and others to the French, distinct from the rights of other peoples, so it would be possible today to determine the rights proper to Europeans, which the Bengalis or Congolese could not enjoy. These would not be, then, Rights of Man”. (Villey, 1976, p. 247).

The determination of the rights to which we want to grant special protection can only be made on a certain model of community. This is the teaching offered by Edmund Burke in his critique of the French Revolution. For Burke, the revolutionary pretension of the French was a collective suicide, an act of barbarism that renounces all its roots in the name of a reason detached from history and tradition. That is why he considers it to be the most serious revolution in history. Commenting on Burke’s critique of the French Revolution, Elio Gallego writes:

“As opposed to the wisdom that springs from experience and tradition, the revolutionaries, Burke will point out, have improvised a Constitution from their abstract ideas, thereby incurring in a kind of “metaphysical barbarism”. Geometry, arithmetic and metaphysics are the elements that have been used to design the new Constitution in France. That is to say, of purely speculative and theoretical sciences which, transferred to a plane that does not correspond to them, become absurd”. (Gallego, 2011, p. 527 et seq.)

Founding law on the commons does not imply “instrumentalizing” the individual in the service of the collective

One of the great fears of liberal individualism is a return to the totalitarianisms of the 20th century, which sacrificed millions of individuals for the sake of the common good. Any attempt to justify the rights and duties of individuals in a collective project is labeled “utilitarian”. Rights, it is said, should be based on the very personality of each individual, independently of the society in which each one wishes to participate. But, in the face of this, we will say two things. First, if the right is not based on the common, it ends up being based on a “reciprocal utilitarianism”, on an “exchange of liberties”, where I give up a part of my autonomy in exchange for you giving up another part. Our renunciations will be limited by the agreement we reach. It is pure consensus that is the basis of the limit of our rights. And

second, the fact of submitting my individual interest to the common interest does not imply utilitarianism in the pejorative sense, since what is wrong with utilitarianism is not the ordering of means to ends (this is the structure of all practical reasoning), from the individual good to the common good, but the lack of consideration that the individual good is part of the common good. In the example we gave before, the musician of an orchestra does not feel “instrumentalized” (never better said) by the conductor at the moment of executing the symphony. The good of the musician is the symphony. The question of what is “my good” presupposes the question of what is “our good”.

Denying the absolute nature of human rights

There are no absolute human rights independent of the common good. Not even the right to life. Those who argue that human rights always exist but their exercise can be suspended or limited by a common interest, as for example Maritain says about the right to life of the person condemned to death, do not seem to notice the artifice of their argument: what is the use of telling the condemned person that he has the right to life but that its exercise is suspended (temporarily?). (Maritain, 1956, p. 122). What right is that which they recognize but do not allow you to enjoy? This is... a having without having.

It is clear that the right to life has no meaning or reality beyond its exercise. The death penalty - and any form of endangering the life of another - can only be lawful if the right to life is not absolute. And the same is true of every other right. The complete and permanent absence of the exercise of a right is the absence of the right itself. (Cruz Prados, 2021, p. 320).

Human needs, “human goods” and human rights

Not all human needs, because they are basic needs for the development of the personality, are rights, but only those that are really possible in a given political community. Thus, one could understand the “human rights” of the UDHR as a declaration of goods, basic human needs, etc., but not strictly speaking rights. It could be considered that the UDHR marks a political horizon of perfection, projected from a constitutional, democratic and liberal State structure.

Practical conclusions

The individualism of natural rights weakens the sense of responsibility towards the common good. Understanding rights as individual freedoms independent of common projects leads at best to a “society of tolerance”, where individuals coexist, whose relational principle is *respect*, but not *coo-*

peration. In the end there is no true society, because there is no community of shared goals, which is precisely what underlies the right understood as the part that corresponds to each one in this common project. Tolerance of difference is celebrated as a social conquest, which is not a bad thing, but often at the cost of reducing more and more the space of commonality. And when things get complicated for a person in a nation, instead of taking responsibility for collaborating to solve the problems, the solution is to emigrate. The tragedy of emigration lies not so much in the shipwrecks of the small boats or in the refugee camps, but in the depopulation of the nations that the emigrants leave behind. And it is the most capable people (young people) who leave for other countries. Each one is unconcerned about the collective fate of his nation, because he is concerned only with his own interest, with safeguarding “his rights”. Therefore, I believe that it is very dangerous to always and, in any case, encourage the reception of immigrants, not so much because of the costs borne by the host country, but because of the damage caused to the country from which the migrants come.

On the other hand, the less the members of a society have in common, the more necessary state control is to keep them together.

“To the extent that the rights of each individual appear to be independent of the collective patrimony, the importance, interest, and capacity of each individual to embrace the common, to make it his own, to participate in and assume responsibility for common ways of living and acting, diminishes; and consequently, the increase of inequality and alienation between individuals requires the expansion of state control.” (Cruz Prados, 2021, p. 327).

Our critique of the human rights discourse is not a defense of positivism, but a critique of the individualistic and unsupportive assumptions behind its formulation.

The Human Rights contained in the Declaration of 1948 are born with individualistic presuppositions. The Catholic Church has exalted them because in the Declaration of 1948 the contents were all assumable by Christian morality. The Compendium of the Social Doctrine of the Church states: “The Magisterium of the Church has not failed to evaluate positively the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the United Nations on December 10, 1948, which John Paul II has defined ‘a milestone on the road to the moral progress of humanity’ (Speech of John Paul II on October 2, 1979 at the UN Headquarters)”. (Compendio Doctrina Social, n° 152). But the recent proliferation of immoral “human rights”, also sponsored by the UN, with the same enthusiasm with which it supported the 1948 list of rights, places the Catholic Church in a very delicate situation: on what grounds can she reject the new rights when their foundation remains the

same as that which justified the first ones? This is a job to be done.⁷

References

ARENDT, H. **Los orígenes del totalitarismo**. Madrid: Taurus, 2001

ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993.

BENSON, I. T., “**Natural Law and Human Rights amid the Legal Ruins of Liberal Scepticism, Values Language, and Global Resets**”, in Tom Angier, Iain T. Benson & Mark D. Retter (Eds.), *Natural Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

BURKE, E. **Reflections on the Revolution in France [1790]: A Critical Edition**. (Edited by J. C. D. Clark). Redwood City (CA): Stanford University Press, 2002.

CAYLEY, D. **George Grant in Conversation**. Toronto: Anansi, 1995.

CHAPEL, J. “**The Mythical Connection between Natural Law and the Universal Declaration of Human Rights**”, in Tom Angier, Iain T. Benson & Mark D. Retter (Eds.), *Natural Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

CRUZ PRADOS, A. **Ethos y Polis**. Pamplona: Eunsa, 2006.

CRUZ PRADOS, A. **Sobre la realidad del derecho**. Pamplona: Eunsa, 2021.

7 In a certain way Roland Minnerath addresses this question, and although I believe he poses the problem correctly, he does not offer a solution. His argument is that the Roman Church's support for the UDHR was partly motivated, on the one hand, by the great danger of Marxist collectivism, and on the other, by the rise of personalism among Catholic authors. “This emphasis on ‘individual rights’ is explained by the rejection of collectivist ideologies that conceive of law as coming solely from the State. It was necessary to counter those who affirm that there is no other man than the collective man, and that human nature resides in this abstraction. It was necessary to restore to the individual his quality of person and, therefore, the individual realization of human nature. The individual, and not the collectivity, is the original bearer of human rights. Behind these formulations lies the personalist philosophy. The problem of collectivism is thus solved, but not that of the very notion of subjective right. It cannot be stressed enough that it was John XXIII's encyclical *Pacem in terris* that brought the language of the Catholic Church closer to that of contemporary subjective human rights. Since then, the social discourse of the Magisterium regularly affirms that human rights derive from the human person. But this formulation surprised many supporters of traditional natural law.” (Minnerath, 2023, p. 226). James Chapel, in this same collective book, argues with very precise data that the natural law tradition and Catholic doctrine in general had little influence on the genesis of human rights. Likewise, Pierre Manett, in his recent book *Natural Law and Human Rights*, originally published in French in 2018, leaves clear evidence of the radical individualism that informs the original doctrine of human rights. For his part, the enthusiastic plea of Francisco Javier Ruiz Bursón (*Los derechos humanos en el Magisterio de la Iglesia*, Fundación San Pablo Andalucía CEU, Sevilla 2019), in defense of the link between Christian doctrine and that of human rights, is not compatible with the arguments of the most recent historical studies to which we have referred throughout this work.

DWORKIN, R. (a) **“Rights as Trumps”**, in WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*. New York: Oxford University Press, 1984.

DWORKIN, R. (b) **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

GALLEGO, E. **“Razón y tradición, la revolución francesa en la perspectiva de Edmund Burke”**, in AAVV, *Historia del análisis político*. Madrid: Tecnos, 2011.

GALLEGO, Elio, **“Razón y tradición, la revolución francesa en la perspectiva de Edmund Burke”**, in AAVV, *Historia del análisis político*. Madrid: Tecnos, 2011.

MANENT, P. **La ley natural y los derechos humanos**. Madrid: Katz Barpal Editores, 2022.

MARITAIN J. **El hombre y el Estado**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1956.

MINNERATH, R. **“Natural Law and Human Rights in Catholicism”**, in Tom Angier, Iain T. Benson & Mark D. Retter (Eds.), *Natural Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

NINO, C.S. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Ariel, 1995.

PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”. **Compendio de la doctrina social de la Iglesia**. Roma: Librería Editrice Vaticana, 2004.

RUIZ BURSÓN, F.J. **Los derechos humanos en el Magisterio de la Iglesia**. Sevilla: Fundación San Pablo Andalucía CEU, 2019.

STANLIS, P.J. **Edmund Burke and the Natural Law**. Ann Arbor (MI): The University of Michigan Press, 1965.

VILLEY, M. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

VON HEYKING, J. **“Civic Friendship, Natural Law, and Natural Rights”** in Tom Angier, Iain T. Benson & Mark D. Retter (Eds.), *Natural Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA DOS JULGAMENTOS DE NUREMBERG E O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Anna Carolina Santos da Costa

Mestranda em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho

Resumo:

O objetivo do presente artigo consiste em apresentar a importância dos Direitos Humanos na contemporaneidade, através de uma análise jurídico-filosófica do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e suas contribuições para o Direito Internacional Penal. A filosofia política de Hannah Arendt, concentrada em suas obras “Origens do Totalitarismo” e “Eichmann em Jerusalém”, permite a compreensão da ruptura das experiências totalitárias do século XX com a tradição ocidental oriunda do jusnaturalismo moderno, cuja base de reconhecimento da pessoa humana enquanto fonte legitimadora dos ordenamentos jurídicos enfatiza a necessidade de salvaguarda constante dos Direitos Humanos. Posteriormente, desvela-se a importância da criação do Tribunal Penal Militar de Nuremberg após a Segunda Guerra Mundial e da consequente qualificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra a humanidade, evidenciando os desdobramentos para a criação do Tribunal Penal Internacional, enquanto jurisdição criminal permanente.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional Penal; Nuremberg; Filosofia política.

Introdução

A dignidade da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, é expressa juridicamente por meio dos direitos fundamentais. Tais direitos, que são inerentes ao ser humano, foram desenvolvidos a partir de conceitos como estado de natureza, contrato social e direitos naturais, os quais foram utilizados de maneira diversa na formulação de uma Teoria do Direito e do Estado baseada numa visão individualista da sociedade e da história, marcando assim o surgimento do mundo moderno. Os conceitos que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII atingiram o auge de suas

influências durante o Iluminismo.

Entretanto, o século XX presenciou experiências cruciais que colocaram à prova os limites entre o aceitável e o inaceitável. Isso porque diverge daquilo que se considera razoável.

A experiência mais dramática foi o totalitarismo, sobre o qual a filósofa política alemã Hannah Arendt; analisou como uma nova forma de governo embasada na ideologia, na burocracia e no terror, sendo caracterizada ou, em parte, marcada pela ubiquidade do medo se apresentou de modo consistente. Vale pontuar que o terror, a ideologia e a burocracia viabilizaram parte da dominação da sociedade (ARENDT, 1989, p. 390).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a vitória dos países aliados (Inglaterra, França, Estados Unidos e União Soviética) tornou-se vital julgar os crimes cometidos pelos alemães, como o Holocausto. Em Londres, 1945, os representantes dos países vencedores se reuniram no intuito de acordar as regras do julgamento, que, após serem deliberadas, foram organizadas na Carta de Londres, e passariam a ser presentes num tribunal de exceção.

O Tribunal Militar Internacional (TMI), sediado no Palácio da Justiça de Nuremberg, tinha competência e jurisdição, conforme ilustrado no artigo 6º do seu estatuto, em relação aos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A concepção de crimes contra a humanidade, previsto no artigo 6º, “c”, do Estatuto deste Tribunal, representou uma tentativa de normatizar, como ilícito penal, a originalidade da dominação totalitária.

A classificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra a humanidade vincula-se estruturalmente à ruptura totalitária; e à singularidade do regime totalitário como modalidade de governo. Seus aspectos intrínsecos - o assassinato, o extermínio, à redução à escravidão, a deportação [...] - transcendiam os crimes contra a paz e os crimes de guerra.

Os princípios de Nuremberg foram sistematizados pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, através de solicitação da Assembleia Geral, a partir de resolução de 1947. A gênese da qualificação deste crime, em âmbito internacional, pode ser encontrada no estatuto de 8 de agosto de 1945.

A concepção de um Direito Internacional Penal, cujas bases Nuremberg ensejou, preconizam aspectos fundamentais da vida na sociedade internacional, no âmbito da ordem pública. Toda ação ou omissão divergente ao Direito Internacional Público, prejudicial à ordem pública coletiva, necessitaria de tipificação em norma internacional geral como ilícito penal.

O comportamento ilícito - contra os fundamentos da sociedade internacional -, deve assumir além da reparação civil interestatal do dano, a responsabilidade penal dos governantes, em conjunto com os que executam suas determinações. Assim, este estudo tem como cerne a importância dos

Direitos Humanos na atualidade, através de uma análise jurídico-filosófica das contribuições dos Julgamentos de Nuremberg enquanto precedentes para o Direito Internacional Penal, que, sob a incumbência de tutelar interesses e valores universais, é fundamental para a defesa de grupos étnicos, raciais e/ou religiosos bem como da coletividade.

Asserção histórico-filosófica dos direitos humanos: o valor da pessoa humana na tradição ocidental

Inicialmente, a Bíblia fornece a história das origens da humanidade e no primeiro livro do Velho Testamento, em Gênesis (1:26) afirma que “Deus criou o homem à sua imagem”, trazendo-o para o centro da criação divina. Posteriormente, na Antiguidade Clássica, a tradição grega, especificamente no helenismo, com pensamentos trazidos pelo universalismo de Alexandre, O Grande, e o estoicismo, no que diz respeito à noção de individualidade do ser humano como identidade fundamental para todos, consolidou uma concepção humanista onde a humanidade encontrava-se no centro do universo.

[...] na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que, na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. “O mundo é uma única cidade - cosmopolis - da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da LEX AETERNA E DA LEX NATURALIS, igualmente inspiradora dos direitos humanos (LAFER, 1991, p. 119).

Dessa forma, o cristianismo aprofunda o ensinamento grego, buscando aclimatar no mundo, através da evangelização, a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual. Nesse sentido, é inegável que as bases cristãs são elementos formadores da perspectiva que tornou plausível a inserção do tema dos Direitos Humanos.

Entre os séculos XVII e XVIII, sobretudo no contexto histórico do Iluminismo, centrado na Antropologia do Humanismo, o que se verificou foi um deslocamento da religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. Na busca pela valorização da razão, da ciência e da liberdade individual, o Direito Natural laicizado se difundiu, consagrando a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito¹. Na explicação contratualista da sociedade,

1 Nesse sentido, menciona-se a peça *Antígona*, do dramaturgo grego Sófocles, que aborda a lei natural, o jusnaturalismo, como fonte primordial do Direito Positivo.

ajusta-se à passagem de um Direito baseado no status para o Direito alicerçado no indivíduo, numa sociedade em que surge o mercado e a competição econômica.

O que une os filósofos do contratualismo, Hobbes, Locke e Rousseau é a reflexão sobre um estado de natureza que precede uma comunidade estatal formada. Rousseau vê, assim como os dois precursores ingleses, um “contrato social” para a associação dos seres humanos no Estado (NUßBERGER, 2022, p. 47).

Posteriormente, após a Revolução Francesa, em 1789, a proclamação dos Direitos do Homem e do Cidadão definiu os direitos “naturais e imprescritíveis”, como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Assim, aos marginalizados da sociedade foram reconhecidos os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse contexto, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão surge como medida adequada à base do sistema republicano após o fim do absolutismo, uma vez que a fonte da lei passa a ser o homem e não mais Deus e/ou os costumes e dá orientação clara para a elaboração de textos futuros no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direito representavam um anseio por proteção. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador em contextos localizados e variáveis (LAFER, 1988, p. 170).

No panorama mundial do século XX, os experimentos totalitários tiveram graus distintos de extensão e as catástrofes não foram impedidas. Após a Revolução Russa de Outubro, a marcha sobre Roma de Mussolini e a tomada do poder por Hitler, período conhecido como III Reich, o indivíduo desapareceu no coletivo. “*Tu não és nada, teu povo é tudo*” era o slogan da época: no Leste, “povo” foi substituído por “classe”, e assim foi forjado o ser humano soviético.

As garantias dos direitos humanos foram abolidas, a discriminação, a detenção arbitrária e a perseguição por causa de orientação política não estavam mais proibidas e, sim, ordenadas. Segundo Ernst Rudolf Huber, especialista em Direito Público e principal jurista do III Reich, os direitos de liberdade do indivíduo “não eram compatíveis com o princípio do Direito vinculado ao povo”. Não poderia haver “uma liberdade pessoal, pré e extra estatal do indivíduo que o Estado devesse respeitar” (NUßBERGER, 2022,

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça - a raça pura ariana. Para Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial (PIOVESAN, 2014, p. 34).

O período da Segunda Guerra Mundial escancarou a decadência da humanidade, levando todos a refletirem sobre o seu destino. Tal percepção da gravidade desse fato desencadeou a urgente reconstrução e internacionalização dos Direitos Humanos, ressaltando a primazia da dignidade humana, paradigma ético e princípio supremo do constitucionalismo contemporâneo nos âmbitos locais, regionais e globais; fortalecendo a ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve se restringir ao domínio reservado da soberania nacional, em razão de constituir tema de interesse internacional.

Num mundo único a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para um indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, evitando-se dessa maneira o surgimento de um novo “estado totalitário de natureza”, não pode ser examinada apenas no âmbito interno de uma comunidade política (LAFER, 1991, p. 154).

Nesse cenário, a Carta das Nações Unidas se consistiu no acordo que possibilitou a formação da entidade, em 1945, como organização intergovernamental para a discussão dos direitos humanos no âmbito internacional. A constituição do Tribunal de Nuremberg, no mesmo ano, simbolizou um impulso significativo no processo de justicialização para as atrocidades cometidas no III Reich na Alemanha nazista; importante marco para a inclusão do indivíduo no cenário internacional, responsabilizando-o diretamente por seus crimes. Um dos principais resultados dos julgamentos foi a cristalização da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, ratificada e adotada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Por fim, na abordagem da concepção contemporânea de Direitos Humanos, faz-se necessário evidenciar o valor da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na delimitação da universalidade, indivisibilidade e independência dos direitos fundamentais para além da soberania dos Estados, através de um sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, composto de tratados internacionais de proteção que revelam o consenso acerca de temas centrais aos direitos humanos, estabelecendo parâmetros protetivos mínimos comuns e salvaguardando a pessoa humana enquanto valor-fonte da norma jurídica, na base do Estado Democrático de Direito.

A Declaração Universal é um marco histórico. Eleanor Roosevelt² introduziu a votação final com as seguintes palavras: “Encontramo-nos hoje no limiar de um evento grandioso tanto na vida das Nações Unidas quanto da humanidade. Essa Declaração pode muito bem se tornar a Magna Carta de todos os seres humanos em toda parte” (NUßBERGER, 2022, p. 37).

A ruptura totalitária do século XX com os Direitos Humanos à luz da filosofia política de Hannah Arendt

Hannah Arendt, em “*As Origens do Totalitarismo*”, não esclarece as origens, mas, sim, elementos que o cristalizaram e consolidaram entre o final do século XVIII até o século XIX, entre os quais: a decadência do Estado-nação, o racismo (antissemitismo), o imperialismo e a ideologia.

Para a autora, o antissemitismo auxiliou indiretamente a existência do Totalitarismo, afirmando que no período pós-revolução francesa, “cada classe da sociedade, que, em um momento ou outro, entrava em conflito com o Estado, tornava-se antissemitista porque os judeus eram o único grupo social que parecia representar o Estado” (ARENDT, 2012, p. 68) o que de certa forma atraiu as irritações da sociedade civil.

Por outro lado, o imperialismo, fruto da expansão da burguesia que passa a assumir o controle dos Estados na Europa, com o expansionismo e a burocracia influenciaram fortemente a mentalidade dos movimentos totalitários do pós-guerra.

A ideologia, por meio da propaganda, atrai as massas atomizadas de indivíduos que tinham como atributos comuns o isolamento, a falta de interesse com o bem coletivo e a apatia política. O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário.

Para alcançar o domínio, o governo totalitário utiliza a ideologia para controlar o comportamento humano, fornecendo à sociedade uma “visão de mundo” única. O totalitarismo, para guiar a população a agir conforme

2 Eleanor Roosevelt foi presidente e membro mais influente da Comissão dos Direitos Humanos nas Nações Unidas, impulsionando ativamente a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

seus interesses, necessita da ideologia, que, segundo a filósofa, constitui uma “doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, porém mantida pelos interesses claros ou ocultos daqueles que a utilizam; que pode explicar toda e qualquer ocorrência a partir de uma única premissa.” (ARENDT, 1989, p. 520)

Num regime totalitário, que almeja o controle, os campos de concentração são a verdadeira instituição, constitutiva do centro do poder organizacional do regime. Na análise da autora, tais espaços têm papéis centrais: (1) o laboratório que demonstra a convicção totalitária de que tudo é possível; (2) o *locus* que permite não apenas o extermínio físico das pessoas, mas também a eliminação da espontaneidade como dimensão e expressão da conduta humana; (3) a instituição essencial para a preservação do poder do regime pelo medo indefinido que os campos de concentração inspiram na sociedade.

Com efeito, indaga Hannah Arendt, qual é o significado do conceito de homicídio diante da produção em massa de cadáveres anônimos? Um assassino destrói uma vida, mas não a memória de uma vida e a dor dos que amaram a vítima. Os campos de concentração buscam fazer desaparecer a memória das vítimas. O extermínio nos campos de concentração é uma gestão administrativa impessoal que cria uma atmosfera de morte permanente, na qual tanto a vida quanto a morte vêm efetivamente obstruídas (LA-FER, 1988, p. 146).

A primeira etapa em direção ao domínio, de acordo com a autora, começa com a morte da personalidade jurídica do homem enquanto ser capaz de direitos e obrigações, potencialmente colocando toda a população do país fora da lei. Arendt aponta o início desse processo a partir do primeiro pós-guerra; referindo-se à desnacionalização maciça que redundaram na perda do *status civitatis* de muitas pessoas. Assim, essas pessoas se encontravam fora da lei, pela ausência de posição jurídica no âmbito da coletividade, perdendo a sua existência jurídica.

O trâmite do processo de destruição da personalidade jurídica dos indivíduos adquire consistência a partir dos campos de concentração, que divergem essencialmente dos fundamentos do Direito Penal contemporâneo, concebido por Cesare Beccaria na obra *Dos Delitos e das Penas*, pelo qual somente leis positivadas podem sancionar delitos e penas, ora como instrumento de prevenção de delitos, ora como tentativa de transformação moral do condenado. Os internados nos campos de concentração, dentre outras razões, pelo não pertencimento a um determinado grupo étnico ou nação, estiveram expostos à extrema arbitrariedade dos membros do regime nazista: as câmaras de gás materializaram tal fato, a partir da destinação à morte em massa de grupos anônimos de pessoas.

O surgimento desses povos, apátridas e refugiados - os expulsos da

trindade Povo-Estado-Território, e a experiência do totalitarismo, revelam a conclusão da autora, de que a cidadania é “o direito a ter direitos”. É o acesso ao espaço público que viabiliza a construção de um mundo comum, através do processo de afirmação dos Direitos Humanos (LAFER, 1988, p. 31). A expressão “*displaced persons*” (pessoas deslocadas) foi inventada durante a guerra com a finalidade de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar a sua existência (ARENDT, 2012, p. 383).

As duas etapas seguintes à privação de direitos e à morte da personalidade jurídica são respectivamente as da destruição da personalidade moral do homem e da eliminação da singularidade da pessoa humana, através do anonimato imposto pelo silêncio que cerca os campos de concentração (LAFER, 1988, p. 151). O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura - o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento da tradição ocidental - passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o “estado totalitário de natureza” (LAFER, 1988, p. 162).

O caos político do século XX não se concentra somente na supressão da liberdade atrelada à política, mas também na possibilidade de sistemas políticos, inicialmente com bases liberais, correrem o perigo de contaminação por práticas totalitárias e ditatoriais. No mundo contemporâneo, caracterizado pelo desemprego crônico, pela automação, pela superpopulação e pelo risco constante da guerra nuclear, Hannah Arendt torna-se memorável ao afirmar que “os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens supérfluos” (ARENDT, 2012, p. 469).

Assim, mesmo com o desaparecimento histórico do Nazismo, é importante manter-se consciente de que a restrição da liberdade, a repressão da pluralidade humana e a corrupção do poder através da violência constituem fatores de risco para os direitos humanos. De fato, se a guerra e a miséria são indiscutivelmente dois dos problemas do nosso tempo e revelam um contraste entre um excesso de poder - que cria, através da multiplicação dos meios da violência, as condições para o terrorismo de indivíduos e pequenos grupos - e um excesso de impotência - que vem condenando grandes massas à miséria e à fome - parece que a reflexão de Arendt sobre totalitarismo e os riscos de descartabilidade da humanidade se precisamente à atualidade.

O genocídio enquanto crime contra a humanidade: as contribuições do Tribunal de Nuremberg para o Direito Internacional Penal

Após o fim da II Guerra Mundial, com a vitória dos países aliados, tornou-se imprescindível julgar os crimes cometidos por líderes nazistas da

Alemanha, entre os quais o extermínio de judeus. Em 1945, em Londres, os representantes dos países vencedores reuniram-se com o propósito de acordar as regras do julgamento, que, após deliberação, foram organizadas na Carta de Londres e utilizadas num tribunal de exceção.

O Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, significou um poderoso impulso no processo de justicialização dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra e após intensos debates sobre as formas de responsabilização dos alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do período, os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um TMI para julgar os criminosos de guerra. (PIOVESAN, 2014, p. 66).

Conforme o Memorial do Julgamento de Nuremberg (2019), os seguintes atos, ou qualquer um deles, eram crimes sob a jurisdição do Tribunal aos quais seria atribuída responsabilidade individual. Estes são resumidos em quatro: 1) Conspiração, 2) Crimes contra a paz, 3) Crimes de guerra, e 4) Crimes contra a humanidade.

A autoridade máxima dos nazistas, Adolf Hitler, havia supostamente cometido suicídio nos últimos dias da guerra, assim como vários de seus auxiliares. Muitos criminosos nem sequer foram julgados. Alguns fugiram da Alemanha para o exterior, incluindo centenas que foram aos Estados Unidos (THE HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA, 2019).

O TMI, sediado no Palácio da Justiça de Nuremberg, tinha competência e jurisdição, conforme indicado no artigo 6º do Estatuto. Crimes contra a paz e crimes de guerra já eram tidos como comportamentos ilícitos na perspectiva do Direito Internacional antes da II Guerra Mundial; existiam tratados que contestavam a legitimidade do recurso à guerra, enquanto mecanismo de solução de controvérsias internacionais, como instrumento de política nacional, como é o caso do Pacto de Paris ou Briand-Kellog, de 1928 (LAFER, 1988, p. 232).

Nos julgamentos de Nuremberg, foram decretadas 24 sentenças de morte, 20 sentenças de prisão perpétua e 98 penas de privação de liberdade, variando de 18 meses a 25 anos. Foram absolvidos 35 dos acusados. Oito pessoas foram excluídas das penalidades, por outras razões. Das 24 penas de morte, 12 foram executadas. As demais foram revertidas em prisão perpétua. Cento e oitenta e três réus em doze julgamentos subsequentes, resultando em doze sentenças de morte, oito de prisão perpétua e setenta e sete encarcerados. Os demais réus foram absolvidos (NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS SERVICE, 2019).

A concepção de crimes contra a humanidade, previsto no artigo 6º, “c”, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, representou uma tentativa de normatizar, como ilícito penal, a originalidade da dominação totalitária. Suas características inerentes - o assassinato, o extermínio, à redução à escravidão, a deportação [...] - transcendiam os crimes contra a paz e os crimes de

guerra. Os princípios de Nuremberg foram sistematizados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, através de solicitação da Assembleia Geral, a partir de resolução datada de 1946. A consolidação de tais bases, organizadas em sete artigos, data de 1950.

Nesse contexto jurídico, o Caso Eichmann, relativo a um alto funcionário nazista, conhecido pela sua atuação na organização do genocídio dos judeus na Europa durante a II Guerra Mundial - cujo julgamento Hannah Arendt abordou em sua obra “Eichmann em Jerusalém - um relato sobre a banalidade do mal”, publicada em 1963, e com uma edição revista em 1965 - é apresentado pela autora como um dos aspectos suscitados pelo Tribunal de Nuremberg, a saber: “fazer justiça além do escopo do Direito Positivo” - por atos cometidos no contexto do “estado totalitário de natureza” (LAFER, 1988, p. 240).

O processo abriu precedentes para a normatização do genocídio enquanto crime burocrático inédito, cometido por pessoas “assustadoramente” comuns, como Eichmann, levando em consideração que ele e seus superiores tenham sido instrumentos da organização

burocrática do extermínio, quando reiteraram que tão somente cumprir seus deveres, nos moldes das leis de um Estado totalitário. Esta é a “banalidade do mal”³, expressão profundamente examinada pela autora na obra em questão.

O Tribunal de Nuremberg se tornou um precedente para conter futuras violações aos princípios que feriam a existência da humanidade. Isso resultaria em um novo sistema jurídico internacional. Para tanto, os princípios de Nuremberg formaram a base para as discussões de Direitos Humanos, de forma que o mundo passou a ser exposto à problemática da proteção de valores jurídicos das gentes, ainda que tais valores violados não diziam respeito apenas a um Estado, mas a uma sociedade inteira (HUHLE, 2011, p. 43-76).

A Assembleia Geral das Nações Unidas, pelas Resoluções 3 e 95, respectivamente de 3 de fevereiro e 11 de dezembro de 1946, ratificou “os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e pelo julgamento deste tribunal”. A partir daí, a punibilidade do crime contra a humanidade passou a ser oficialmente reconhecida como exigência do direito internacional (COMPARATO, 2017, p. 254).

O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o julgamento de Eichmann foram primordiais para a construção da Justiça Criminal Internacional tendo em vista que se destacaram como precedentes no julgamento de indivíduos. Nesse sentido, passou-se a pairar uma maior preocupação

3 A expressão “banalidade do mal” foi elaborada por Hannah Arendt na obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, fazendo menção à mediocridade do não pensar, demonstrando como atrocidades terríveis podem ser cometidas por pessoas comuns. A banalização da violência vincula-se ao vazio de pensamento, onde a banalidade do mal torna-se possível.

com os direitos humanos, para que não houvesse uma nova onda de exploração e massacre em massa de pessoas. Lamentavelmente, crimes do tipo voltaram a acontecer e, para isso, foram criados Tribunais Internacionais *ad hoc*, até ser aprovado o Estatuto de Roma, que originaria um Tribunal Internacional Permanente (TRINDADE, 2002, p. 222).

Tão importante quanto à contribuição dos princípios de Nuremberg para os Direitos Humanos, foi a importância do seu Estatuto para a formulação das bases do Direito Internacional Penal, pois aquele (...) previa a punição para delitos até então inconcebíveis e, portanto, não tipificados no sistema jurídico anterior à Segunda Guerra Mundial. O texto produzido para o julgamento dos homens de Estado do Eixo, julgamento este que iria de encontro a preceitos basilares do Direito, trazia, não obstante, um novo código ao sistema jurídico internacional pós-1945.

O Estatuto do TMI poderia ser sempre evocado quando em conflitos futuros, atrocidades semelhantes àquelas ali tipificadas viessem a ser cometidas. As influências destas novas normas seriam percebidas pelas cinco décadas seguintes, culminando na legislação penal internacional do século XXI: O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, instituído pela comunidade das nações em 1998 (GONÇALVEZ, 2001, p. 76).

Até o início da década de 1990, o Conselho de Segurança da ONU havia aprovado outros dois Tribunais de exceção - o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, promovendo o julgamento das violações aos direitos humanos ocorridos durante as guerras civis destes Estados.

A concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional. Estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional. Consequentemente, toda ação ou omissão contrária ao Direito Internacional Público, nociva à ordem pública internacional, precisaria ser tipificada em norma internacional geral como ilícito penal, pois o comportamento ilícito, concebido como gravíssimo atentado contra os próprios fundamentos da sociedade internacional, deveria acarretar não apenas a reparação civil interestatal do dano - vale dizer, a concepção clássica de responsabilidade do Direito das Gentes - mas a responsabilidade penal dos governantes e daqueles que executam e cumprem suas determinações (LAFER, 1988, p. 234).

A possibilidade e a intencionalidade de extermínio de determinados grupos étnicos, nacionais, religiosos ou raciais - o comportamento ilícito tipificado no art.2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão ao crime de Genocídio (1948) - não obstante serem judeus ou outros - a pretensão de abolir do mundo comum um grupo, antes de constituir um crime que

viola os direitos das minorias, consiste em um crime contra a humanidade e a ordem internacional. A diversidade, incluindo a da nacionalidade, é parte integrante da condição humana e como tal, deve ser respeitada e tutelada.

Com o advento de tal Convenção, previa-se a criação de uma Corte Penal Internacional. Após 50 anos, em 1998, na Conferência de Roma, depois de obter 60 ratificações, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, na cidade de Haia, Holanda; estabelecendo uma Corte de natureza permanente, independente do sistema das Nações Unidas e com jurisdição complementar às Cortes nacionais, com as finalidades precípua de processar e julgar responsáveis por crimes que ponham em risco a paz, a segurança e a sobrevivência da humanidade.

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma em 6 de junho de 2002 (Decreto Legislativo 112), e o promulgou através do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. A Emenda Constitucional 45, de 2004, enunciou em seu parágrafo 4º que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Surgiu o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária (PIOVESAN, 2014, p. 66).

À luz do artigo 5º do Estatuto de Roma, compete ao Tribunal o julgamento dos crimes: a) crime de genocídio (tal como definido no artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948); b) crimes contra a humanidade (acrescendo-se ataques generalizados e sistemáticos contra a população civil, sob a forma de assassinato, extermínio, escravidão, deportação, encarceramento, tortura, violência sexual, estupro, prostituição, gravidez e esterilização forçadas, desaparecimento forçado, *apartheid*, entre outros crimes que atentem gravemente contra a integridade física ou mental); c) crimes de guerra (violações ao Direito Internacional Humanitário, especialmente às Convenções de Genebra de 1949); e d) crimes de agressão (ainda pendentes de definição, nos termos do artigo 5º, 2, do Estatuto).

Notoriamente, a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi um marco na história do Direito Internacional Penal, sobretudo na fundação dos princípios e fundamentos para o julgamento e punição de indivíduos por crimes contra a humanidade, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes de agressão na ordem internacional. A Corte *ad hoc* foi a

pioneira no julgamento de líderes políticos e militares, pela responsabilidade individual nas atrocidades cometidas na Alemanha nazista no período do III Reich. Além disso, consolidou jurisprudências e acordos para a criação de tribunais internacionais - incluindo o Tribunal Penal Internacional, contribuindo para o desenvolvimento e fortalecimento do sistema de justiça internacional.

Considerações finais

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, verificou-se a crescente preocupação com os Direitos Humanos, em observância às experiências dos regimes totalitários, destacando os crimes cometidos pelo regime do III Reich, marcados por extrema violência, discriminação e fanatismo. Nesse contexto, salvaguardar os direitos humanos e combater o genocídio fez-se urgente as nações em especial aquelas em que os impactos foram tão sentidos.

Sob essa ótica, o TMI foi fundamental para o Direito Internacional Penal ao incluir o indivíduo na responsabilização internacional por atos ilícitos contra os Direitos Humanos - punindo diretamente líderes nazistas -, demarcando, a partir de seu Estatuto, um marco histórico principiológico para a criação do Direito Internacional Penal, enquanto ramificação do Direito Internacional Público, constituído por tratados normatizados, com o objetivo principal de contenção de delitos que afetam as relações internacionais ou ferem os direitos humanos no âmbito de um ou diversos Estados. Nessa perspectiva, o Tribunal *ad hoc* consistiu na gênese de uma nova ordem no Direito Internacional.

Referências

ARENDT, H. **As origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 29. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

COMPARATO, F.K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONVENÇÃO para a prevenção e a repressão do crime de genocídio. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv48.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

HUHLE, R. **Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg**. Revista Estudios Socio-Juridicos, ed. 13, vol. 2, 2011.

LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MEMORIUM NÜRNBERG PROZESS. **Die Angeklagten**. Disponível em: <https://museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die->

nuernberger- prozesse/ der-internationale- militaergerichtshof-1945-1946/ die-an-geklagten/ >. Acesso em: 10 jun. 2023.

NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS SERVICE. **Records of the United States Nuernberg War Crimes Trials United States of American V. Ulrich Greifelt et al. (CASE VIII) October 10. 1947- March 10, 1948.** Disponível em: <https://www.archives.gov/files/research/captured-germanrecords/microfilm/m894.pdf>>. Acesso em: 28 julho. 2023.

NUßBERGER, A. **Os Direitos Humanos: história, filosofia, conflitos.** Tradução de Luís Marcos Sander. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2022.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS. A. de C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

TRINDADE, A. A. C. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos.** Brasília: Funag, 2013.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER (R2P) EM CRISES HUMANITÁRIAS CONTEMPORÂNEAS: ANÁLISE DO CONFLITO ISRAEL VERSUS PALESTINA

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru - CEUB-ITE (Bauru, SÃO PAULO/BRASIL) Pesquisadora do Grupo Historicidade do Estado, Direitos e Direitos Humanos - UFBA. Advogada. Pedagoga. Historiadora

Laura Lopes Costa Andreatta

Graduanda no curso de Direito pela Faculdade do Sul da Bahia - FASB (Teixeira de Freitas, BAHIA/BRASIL), monitora do Grupo de Pesquisa Interdisciplinar em Direito, Estado e Cultura (GEPIDEC) - FASB

Resumo:

A Responsabilidade de Proteger (R2P) surge a partir do fomento dos debates entre os limites da soberania nacional e a necessidade de proteção humanitária com um caráter intervencionista. A presente pesquisa busca investigar: há efetividade na aplicação do princípio da responsabilidade de proteger (R2P), conforme recomendação da Cúpula da ONU, em crises humanitárias contemporâneas, a exemplo do que se tem vivenciado na Palestina? O estudo tem por objetivo investigar a aplicabilidade do princípio da responsabilidade de proteger em crises humanitárias contemporâneas, a exemplo do conflito Israel versus Palestina. Tem-se por objetivos específicos: conhecer a evolução conceitual e normativa do R2P; verificar os critérios e procedimentos utilizados na tomada de decisão para a intervenção com base no R2P em crises humanitárias contemporâneas, analisando a conjuntura política, jurídica e ética; compreender a (in)aplicabilidade do R2P no contexto do conflito Israel versus Palestina. A metodologia da pesquisa compreende a revisão de literatura, por meio de análise bibliográfica em doutrinas, teses, dissertações e artigos científicos disponibilizados em sítios eletrônicos. Como resultados, espera-se compreender a R2P ao longo da história, sua evolução e a sua atuação contemporaneamente, sobretudo, em relação ao conflito Israel

x Palestina.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas; Direito Internacional Público; Direitos Humanos; Princípio da responsabilidade de proteger; Crises humanitárias.

“Há um vilarejo ali/Onde areja um vento bom/
Na varanda, quem descansa/ Vê o horizonte dei-
tar no chão/ Pra acalmar o coração/ Lá o mundo
tem razão/ Terra de herois, lares de mãe/Paraiso
se mudou para lá/Por cima das casas, cal/Frutos
em qualquer quintal/Peitos fartos, filhos fortes/
Sonho semeando o mundo real/Toda gente cabe
lá/Palestina, Shangri-lá/Vem andar e voa(...)” (Vi-
larejo - Marisa Monte)

Introdução

Etimologicamente, a palavra responsabilidade, do latim *responsus*, particípio passado do verbo *respondere*, significa “responder, prometer em troca”. Num conceito moderno, conforme a definição trazida pelo dicionário Michaelis, responsabilidade quer dizer “obrigação moral, jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções.”

Nesse sentido, a partir da análise semântica das palavras, é possível subentender o conceito a ser discutido no presente estudo. À primeira vista, a definição conceitual deste princípio tão falado dentro da comunidade internacional nos últimos tempos, pode parecer lógica, todavia, sua definição e natureza, se fundam na mitigação da dicotomia existente entre a soberania estatal e a intervenção humanitária. Dessa forma, se faz necessário compreender o conceito de forma profunda e aplicá-lo de modo prático e equilibrado.

A história da humanidade é marcada por entrelaces de cooperação e conflitos entre os povos e culturas, de modo que as questões de segurança pública internacional estão intrinsecamente relacionadas ao desenvolvimento das sociedades humanas. Consequentemente, a partir da era moderna, com a formação dos Estados-Nação, se passou a fomentar o debate acerca dos limites entre a soberania absoluta e aqueles que defendiam a necessidade de proteção humanitária com um caráter intervencionista.

A partir do fomento de tais debates é que surge a ideia por trás do princípio da Responsabilidade de Proteger (R2P), influenciado, sobretudo, pelos conflitos que eclodiram na década de 90. Após o Holocausto, poucos eventos chamaram tanta atenção para que os olhares da humanidade se voltassem para aquelas localidades, em especial as crises na Somália, Ruanda,

Bósnia e no Kosovo.

Desse modo, o presente estudo, dividido por quatro sessões, além da introdução e conclusão, tem por objetivo conhecer a evolução conceitual e normativa do Princípio da Responsabilidade de Proteger (R2P), verificar os critérios e procedimentos utilizados na tomada de decisão para a intervenção com base no R2P em crises humanitárias contemporâneas, analisando a conjuntura política, jurídica e ética, identificar os principais desafios legais e operacionais enfrentados pelos Estados, Organizações Internacionais e outros atores da sociedade internacional envolvidos na implementação do R2P e, por fim, compreender a (in)aplicabilidade da norma dentro do contexto do conflito Israel versus Palestina.

Evolução conceitual e análise crítica da R2P no tempo

Um dos conceitos mais citados pela comunidade internacional durante o século XXI é a noção do princípio da “Responsabilidade de Proteger (R2P)”, muitas vezes, tendo sua gênese associada ao Relatório da Comissão de Intervenção e Soberania (ICISS), de 2001. Todavia, adversativamente ao senso comum, o surgimento do princípio é anterior, tendo várias fontes normativas pretéritas. Dentre tais fontes, a que se considera mais antiga, versa sobre a ideia de soberania condicional, já conceituada por juristas do final do século XIX.

A soberania condicional, segundo Rolin-Jaequemyns em 1876, é uma teoria que vem, de certa forma, “flexibilizar” a ideia de soberania nacional, haja vista que, para ele, o princípio de não intervenção protege apenas os Estados “realmente dignos desse nome”, e que a “soberania deve ser respeitada apenas quando é respeitável, mas ela não o é quando viola deveres internacionais”, agregou Fauchille em 1922. Nesse caso, a intervenção seria cabível por haver o que se chamava de “abuso da soberania”.

Elaborada por Jean Bodin, em 1517, a concepção clássica de soberania dá origem a um sério problema para o direito internacional, haja vista que se trata de um poder absoluto e incontestável, sendo então, incompatível com a multiplicidade de Estados soberanos. Durante o período de sua formulação, tal conceito tinha por objetivo conferir embasamento teórico ao exercício do poder pelo rei da França, em detrimento do poder Papal. Bodin dividia a soberania em dois pontos: interna e externa. A interna, conferia uma centralização do poder na figura do rei, bem como a legitimação para uma unificação nacional do Estado. A externa, em contrapartida, tinha por objetivo garantir o respeito de toda a comunidade internacional à autoridade do rei.

Para Rodolfo Lopes, Procurador da República Federativa do Brasil, em contrapartida ao conceito de Bodin, a soberania pode ser melhor definida como “o conjunto de competências exercidas no interesse geral da população nacional, mas também de acordo com os interesses da comunidade

internacional como um todo”(LOPES, 2018, 25). Sendo assim, é nesse sentido que reside a chamada flexibilização da soberania nacional, na reformulação de seu conceito, com o fim de melhor se adaptar às necessidades dos Estados modernos.

Em retomada ao contexto cronológico, ainda no século XIX, a história das intervenções “humanitárias”, marcaram a decadência do Império Otomano, potências europeias intervieram na Grécia em 1827, na Síria em 1860, na Bósnia-Herzegovina, Macedônia em 1912, dentre outras ações europeias. Na contemporaneidade, se sabe que estas intervenções estavam estreitamente vinculadas ao processo de expansão colonial europeu, e nem um pouco ligadas a intervenções humanitárias.

Após a Segunda Guerra Mundial, as intervenções humanitárias passaram a ser abolidas, em razão da eliminação do critério de expansão da civilização e a arrancada no processo de descolonização e formação do sul global. No texto da Carta da ONU de 1945, o cabimento de uso da força se limitou à legítima defesa e com expressa autorização do Conselho de Segurança, conforme o capítulo VII.

Por conseguinte, com o fim da Guerra Fria, outras fontes passaram a surgir, visto que:

Com o bloco soviético desmoronou a maior força anti-intervencionista. A partir de então é possível para grandes potências intervir sem arriscar deflagrar uma guerra mundial, assim as lutas nacionais de liberação e outras veleidades secessionistas podem se expressar, como exemplo iugoslavo. (VILMER, 2013)

Já durante a década de 1990, o mundo presenciou silenciosamente as atrocidades como as de Ruanda e nos Bálcãs, destacando as falhas da comunidade internacional em prevenir genocídios e crimes em massa. Essas tragédias impulsionaram o debate sobre a necessidade de uma nova abordagem para proteger as populações civis. Após as crises humanitárias citadas servirem como mola propulsora para o debate acerca da necessidade de reformulação da ideia de intervenção, nesse contexto é que finalmente, surge a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal (ICISS).

Em 2004, o secretário-geral da ONU publicou o Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança, no qual reconhece que as crises humanitárias ocorridas em várias partes do mundo, recentemente, como genocídios e violações massivas do direito internacional humanitário, geraram uma resposta contundente da comunidade internacional, resultando na adoção de novos conceitos. Um desses conceitos citados no relatório é o R2P, nesse contexto, o secretário-geral referencia fortemente o princípio abordado no presente estudo, de forma a torná-lo ainda mais evidente no contexto da comunidade internacional.

Por conseguinte, em 2006, o Conselho de Segurança da ONU, por

meio da Resolução 1674, reafirmou a R2P, comprometendo-se a proteger civis em conflitos armados e a responder de forma decisiva a crimes de guerra, genocídio e outras atrocidades em massa. Em 2009, o Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, publicou um relatório intitulado “Implementação da Responsabilidade de Proteger”, que delineou três pilares fundamentais: 1) a responsabilidade dos Estados de proteger suas populações; 2) a responsabilidade da comunidade internacional de ajudar os Estados a cumprirem essa responsabilidade e 3) a responsabilidade de a comunidade internacional intervir, se necessário, quando um Estado falha em proteger sua população.

Em 2011, a intervenção ocorrida na Líbia é, muitas vezes, considerada como a consagração da R2P, todavia, há estudiosos que chegaram a conclusões divergentes. As manifestações civis líbias, que ocorreram em consonância à Primavera Árabe, fazem parte de um grupo de reivindicações de alguns países do norte de África e do Oriente Médio, unidos pelo idioma comum e pelo objetivo de libertarem-se de governos autoritários. A Primavera Árabe, leva esse nome, pois faz referência ao desabrochar ou florescimento da liberdade e da justiça dos países envolvidos nas manifestações. Incrivelmente impulsionada por campanhas nas redes sociais, este movimento causou grande impacto na região envolvida.

Nesse sentido, tratando especificamente acerca do caso da Líbia, as manifestações civis geraram forte repressão por parte das autoridades governamentais, de modo que o país vivenciou uma guerra civil, travada contra as forças de Muammar Gaddafi, líder do regime ditatorial líbio, que vigorava há mais de 40 anos. Como consequência, muitos civis foram mortos, gerando grande comoção internacional. De modo que líderes internacionais posicionaram-se contra o governo e pressionaram Gaddafi buscando sua renúncia. O Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) aprovou a medida contra o ditador, proibindo viagens e congelando bens da família, por meio da Resolução 1973. A mesma, em seguida, foi encaminhada para o Tribunal Penal Internacional (TPI).

A intervenção ocorrida na Líbia, muitas vezes associada ao R2P, para alguns críticos, em nada se diferencia das interferências ocorridas anteriormente em outros países. A intervenção deflagrada a partir da Resolução 1973 gera esta discussão doutrinária por não citar em nenhum momento a responsabilidade de agentes externos intervirem no conflito, conforme ponderou Vilmer:

E por uma razão: a única responsabilidade referida nessa resolução é aquela, interna, “que incumbe às autoridades líbias de proteger a população líbia”, não aquela, externa e subsidiária, que incumbiria à “comunidade internacional” de intervir. A parte da R2P mobilizada na resolução 1973 é aquela que existe no Direito Internacional desde a Convenção contra o Genocídio de 1948. (VILMER, 2013)

Nesse contexto, estudiosos do campo do Direito Internacional apontam que a R2P não oferece nada de novo, pois nela não há expansão acerca do direito de intervir militarmente, sendo apenas um lembrete da legislação que já vigorava. Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, diplomata francês, afirma ainda que a R2P trata-se de um “engajamento para manter o *status quo*”, não sendo uma obrigação jurídica, não reflete o progresso, apenas uma admissão de fracasso. O diplomata argumenta e indaga ainda que os Estados são incapazes de proteger suas próprias populações, por que deveria se acreditar que são capazes de proteger a população dos outros? Afirma ainda que:

A existência de R2P é precisamente a prova de que os Estados não honram os seus engajamentos, porque, se o fizessem, nunca precisaríamos deste “novo” conceito, pois o quadro normativo existente, aquele do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria suficiente. A esmagadora maioria dos Estados já se engajou, há décadas, em convenções e tratados, declarações e promessas, para proteger seu povo e não massacrá-lo. Essas promessas devotas não impediram nada.(VILMER, 2013)

Por conseguinte, após a intervenção na Líbia, a aplicação da R2P enfrentou críticas, que foi vista por alguns como tendo sido estendida para a mudança de regime. Houveram também debates sobre a seletividade da aplicação do princípio e a necessidade de reformá-lo para evitar abusos. Atualmente, a R2P continua sendo um tema relevante nas discussões internacionais, com um foco crescente em mecanismos de prevenção e construção de capacidades estatais para evitar que situações de crise evoluam para genocídios ou crimes em massa. No entanto, sua aplicação prática continua sendo um desafio, com a comunidade internacional frequentemente dividida sobre quando e como intervir.

É a partir deste contexto histórico e análise crítica que a presente pesquisa verificará os critérios utilizados para a tomada de decisão para as intervenções. Intervenções estas que se fossem deveres, seu não cumprimento resultaria em punição, o que não condiz com a realidade. Nesse viés, por meio deste estudo, se traçará uma jornada para que se compreenda as relações de interesses existentes na retaguarda da (in)aplicabilidade deste princípio, sobretudo, no contexto Israel versus Palestina.

Critérios utilizados na tomada de decisão para a intervenção baseada no R2P

Conforme fora superficialmente citado anteriormente, a prática de intervenções humanitárias entra em conflito quando se depara com um importante princípio das Relações Internacionais, o de Não-intervenção, previsto no art. 2º, § 7º da Carta das Nações Unidas, *in verbis*:

§ 7º Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Isto posto, tal dispositivo repudia veementemente a intervenção dos Estados nos assuntos que são de interesse interno do país. Nesse viés, leciona Alberto do Amaral Junior (2003, p. 142):

A regra da não-intervenção formou-se pelo concurso de elementos que pertencem a tradições diferentes. Primeiro, a ênfase Westfaliana em proibir a intervenção pretende reduzir os conflitos entre os principais Estados europeus.(...)Segundo, a tradição liberal repudia a intervenção em favor da autodeterminação e da autonomia dos povos. Terceiro, a tendência anti imperialista e anticolonialista, que se irradiou por todos os continentes após a II Guerra Mundial, contesta a subordinação dos pequenos Estados aos interesses políticos das Grandes Potências. A racionalidade da norma de não intervenção é assim produto da experiência de diversos momentos da política internacional nos últimos séculos. O dado unificador dessa racionalidade, porém, é o desejo de conter a ação dos Estados poderosos que não reconhecem nenhuma autoridade superior.

Nesse contexto, a R2P se formalizou em 2005, com fim de equilibrar os dois pesos presentes na balança entre a manutenção da soberania estatal e a intervenção de caráter humanitário. Todavia, é imperioso destacar que apesar de formalizada, a R2P, é envolta por uma série de questões que dificultam a sua efetivação prática. O órgão competente para decidir acerca da possibilidade de intervir em socorro às populações em crises humanitárias é o Conselho de Segurança da ONU (CSNU). Essas decisões, no entanto, são fundamentadas a partir dos interesses das potências que possuem assento permanente no Conselho (EUA, Rússia, China, França e Reino Unido), tendo também o poder de veto. Tal perspectiva coloca os países em uma posição de desigualdade, de modo a enfraquecer a democracia/legitimidade das Nações Unidas.

É importante ressaltar ainda que embora se fale muito acerca das intervenções humanitárias, este não é um tema simples, visto que seu conceito não é um consenso entre os autores das Relações Internacionais e do Direito, sendo, de algum modo, uma ideia abstrata. A partir desse ponto, é imperioso acrescentar que apesar de relativamente abstrata em seu conceito, a intervenção humanitária só será legítima quando autorizada pelo Conselho de Segurança. Entretanto, doutrinadores ponderam que tal órgão deve ser reformado, haja vista que a sua estrutura e procedimentos refletem a ordem

mundial de 1945. Nesse imbróglio, Carneiro indaga:

(...) o que fazer, diante do genocídio e dos crimes contra a humanidade? Nesse dilema se combinam: um sistema baseado sobre os princípios de não intervenção nos assuntos internos, soberania nacional e integridade territorial, e o uso da força limitado a situações específicas, e o fato de que o sistema pode neutralizar-se e paralisar-se, com instituto do veto no Conselho de Segurança. (CARNEIRO)

O Relatório da Comissão de Intervenção e Soberania (ICISS), sugere a elaboração de princípios que visavam restringir o poder do veto entre os cinco Estados-membros permanentes, entretanto, tais princípios não solucionariam as questões relacionadas às diferentes posições que estes Estados assumem. Nesse sentido, Spieler aponta que:

(...) o estabelecimento de princípios não garantiria que o CS responderia às crises humanitárias de uma forma efetiva e unificada. Isto porque o consenso nos princípios não lida com a causa originária do problema: o desacordo entre os cinco Estados-membros permanentes com poder de veto. Nesse sentido, a existência de um documento acordado na época de Kosovo, por exemplo, não seria capaz de resolver o desacordo entre os cinco membros. Ademais, afirma Wheeler, a mesma resposta se pode dar ao relatório da ICISS: sua proposta de restringir o uso do poder de veto também não lida com a causa basilar da divisão de posições no caso Kosovo. (SPIELER, 2007)

Dado o panorama geral acerca das problemáticas associadas ao Conselho de Segurança e seus critérios subjetivos, cabe destacar os critérios objetivos que se fundam nos documentos e resoluções que formam a base jurídica e normativa da R2P, são eles: Justa causa; Autoridade legítima; Intenção Correta (Right Intention); Último Recurso; Proporcionalidade e Perspectiva Razoável de Sucesso. Ou seja, do ponto de vista jurídico, o principal critério para a intervenção com base no R2P é a obtenção de autorização do Conselho de Segurança da ONU, de acordo com a Carta da ONU. Esse requisito garante que qualquer ação militar seja validada pela comunidade internacional.

Todavia, conforme já se discorreu anteriormente, a concessão dessa autorização muitas vezes é frustrada pelo uso do veto pelos membros permanentes do CSNU, especialmente quando há divergências políticas ou interesses estratégicos em jogo. Ademais, a intervenção só deve ocorrer como *ultima ratio*, após todas as tentativas de resolução pacífica (como sanções econômicas e diplomáticas) terem sido esgotadas. Quando a intervenção é aprovada, deve obedecer ao critério de proporcionalidade, garantindo que o uso da força seja estritamente necessário para prevenir ou mitigar a ameaça, sem

causar danos maiores do que os que se deseja evitar.

A conjuntura política é também um fator decisivo na aplicação do R2P. A disposição da comunidade internacional de intervir depende muitas vezes de considerações geopolíticas e de alianças estratégicas. Por exemplo, na Líbia (2011), o Conselho de Segurança autorizou a intervenção com base na Resolução 1973, para proteger civis contra as forças do regime de Muammar Gaddafi. Esta intervenção foi considerada uma aplicação direta do R2P, mas levantou sérias questões éticas e políticas quando a situação no país se deteriorou, levando a uma prolongada instabilidade política e ao colapso do estado. Muitos críticos argumentam que a intervenção teve como verdadeiro objetivo a mudança de regime, o que deturpou o princípio da R2P e gerou desconfiança sobre o seu uso como pretexto para intervenções unilaterais.

Por outro lado, a crise na Síria, que começou no mesmo ano, exemplifica os limites do R2P quando interesses políticos se chocam. Embora tenha havido clara evidência de crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos tanto pelo governo de Bashar al-Assad quanto por outras facções no conflito, a intervenção foi bloqueada repetidamente por Rússia e China no Conselho de Segurança, usando seus poderes de veto para impedir uma ação mais robusta. Neste caso, a R2P foi impotente para proteger civis em grande escala devido a cálculos geopolíticos e interesses estratégicos regionais.

Em termos éticos, a aplicação do R2P envolve uma série de dilemas. A principal preocupação é garantir que a intervenção tenha como objetivo único a proteção de civis e não sirva a agendas ocultas, como interesses econômicos ou políticos. A desconfiança gerada pela intervenção na Líbia, por exemplo, levantou dúvidas sobre a intenção correta de futuras intervenções. Outro dilema ético está relacionado à soberania estatal. Embora a R2P busque proteger populações vulneráveis, ela também desafia o princípio tradicional de não interferência nos assuntos internos de um Estado, o que pode ser visto como um risco para a autonomia dos países, especialmente em regiões mais frágeis politicamente.

Assim, a aplicação contemporânea do R2P é profundamente influenciada por fatores políticos, jurídicos e éticos. Apesar de seus objetivos nobres, a intervenção com base nesse princípio continua a ser limitada pelas dinâmicas de poder globais, pelos interesses dos Estados envolvidos e pelas dificuldades práticas de equilibrar a proteção de civis com a preservação da paz e da soberania internacional.

A (in)aplicabilidade do R2P no contexto conflito Israel versus Palestina

Por conseguinte, dado o contexto histórico, evolução conceitual e critérios utilizados na tomada de decisão para intervenção humanitária baseada na R2P, analisar-se-á o conflito que acontece hodiernamente no Oriente Mé-

dio, Israel versus Palestina e a (in)aplicabilidade do R2P no caso em questão. O conflito é um dos mais longos e complexos da história contemporânea, envolvendo disputas territoriais, religiosas e políticas que remontam ao início do século XX.

A criação do Estado de Israel em 1948, a subsequente ocupação de territórios palestinos e as várias guerras e intifadas geraram um ciclo contínuo de violência. Civis de ambos os lados sofrem com ataques, represálias e as duras condições de vida, especialmente na Faixa de Gaza e na Cisjordânia. Em meio a essa realidade, a efetivação da Responsabilidade de Proteger, enfrenta muitos dos vários obstáculos citados no presente estudo.

A inaplicabilidade do R2P no conflito Israel-Palestina é evidente por vários motivos. Sumariamente, no plano jurídico, a R2P foi concebida para situações onde o Estado falha em proteger sua população ou é o perpetrador direto de crimes atrozes. Israel, no entanto, argumenta que suas ações militares são justificadas pela autodefesa contra ataques de grupos militantes, como o Hamas, que também comete graves violações de direitos humanos. Por outro lado, os palestinos em Gaza e na Cisjordânia, sob ocupação e com severas restrições de movimento, vivem em condições que poderiam justificar a intervenção da comunidade internacional sob o pretexto de R2P. No entanto, o impasse surge da dificuldade de aplicar o princípio de forma equitativa a um conflito com tantos interesses geopolíticos envolvidos.

Nesse sentido, Vilmer (2013) afirma que a R2P trata-se de um “dever imperfeito, pois é uma responsabilidade (*responsability*) sem imputabilidade (*accountability*)”, de modo a não envolver nenhum tipo de prestação de contas. Nesse viés, é imperioso destacar que a R2P não está imune à acusação de neocolonialismo, falar sobre ela é compreender que a “Responsabilidade de Proteger” está nas mãos de alguns países que se colocaram neste lugar, a partir de um ideal de resgate messiânico. De modo em que se percebe a situação de não intervenção no conflito ora abordado de forma paradoxal.

Eis o paradoxo: a R2P foi construída como uma alternativa ao conceito de “intervenção humanitária” em particular, acusando-o de ter herdado conotações colonialistas das intervenções humanitárias do século XIX e de permitir os abusos, isto é, a invocação de razões humanitárias, por razões, na realidade, de interesse nacional. Mas a R2P não é imune aos abusos em maior proporção: o fato de que por direito ela só pode ser exercida com a autorização do Conselho de Segurança não impediu a Rússia de invocá-la para justificar a invasão da Geórgia, em agosto de 2008 e a França sua vontade de usar a força para entregar ajuda humanitária à Birmânia, em maio do mesmo ano. Dois episódios que, por motivos diferentes - um de fato (a Geórgia não cometia atrocidades em massa ou genocídio na Ossétia do Sul), o outro de aplicabilidade (a R2P não se aplica aos desastres naturais, como um ciclone) - refletem um desvio do princípio. (VILMER, 2013)

Em conformidade a tal questão, insta acrescentar que Israel conta com o forte apoio de países como os Estados Unidos, que, como membro permanente do Conselho de Segurança da ONU, e que detém o poder de veto. Isso torna improvável a aprovação de resoluções que proponham medidas severas contra Israel, mesmo diante de crises humanitárias. Ao mesmo tempo, as tentativas de aplicar o R2P para proteger civis palestinos são frequentemente bloqueadas por questões estratégicas e políticas, especialmente no cenário volátil do Oriente Médio. O uso do poder de veto no Conselho de Segurança, combinado com alianças políticas fortes, impede qualquer ação robusta sob a égide da R2P, de modo a entrelaçar fortemente o princípio ao neocolonialismo que, em tese, veio enfrentar.

Do ponto de vista ético, a aplicação da R2P no conflito Israel-Palestina enfrenta dilemas delicados. Embora o princípio seja focado na proteção de civis, há dificuldades em equilibrar a proteção de civis palestinos que vivem sob ocupação e enfrentam ataques militares com a defesa dos civis israelenses, alvos de ataques de grupos como o Hamas. A dificuldade em estabelecer uma abordagem imparcial agrava ainda mais a inaplicabilidade da R2P, uma vez que qualquer intervenção poderia ser percebida como um apoio implícito a um dos lados, agravando ainda mais as tensões.

Outra questão relevante acerca deste conflito é o status jurídico da Palestina, que também complica a aplicação do R2P, haja vista que a Palestina não é amplamente reconhecida como um Estado soberano por todos os países. Nesse sentido, sua situação dentro da estrutura internacional de direitos torna-se ambígua. Isso levanta dúvidas sobre se o R2P deve ser aplicado para proteger a população palestina ou se a questão da soberania deve prevalecer. A própria divisão entre o controle da Autoridade Palestina na Cisjordânia e do Hamas em Gaza cria obstáculos práticos à implementação de qualquer medida internacional sob o princípio da R2P.

Por fim, acerca dos interesses geopolíticos tornam ainda mais difícil a intervenção no conflito. O Oriente Médio é uma região estratégica, e qualquer ação internacional corre o risco de ampliar as tensões regionais. Uma intervenção sob a R2P poderia desencadear reações adversas de potências regionais e globais que apoiam diferentes lados do conflito, agravando a situação e tornando a aplicação do R2P um risco político.

Em conclusão, embora o princípio da R2P tenha como objetivo proteger populações vulneráveis contra crimes graves, no contexto do conflito Israel-Palestina, sua aplicabilidade é severamente limitada. Fatores políticos, jurídicos e éticos, combinados com o peso dos interesses geopolíticos, tornam praticamente inviável a intervenção internacional sob a R2P. Dessa forma, o conflito continua a desafiar a comunidade internacional, que tem de lidar com a proteção de civis em meio a um cenário de impasse político e estratégico.

Considerações finais

Por fim, conclui-se a partir deste estudo acerca da aplicação do princípio da Responsabilidade de Proteger (R2P) no conflito Israel-Palestina, que é crucial analisar, de forma crítica, a postura de Israel e a omissão conivente da Organização das Nações Unidas (ONU) perante as ações que podem ser caracterizadas como genocidas contra a população palestina. O estado de Israel, com o apoio explícito de algumas potências, particularmente os Estados Unidos, têm conduzido uma política sistemática de ocupação e repressão, impondo condições de vida insustentáveis aos palestinos. A destruição de infraestruturas básicas, o bloqueio econômico, as restrições de movimento e os ataques diretos a civis palestinos na Faixa de Gaza e na Cisjordânia são práticas que não apenas violam direitos humanos fundamentais, mas se aproximam de atos que podem ser caracterizados como genocídio, conforme definidos pelo direito internacional.

O silêncio da ONU, manifestado principalmente através do bloqueio de resoluções que poderiam estabelecer sanções ou intervenções humanitárias no conflito, reforça a percepção de parcialidade e impotência dessa instituição. Essa omissão ocorre devido ao poder de veto das potências no Conselho de Segurança, que frequentemente são aliadas de Israel e possuem interesses geopolíticos no Oriente Médio. Essa estrutura de poder na ONU não apenas impede ações efetivas de proteção, mas também transmite uma mensagem de tolerância ou até de apoio tácito aos atos cometidos por Israel. Tal postura reforça um ciclo de violência e sofrimento que perpetua a opressão dos palestinos, dando a Israel uma posição de impunidade que enfraquece a própria legitimidade das Nações Unidas como mediadora da paz.

Esse alinhamento da ONU com potências aliadas de Israel coloca em xeque o princípio da R2P. Ao se omitir diante de crimes graves cometidos contra civis palestinos, a ONU distancia-se de seus próprios compromissos com a proteção dos direitos humanos e a segurança internacional, transformando-se em uma organização cuja atuação seletiva subverte os ideais que ela alega defender. A R2P, concebida para evitar genocídios e proteger populações vulneráveis, torna-se, no contexto israelense-palestino, uma ferramenta ineficaz e contraditória, refletindo uma arquitetura de poder internacional que favorece os interesses estratégicos de poucos, às custas do sofrimento de muitos.

Assim, a omissão da ONU e o papel desproporcional das potências no Conselho de Segurança não apenas facilitam a continuidade de práticas opressivas por parte de Israel, mas também minam a confiança internacional na capacidade da ONU de agir de maneira justa e imparcial. Esse cenário evidencia a necessidade urgente de reformar o sistema de veto do Conselho de Segurança para garantir que princípios como o R2P não sejam manipulados por interesses políticos, restabelecendo a ONU como uma verdadeira

defensora dos direitos humanos universais e da paz global.

Referências

G. ROLIN-JAEQUEMYNS, “Le droit international et la phase actuelle de la question d'Orient”, *Revue de droit international et législation comparée*, 8, 1876, p. 369

P. FAUCHILLE, *Tratado de direito internacional public*, 8 ed., Paris, Rousseau & Cie, 1922, p. 565.

VELMER, Jean-Baptiste Jeangéne, “Dez mitos sobre a Responsabilidade de Proteger”, Vol. 21, nº 4, 2013

MAHLKE, Helisane. Solidariedade ou Ingerência? Uma análise crítica das Intervenções Humanitárias face à Responsabilidade de proteger. *Direito Internacional em Expansão*. Org. Wagner Menezes. Belo Horizonte: Editora Arraes, v. 1, p. 505-515, 2012.

AMARAL Jr., Alberto do. *Direito de Assistência Humanitária*. São Paulo: Renovar, 2003

CARNEIRO, Wellington Pereira. A Responsabilidade de Proteger: teoria e prática. JUBILUT, Lílana; LOPES, Rachel de O.; GARCEZ, Gabriela S, p. 365-408.

ONU. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> - Acesso em 15 de setembro de 2024

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. A intervenção humanitária no direito internacional contemporâneo. 2008.

MESSIAS JUNGLAUS, Guilherme; LIMA SEDLMAIER, Karla; DE MATOS NASCIMENTO, Victor. Conflito Israel e Palestina: uma análise sobre as negociações de paz e as perspectivas de resolução do conflito. *Fronteira: Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, v. 17, n. 33, 2018.

HAMANN, Eduarda P.; MUGGAH, Robert. A implementação da Responsabilidade de Proteger: novos rumos para a paz e a segurança internacional.

SPIELER, Paula. A indeterminação do conceito de intervenção humanitária. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 31, 2007.

PUREZA, José Manuel. As ambiguidades da responsabilidade de proteger: o caso da Líbia. *Carta internacional*, v. 7, n. 1, p. 3-19, 2012.

DE SOUZA, Graziene Carneiro. Responsabilidade de Proteger. *Revista da EGN*, v. 17, n. 2, p. 153-166, 2011.

ROCHA, Rafael Assumpção et al. A aplicabilidade da responsabilidade de proteger na crise líbia de 2011. 2013.

ASPECTOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM CARL SCHMITT E AUTORITARISMO LÍQUIDO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Pedro Henrique Müller Fernandes Machado

Graduando em Direito pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul,
Pós-Graduando pela Legale Educacional em Direito Penal e Processo Penal

Resumo:

O presente artigo, intitulado “Aspectos do Estado de Exceção em Carl Schmitt e Autoritarismo Líquido na Democracia Brasileira”, lança luzes no conceito de Estado de Exceção, abordando-o sob a ótica da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado, com especial olhar para as experiências da Alemanha Nacional-Socialista e a Ditadura Militar brasileira. Em seguida, o estudo discute o Autoritarismo Líquido, como mecanismo contemporâneo de exceção, por meio de medidas judiciais, fragmentárias no interior da Democracia, com aparência perfuntória de legalidade. Também é analisada a teoria do Direito Penal do Inimigo como agente de exclusão social e segregação racial, esvaziando de sentido de humanidade e dignidade àqueles não reconhecidamente detentores de direitos advindos de conquistas do povo e de lutas sociais. Por fim o trabalho reflete sobre o fenômeno da Degeneração do Direito através do sistema de justiça que ataca direitos individuais, garantias fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Autoritarismo líquido; Direito Penal do Inimigo; Democracia.

Introdução

Partindo-se do referencial histórico tanto na promulgação da constituição de Weimar em 11 de agosto de 1919, declarando-a uma república democrática parlamentar, expresso em seu artigo 48, quanto do golpe militar de 1964 no Brasil, com o ato institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, sempre estiveram presentes os aspectos da transitoriedade do soberano e o afastamento de direitos fundamentais de forma temporária e pontual, o que não se demonstrou como realidade, se afastando durante anos e causando marcas indelévels à história.

Em relação ao autoritarismo líquido, podemos entendê-lo como modelo de autoritarismo que não ocorre pela via de um governo de exceção, como foi no caso do nazismo ou da ditadura militar brasileira, mas de governos, em regra, democraticamente eleitos, utilizando-se do autoritarismo como produção de medidas de exceção no interior da democracia, com a finalidade de permanecer o máximo possível no poder, por meio de medidas cirúrgicas que não implicam na suspensão dos direitos da comunidade, mas de determinados grupos sociais.

O estado de exceção passa a se manifestar por medidas de exceção no interior da democracia, que convivem com medidas democráticas. Com a característica de ter uma aparência de cumprimento da constituição, das leis e da democracia, mas no seu conteúdo material tirânico de perseguição ao inimigo. Para tanto, estado de exceção como método político de repressão aos chamados inimigos internos, com objetivo de excluí-los da sociedade e tratá-los como se desprovidos de direitos fossem, o que chamamos de Processo Penal de Exceção.

Para entendermos as dinâmicas do poder político em nossa realidade brasileira de hoje, é fulcral pensarmos a partir de Michel Foucault. O filósofo francês, no curso lecionado no Collège de France nos anos de 1975-1976, publicado no país sob o título *Em defesa da sociedade*, propôs a clássica proposição de Clausewitz - (“A guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”), - para a proposição “A política é a guerra continuada por outros meios”.

O presente trabalho consiste em três capítulos. O primeiro, aborda a teoria e o conceito do estado de exceção, com ênfase na obra de Carl Schmitt “Teologia Política” (politische theologie). A partir das experiências de estado de exceção no Brasil, perscrutando compreender suas justificações, formas de legitimação e, mormente, a herança autoritária presente ainda nos tempos atuais que impactam diretamente a democracia brasileira e suas instituições. Tratando-se das medidas de exceção no interior da democracia brasileira, a suspensão de direitos caracterizadora da exceção que ocorre com o uso de leis, atos ou condutas estatais no âmago dos regimes democráticos. Nessa toada, busca-se travar um verdadeiro mergulho na história, trazendo experiências e aprendizados no tocante há períodos excepcionais com enfoque no Brasil, mas, fazendo alusão ao primeiro estado de exceção do Nacional-Socialismo na Alemanha (1933-1945).

O segundo capítulo, apresenta-se a denominação de autoritarismo líquido, expressão cunhada por Pedro Estevam Serrano. A despeito deste conceito, depreendem-se aspectos de autoritarismo fragmentados e cirúrgicos, com destinatários específicos. Trata-se de uma forma aperfeiçoada de autoritarismo, com uma aparência de legalidade e respeito às instituições e ao Estado de direito. O autoritarismo líquido evidencia-se pela convivência entre estruturas autoritárias e democráticas sob o mesmo sistema.

E por derradeiro, o terceiro capítulo, abrange-se o fenômeno da Degeneração do Direito através do sistema de justiça, usando-se dos aparatos estatais como caminho para aplicar a exceção, sobretudo, utilizando-se do direito para erodir e enfraquecer os pilares democráticos erguidos ao longo da história, por meio de conquistas civilizatórias.

Teoria e conceito de Estado de Exceção a partir da obra de Carl Schmitt (Teologia Política)

O entendimento teórico sobre estado de exceção no que tange a sua categoria analítica é fundamental para a compreensão entre fenômenos que de antemão nos possam parecer como desconexos, num primeiro momento, mas que quando entendemos o conjunto, formam a chave de compreensão da sociedade contemporânea. Para atingirmos esse entendimento, abordaremos nesse primeiro capítulo a premissa de Agamben de que hoje vivemos em constante estado de exceção.

Como apontado por Agamben em sua obra: “Estado de Exceção”, entre os elementos que dificultam uma definição do estado de exceção, encontram-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecibilidade quanto ao estado de exceção, sendo a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

Estado de Exceção: teoria e conceito

A expressão “estado de exceção” originou-se no constitucionalismo alemão, mais precisamente, na Constituição de Weimar de 1919, declarando-a uma república democrática parlamentar. Expresso em seu artigo 48, a constituição alemã instituiu o que seria o estado de emergência. Esse estado de emergência poderia ter como causa uma catástrofe natural, que ocasionasse uma calamidade pública, ou uma situação de guerra, que trouxesse grave ameaça à segurança e à paz da sociedade. Situações essas que se poderiam declarar o Estado de exceção, suspendendo-se, temporariamente, os direitos dos cidadãos para atender a emergência fática.

Carl Schmitt, em seu livro “Teologia Política (politische theologie)” (1922), substitui o termo “ditadura” por “estado de exceção” e, Agamben, sinaliza que “a ênfase se desloca, pelo menos aparentemente, da definição de exceção para a de soberania”.

A teoria de Schmitt pode ser sintetizada pela memorável frase em sua obra: “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Ou seja, Carl Schmitt busca alterar o operador que possibilita a inscrição, do estado de exceção na ordem jurídica, que passa a ser a diferenciação entre dois elementos indispensáveis: a “norma” e a “decisão” (entscheidung, dezision).

Trecho da obra de Carl Schmitt “Teologia Política” citado por Agam-

ben, Schmitt, 1922, p. 19):

[...] Como, no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser reduzido a um mínimo, assim também, no caso de exceção, a norma é anulada. Contudo, o próprio caso de exceção continua sendo acessível ao conhecimento jurídico, porque os dois elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico. (Agamben, Estado de Exceção, 2004, p. 54)

A citação faz referência quanto a ambiguidade do Estado de Exceção, uma vez que a norma é suspensa, mas a decisão ainda assim ocorre dentro do âmbito jurídico, não sendo, portanto, limitada pelas regras normais.

O papel representado pelo inimigo é nuclear na confrontação do discurso de legitimação dos Estados autoritários. Como nos alerta Eugênio Raul Zaffaroni:

Na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso, introduz-se uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último. (Zaffaroni, 2011, p. 11).

Evidencia-se o tratamento desumanizado, despido de qualquer dignidade, àqueles tratados como inimigos da sociedade, invisíveis sociais, vistos como imprestáveis, portanto, sob as costas destes, aufere-se, uma qualidade de inimigo, o que chamamos de direito penal do inimigo, nada mais é que o não reconhecimento dos direitos de determinados grupos, para poder eliminá-los das disputas de poder em diametral contradição com os pressupostos constitucionais.

Doravante, para o entendimento da teoria e do conceito de estado de exceção, passarmos pelos conceitos de “vida nua” em Giorgio Agamben:

Aquilo que chamo vida nua é uma produção específica do poder e não um dado natural. Enquanto nos movimentarmos no espaço e retrocedermos nos tempos, jamais encontraremos - nem sequer nas condições mais primitivas - um homem sem linguagem e sem cultura. Nem sequer a criança é vida nua: ao contrário, vive em uma espécie de corte bizantina na qual cada ato está sempre já revestido de suas formas cerimoniais. Podemos, por outro lado, produzir artificialmente condições nas quais algo assim como uma vida nua se separa de seu contexto: o muçulmano em Auschwitz, a

pessoa em estado de coma (Agamben, 2006, p. 135).

Entende-se por vida nua todo e qualquer ser humano despojado de direito e significado político, como se fosse um sobrevivente biológico, a pessoa que não está blindada por qualquer lei, mas que está submetido a um poder soberano, um corpo sem direito algum.

A suspensão do Direito e a viabilização da exceção depende dessa decisão soberana e subjetiva acerca da anormalidade e da emergência que permitiu, ao longo da história recente das democracias contemporâneas, a continuidade dos mecanismos excepcionais. Esses mecanismos violam o Estado de direito e garantem que o “entulho autoritário” que se quis extirpar com a passagem do absolutismo para a democracia permaneça vivo como técnica de governo.

Cabe citar Agamben no que tange ao totalitarismo moderno:

A instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, não eventualmente declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (Agamben, Estado de Exceção. 2004. p. 104 - 107).

Para tanto, trata-se, ao fim e ao cabo, da reclassificação de pessoas e/ou grupos sociais pertencentes à categoria preliminarmente abordada em *Homo Sacer*. Cristaliza Serrano que essa compreensão se alinha com o que Walter Benjamin entende por uma “tradição” de exceção para os oprimidos”, ao perceber que dentro do Estado (e do Direito, portanto), existem grupos que só tem acesso à vida nua. Sem rodopios, podemos aferir, que esses “habituais inimigos públicos” podem ser representados pelos excluídos da sociedade, em geral, periféricos, negros, traficantes, imigrantes, etc.

Uma vez que Giorgio Agamben parte do princípio de inimigo com base no conceito de *homo sacer*, Eugenio Zaffaroni, ao constatar que o conceito de inimigo sempre esteve presente na sociedade, se utiliza da distinção romana clássica entre o *inimicus* e o *hostis*. Afere o escritor argentino:

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o *inimicus* e o *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava

fora da comunidade. (ZAFFARONI, O inimigo no Direito Penal. 2007. 3ª ed., 2008, p. 21-22).

Aos seres humanos assinalados como inimigos da sociedade (“Hostis”), é negado o direito de ter suas infrações punidas em observância aos limites do direito penal liberal. Por serem considerados “entes perigosos ou daninhos”, a eles é reservado um tratamento punitivo incompatível com o pressuposto fundamental do Estado de Direito, que é o conceito de pessoa, amparado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Estado de Exceção: experiências e aprendizados

A partir do pós-guerra um pacto humanístico e democrático que refaz a percepção de democracia, que ao invés de ser entendida como um conceito estritamente formal de procedimento de disputa e debate pacífico entre grupos sociais, para alcançar uma decisão majoritária, para ser entendido também como regime que dá garantia a direitos, portanto, no qual a decisão majoritária não agride os chamados direitos negativos, os direitos atinentes à liberdade.

Os direitos passam a ser integrados numa noção de direitos humanos, e deixam de ser mera declaração política, e passam a ser imposição no plano jurídico superior na estrutura de Estado, através das constituições rígidas, sob o prisma interno e internacional, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em 28 de fevereiro de 1933, Hitler ao promulgar um decreto que suspendeu os artigos de proteção às liberdades individuais da Carta de Weimar de 1919. Em seu artigo 48 da constituição alemã, que previa o instituto jurídico que objetivaria ao atendimento de uma situação pontual de emergência, dando fundamento à instauração do Terceiro Reich. Para todos os efeitos, se aponta uma das principais características do estado de exceção: a suspensão do Estado de Direito através do próprio direito.

Esses regimes nunca deixaram de existir: foram variando sua forma e justificação. Tanto nos estados autoritários do século XX quanto nos atuais - porém, por meio de medidas esparsas, como será mais profundamente tratada no próximo capítulo - as medidas de exceção se pautam inicialmente na “ideia de necessidade do estado ou da sociedade, que leva ao afastamento ou à suspensão dos direitos das pessoas, para que assim o Estado ameaçado possa sobreviver”. (Serrano, 2020, p. 104 - 105).

Regimes estes, nunca deixaram de existir, todavia, foram alternando sua forma e justificação, seja nos estados autoritários do século XX, seja nos atuais. A diferença é que os estados recentes se caracterizam por medidas esparsas, ou seja: a exceção está umbilicalmente ligada à transitoriedade, a mutabilidade, a liquidez.

Citando Serrano (pág. e ano):

Na ditadura nazista, a suspensão de direitos com base na declaração de Estado de exceção foi utilizada para o combate ao inimigo judeu e ao comunista; na fascista, para o combate ao inimigo “burguês” e ao socialista e comunista; na ditadura franquista, para o combate ao inimigo comunista e ao ateu, nas ditaduras militares na América Latina, incluindo o caso brasileiro, em plena Guerra Fria, para perseguição do inimigo comunista.

Trata-se de uma técnica de autoritarismo para aplicar a exceção, com o pressuposto de estar representando uma ameaça, como foi no caso da Alemanha nazista com os judeus e os comunistas, e na ditadura militar brasileira com a figura do comunista, tornando-os inimigos para desumanizá-los e tratá-los como “animais”, sem qualquer senso de humanidade.

Por derradeiro, todos os governos que se utilizaram de forma oportunista e manipuladora tiveram interesses maniqueístas por detrás destes fenômenos que marcaram em diferentes momentos da história períodos excepcionais da civilização, nos deixando muitas vezes entre a civilização e a barbárie a democracia e o autoritarismo a vida e a morte.

Estado de Exceção no Brasil e sua herança autoritária

Adentrando-se no contexto histórico do Brasil, no que se refere aos períodos excepcionais vivenciados ao longo da narrativa brasileira. Com o declínio do presidente João Goulart em 1964, terminando-se a experiência republicana que havia se iniciado em 1945. Com a instauração da ditadura, suspende-se o estado de direito e instaura-se a experiência do estado de exceção no Brasil, perpetuando-se por 21 anos de esvaziamento de direitos individuais (vida, intimidade, igualdade, liberdade e propriedade) e garantias fundamentais (educação, trabalho, lazer segurança, previdência social, proteção à maternidade à infância e assistência aos desamparados), sem contar os inúmeros casos de tortura com violações e desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

Tendo como alicerce a justificativa dos militares para o golpe de 1964 afastar a ameaça do comunismo no Brasil, que na visão dos próprios militares era visto como “revolucionário”. Somaram-se a esta pauta usando-se das bandeiras do “combate à corrupção” e a “defesa da democracia”.

Para tanto, havia-se criado a expectativa, segundo havia sido prometido, de que haveria o chamamento de eleições tão logo fosse tomado o poder. Entretanto, a permanência do regime foi garantida por diversas alterações na legislação eleitoral, executados pelos Atos Institucionais, instrumentos normativos excepcionais.

Importante observar, que durante o regime militar no Brasil existia uma preocupação do governo em manter certo “ar de normalidade”, como se o Estado brasileiro não tivesse sofrido um golpe civil-militar, uma vez

que houve apoio de parte da sociedade civil apatacada, como membros do sistema de justiça e empresários, inclusive, com apoio da principal emissora de televisão do país. Para tanto em 1966, com o propósito de passar a impressão de “normalidade”, dotando a ditadura de uma falsa legalidade, realizou-se a assembleia constituinte. A situação chegou a um patamar tão crítico que o Deputado Adauto Lúcio Cardoso, então presidente da Câmara dos Deputados e membro da ARENA, se recusou a reconhecer as cassações, “determinando que os deputados cassados continuassem a exercer suas funções” (Casela, 2011, p. 74).

Na Constituição de 1967, foi inserida no art. 151, a possibilidade de suspender direitos políticos por seu abuso. A suspensão, teria duração com prazo certo (dois a dez anos), e então, seria submetida ao Supremo Tribunal Federal. O que por si só, trata-se de medida arbitrária, típica de governos autoritários, com vista que o controle pelo poder judiciário é tão somente formal.

No que diz respeito à Constituição de 67 no capítulo que tratava de estado de sítio, determinava-se no art. 152, que poderia ser decretado pelo Presidente da República, sem necessidade de qualquer confirmação pelo Legislativo, quando em situação de guerra e “grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção”. Contudo, inovou-se no parágrafo 3º do artigo 152, que se tratava de verdadeira cláusula de plenos poderes para os casos de subversão ou corrupção, determinando que “o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei”.

Ademais, com a promulgação da Constituição de 1988, encabeçada por Ulysses Guimarães, popularmente conhecida como “constituição cidadã”. Conquanto, ainda podemos vislumbrar resquícios de autoritarismo no ordenamento jurídico reverberando-se no “coisas como são” de práticas autoritárias nas regiões periféricas do país. Uma vez que a transição pura e simples não basta para a construção de um regime democrático, justo e solidário, sendo a herança autoritária um entrave à reconstrução e à pacificação social plena com soberania popular.

Não menos importante para a compreensão da herança autoritária é o modo como foi realizada a Justiça de Transição no Brasil. Enquanto após a retomada da democracia foram utilizadas medidas para lidar com as consequências do autoritarismo sob uma perspectiva mais abrangente e coletiva na Argentina, Chile e Uruguai, no Brasil a questão foi tratada de forma individualizada, como sendo relacionado majoritariamente às vítimas diretas do período, e não como uma questão envolvendo toda a sociedade. Passados mais de 30 anos, recusam-se a fornecer informações sobre as vítimas, os mortos e os desaparecidos na guerrilha do Araguaia. Tendo sido liberados só no ano de 2023 ao advogado Fernando Augusto Fernandes, que realizara extensa e detalhada pesquisa no arquivo de documentos e gravações de jul-

gamentos do Superior Tribunal Militar (STM), culminando no lançamento do Projeto “Voz Humana”.

Nesse diapasão, a justiça de transição, é uma variável interveniente, cujas práticas e iniciativas focadas na criação de uma memória coletiva em torno do autoritarismo e suas heranças autoritárias podem ser consideradas condição necessária, mas, para a construção de uma cultura política que valoriza a democracia.

São vários os motivos para acreditarmos que o Brasil ainda se encontra muito incipiente no que concerne à justiça de transição. Temos uma justiça penal extremamente autoritária e repressiva àqueles que ousam nascer às margens da sociedade - aqui vale ressaltar a grande maioria de pessoas negras e pobres no sistema carcerário brasileiro - e como se não fosse o bastante, vivemos em uma sociedade forjada no escravagismo (racismo estrutural), populismo (estigma de que qualquer coisa que venha das classes populares como falta de instrução com fim de criminalizá-la) e sob o manto do patrimonialismo (o poder e a corrupção umbilicalmente ligados ao Estado).

Autoritarismo líquido nos tempos hodiernos

No tocante à teoria geral do Estado, são frequentes as afirmações de que vivemos, nos tempos hodiernos, a consolidação do Estado democrático de Direito. No entanto, essa mentalidade não passa de um projeto humano e político, uma concepção abstrata que nunca se realizou completamente em nenhuma sociedade conhecida. Ocorre que vivemos em uma democracia formal, mas não material.

Todavia, a democracia, em sua concepção material, para além da participação popular na tomada das decisões políticas, demanda, sob esta ótica, a existência de limites ao exercício do poder do Estado, e por outro ângulo, a concretização dos direitos fundamentais.

Sob esse ponto de vista, o tema do estado de exceção, as medidas de exceção no interior das democracias são estudadas de forma rasa.

Essa resistência, segundo Serrano, perpassa:

[...] da forte influência, ao menos no meio jurídico latino-americano, do positivismo analítico de origem kelseniana que, não aceitando a aplicação do direito posto ao caso concreto como objeto passível de trato racional pela ciência jurídica, deixa de reconhecer a decisão de exceção como indagação jurídica relevante. (Serrano, 2022, p. 500)

Para tanto, tal consideração, recentemente alguns autores da comunidade jurídica, em âmbito, tanto nacional quanto internacional, tem se pendido sobre o tema da exceção no interior das democracias, sob nominatas deferentes: para Norberto Bobbio, os “novos despotismos”, para Luigi Ferrajon-

li, “o poder desconstituíste”, para Ronald Dworkin, a perda do “common ground” da sociedade, para Boaventura de Souza Santos, a “democracia de baixa intensidade”, para Rubens Casara o “Estado pós-Democrático” e para Pedro Serrano, o “Estado de exceção líquido”. Todas essas teorias descrevem o fenômeno já apreciado por Agamben como Estado de exceção permanente.

Após a derrota dos Estados de polícia de direita e de esquerda no século XX, os modos de manifestação da soberania absoluta e de polícia de exceção não ocorrem mais por mecanismos de interrupção da democracia representativa. A suspensão de direitos caracterizadora da exceção se dá por meio de leis, atos, ou, condutas estatais no interior da rotina dos regimes democráticos, como cristaliza Giorgio Agamben. Observa-se, dentre essas características, é o aperfeiçoamento em relação aos governos totalitários. Uma vez que não há mais o lugar do ditador, impondo-se maior dificuldade em localizar o agente, e, por conseguinte, ter maior justificação discursiva no âmbito da narrativa histórica, uma vez que não se tem mais azo para se instaurar uma ditadura.

Autoritarismo líquido no Brasil

No Brasil da contemporaneidade, a figura do inimigo deixou de estar esparsa por toda a sociedade, e nos tempos atuais, se relaciona com a figura mítica do bandido, o agente de violência, o causador da destruição à sociedade e que, indispensavelmente, se confunde com o pobre, preto, periférico, portanto, não sendo reconhecido como detentor de direitos fundamentais inexoráveis à condição de ser humano. Sob a falácia de se combater esse inimigo que, supostamente, põe em risco a segurança e a integridade da sociedade, imprime-se um verdadeiro Estado de polícia, que governa as periferias e que suspende os direitos mais precípuos da pessoa denominada como inimiga.

Os processos judiciais, especialmente, das grandes operações, envolvendo especulação da mídia e interesse público, muitas vezes sob a alcunha do bordão “combate à corrupção”, vivenciados na última década. Processos judiciais que extrapolaram os perímetros constitucionais delineados pela Carta da República de 1988, usurpando direitos e garantias fundamentais, como: legalidade, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, e imparcialidade, com fins políticos e de perseguição a políticos. Para fins de exemplificação podemos citar a operação “Lava Jato”.

Por fim, embora existam medidas de exceção produzidas pelo executivo e pelo legislativo, em regra, elas são agenciadas pelo sistema de justiça, com forte respaldo dos meios de comunicação tradicionalmente conhecidos na história brasileira com intenção de conquistar apoio social e pressionar os juízes, desembargadores e ministros, promotores, procuradores de justiça e

procuradores da república, quando da aplicação do dever legal em cumprir a Constituição Cidadã, causando verdadeiro estado de ojeriza a toda sociedade brasileira, que conquistou seus direitos mais fundamentais não por boa vontade dos legisladores, aplicadores da lei e dos governantes, mas por lutas sociais conquistadas com sangue nas calçadas.

Formas do autoritarismo líquido: o processo penal de exceção

Com a implantação da política de guerra às drogas nos EUA, na década de 1970, e importada pelo Brasil no começo dos anos 1990, resultando no encarceramento em massa da população pobre, negra e periférica, podemos visualizar a primeira forma de exceção produzida pelo nosso sistema de justiça: o processo penal de exceção - expressão demarcada pelo professor Fernando Hideo Lacerda - para direcionar a utilização da forma democrática do processo penal para produzir conteúdo atroz próprio de um agenciamento autoritário das funções de Estado.

Uma vez que 40% dos aprisionados do sistema carcerário do Brasil são mantidos presos de forma provisória, ou seja, sem que tenham recebido sequer uma sentença de primeiro grau, haja vista que, a população carcerária quadruplicou de 1990 para cá, sendo o Brasil, o terceiro país com maior quantidade de encarcerados, passando o estorrecedor número de 726 mil pessoas.

Conforme o Atlas da Violência 2018, publicado pelo Ipea (Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada) em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 553 mil pessoas foram assassinadas no Brasil nos últimos 11 anos, sendo que, 63.880 mil homicídios só em 2017. A soma do número de mortos é maior que o número de vidas perdidas no conflito na Síria, há 14 anos em guerra, numerando cerca de 500 mil mortos, de acordo com estimativa da ONU.

Segundo relatório da organização Human Rights Watch aponta a Lei de Drogas, aprovada em 2006, como a principal responsável pelo crescimento da população carcerária no Brasil. Dados do documento mostram que, em 2005, 9% dos presos no Brasil haviam sido detidos por crimes relacionados às drogas. Em 2014, eram 28% (crescimento de quase 20% em 9 anos), o que ocorreu devido à imprecisão de critérios objetivos para distinguir usuário de traficante. No ano de 2024 o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu por entendimento da maioria dos ministros que o artigo 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, deixando de ter natureza de norma penal para ser uma norma administrativa. Portanto não constitui infração penal adquirir, possuir, armazenar, transportar ou ter consigo até 40 gramas de maconha ou 6 plantas fêmeas para uso pessoal

Modelo de governança esse de permanente exceção dos territórios habitados pela pobreza, que se retroalimenta da violência e da exclusão, é

a perfeita similaridade daquilo que o pensador camaronês Achille Mbembe consagrou de necropolítica, qual seja, a morte usada como forma de controle social, como descrito pelo autor conferindo-os “status de mortos-vivos”.

Lesiona Juarez Cirino dos Santos:

O discurso crítico da teoria criminológica da pena mostra que a prisão não pode ser explicada pelos objetivos declarados de correção de criminoso e de prevenção da criminalidade, mas pelos objetivos reais do sistema penal, de gestão diferencial da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais da contradição capital-trabalho assalariado das sociedades contemporâneas. (Juarez Cirino dos Santos, Direito Penal, Parte Geral, pág. 14)

Noutras palavras, o autor busca esclarecer que o objetivo da prisão nunca foi e nunca será a ressocialização do apenado, tampouco, buscar-se-ia com a ideia de encarceramento em massa dos mais pobres, uma prevenção no sentido, de cometer crimes e trazer maior segurança à sociedade, senão uma gestão daqueles não desejados para estarem incluídos em ambientes comuns da sociedade.

Porquanto, a exceção não pode estar contida dentro do direito, mas muito menos fora dele, de modo que o estado de exceção, pertencente a um perímetro de nebulosidade, seria a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.

Agamben, também coloca a premissa que funda a problemática do presente trabalho: de que, a partir das repetidas ocorrências de formações de Estados autoritários, o estado de exceção constituiria verdadeiro paradigma de governo, ou seja, nas sociedades contemporâneas se vive sob a égide de um estado de exceção constante.

Constitui-se a premissa de que o Judiciário é, no Brasil, um agenciador de formas de exceção, arguindo-se três elementos que auxiliam a compreender essa conjuntura: (i) no âmbito histórico, esse protagonismo se justifica num período de recessão pós-Estado-providência; (ii) a cultura de formação do judiciário é autoritária por natureza; e (iii) a atuação desse órgão tem sido verdadeiro catalisador da opinião pública, em claríssimo populismo togado.

Degeneração do direito através do Sistema de Justiça

Por fim, conclui-se esse estudo com a ideia de que com a criação de um não Direito, dentro e a partir do Direito vigente, isto é, a partir da criação de normas abertas, abstratas, e subjetivas, não sujeitas ao controle e ao “accountability”, através do ataque aos valores liberais, bem como, através do ataque aos Direitos e Garantias Fundamentais e ao Estado de Direito, isso só se opera através da perda de autonomia do Direito. Acaba-se o Estado Constitucional Democrático, e inicia-se a exceção. Esta se realiza não

através da legalidade, mas da discricionariedade, com a erosão axiológica resultando num enfraquecimento significativo dos valores democráticos e da aplicação dos direitos.

Nas palavras do ex-primeiro ministro do Reino Unido (Discurso Câmara dos Comuns 1947):

“A Democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as demais”. Winston Churchill

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci. D. Poleti. ed. São Paulo: Boitempo editorial. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

CASARA, Rubens R.R. **Estado pós-democrático: neo-obscuratismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. *E-book*.

CASELA, G. T. **Democracia sitiada: discursos no Congresso Nacional e na imprensa sobre os instrumentos de exceção no Brasil (1946/1988)**. Dissertação (Mestrado em História) - Departamento de História da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2011.

DWORKIN, Ronald M. Is democracy possible here? **Principles for a new political debate**. New Jersey: Princeton University, 2008.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Projeto Voz Humana**, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014;

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: curso dado no College de France (1978- 1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LACERDA, Fernando Hideo Lochida. **Processo Penal de Exceção**. 2018. F. 441.

Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

MBEMBE, Achille. **Necro política**. Editorial Melusina, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 11, p. 29-62, 1996.

SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. Empório do Direito, Florianópolis, 2017.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política (Politische Theologie), quatro capítulos sobre a doutrina da soberania, 1922**. Belo Horizonte: Del Rey Ltda, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina**. Politética, São Paulo, v. 5, n.1, 2020.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina**. Revista de Ética e Filosofia Política, São Paulo, v. 8, n.1, 2020.

CHURCHILL, Winston, **Discurso Câmara dos Comuns** 1947.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução se Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan 2011.

A PROPRIEDADE COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DO DIREITO À MORADIA *VERSUS* A PROPRIEDADE COMO ATIVO ESSENCIAL PARA O CAPITALISMO

Maria Laura Bolonha Moscardini

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista, Editora
Gerente da Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista
Professora e advogada

Letícia Araújo Faria

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista, 25ª Tabela
de Notas da Capital - São Paulo, ex-Tabela e RCPN de Rifaina/SP. Professora e
palestrante

Resumo:

A propriedade, consagrada como direito humano em diversos diplomas internacionais, possui dupla acepção na sociedade contemporânea: é tanto garantidora do direito à moradia, quanto um ativo essencial no sistema capitalista - utilizado para gerar riqueza e resultando, consequentemente, no aumento da desigualdade social. Assim, esta pesquisa examina essa dicotomia, investigando como a propriedade transita entre garantir o direito humano à moradia e ser apropriada pelo capitalismo para acumulação financeira e segregação social. A justificativa para tal estudo reside na crescente tensão entre as duas visões da propriedade, especialmente à medida que o capitalismo avança e a propriedade privada é exponencialmente explorada como meio de geração de riqueza, muitas vezes em detrimento de seu papel social. A pesquisa adota uma abordagem descritiva-analítica, utilizando método bibliográfico e tendo como referencial teórico a obra de Katharina Pistor, *The Code of Capital: How Law Creates Wealth and Inequality*, que aborda a interação entre direito, economia e capitalismo. A hipótese central é que os interesses do mercado estão subvertendo o conceito de propriedade como direito, transformando-a de instrumento de garantia à moradia em ativo econômico. Os resultados apontam para o desvirtuamento da propriedade em prol do mercado, enfatizando seu valor econômico e negligenciando sua função social. Conclui-se pela necessidade de reequilibrar o conceito de propriedade privada, garantindo que ela continue a cumprir seu papel como meio de assegurar o direito à moradia, mesmo dentro de um sistema capitalista.

Palavras-chave: Propriedade; Moradia; Capitalismo; Ativo financeiro; Desigualdade social.

Introdução

A propriedade privada é um tema central no debate sobre direitos humanos e sociedade contemporânea, estando consagrada em diversos diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a apresenta como um direito essencial à concretização da dignidade humana.

Contudo, sua função social e econômica possui uma dualidade que reflete tensões históricas e sociais profundas. De um lado, a propriedade aparece como instrumento fundamental para a garantia do direito à moradia, sendo reconhecida no artigo 17 e 25 da Declaração de 1948 e no artigo 11 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. De outro, é apropriada e utilizada pelo sistema capitalista como ativo econômico, servindo à acumulação de riquezas e intensificando desigualdades sociais.

No contexto atual, a propriedade transcende seu papel original de assegurar condições de vida digna e se torna um recurso que, regulado pelas leis do mercado, reforça a segregação socioeconômica. Essa transformação reflete uma crescente tensão entre os dois significados atribuídos à propriedade: o de direito humano, com função social; e o de ativo financeiro, sujeito às dinâmicas do capitalismo globalizado.

Assim, a presente pesquisa propõe-se a explorar essa dicotomia, analisando a utilização do direito à propriedade privada tanto como garantidor do direito humano à moradia quanto como ativo apropriado pelo capitalismo para gerar acúmulo financeiro e segregar a população. Como objetivos específicos, busca-se aprofundar a análise sobre a regulação da propriedade no contexto do mercado, investigando como as dinâmicas econômicas influenciam sua estrutura jurídica e operacional e examinar o papel desempenhado pelas instituições jurídicas e pela codificação no fortalecimento e proteção de interesses econômicos, avaliando até que ponto tais mecanismos colaboram para consolidar a propriedade como um ativo financeiro em detrimento de sua função social. Além disso, objetiva-se identificar e compreender as consequências sociais decorrentes da descaracterização da propriedade como direito humano, considerando os impactos dessa transformação sobre a desigualdade, a segregação socioeconômica e o acesso ao direito fundamental à moradia.

Com base em uma abordagem descritiva-analítica, a pesquisa propõe analisar a interação entre o direito humano à propriedade e sua exploração econômica, investigando o papel das instituições jurídicas e da codificação no reforço de interesses de mercado em detrimento de sua função social.

Nesse sentido, o trabalho fundamenta-se na teoria de Katharina Pistor, autora de *The Code of Capital: How Law Creates Wealth and Inequality*, uma obra que oferece uma análise profunda sobre como o direito atua como um instrumento estruturante do capitalismo. Pistor argumenta que o capital não é um fenômeno natural, mas uma construção jurídica que emerge por meio da codificação de ativos, como propriedade, contratos e garantias, pelos sistemas legais.

O direito à moradia: função social da propriedade

O Direito alemão definiu o Estado Social como aquele responsável pela procura do existencial (PELAYO, 2009), ou seja, é dever do Estado assegurar e preservar as condições básicas necessárias para que cada indivíduo possa viver com dignidade, garantindo os elementos essenciais para uma existência digna, conhecidos como mínimo existencial.

Jorge Reis Novais (2016) acredita que, quando o Estado é omissor e não garante esse mínimo, os cidadãos têm o direito de recorrer ao Judiciário para exigir uma prestação positiva que assegure suas condições básicas de existência digna. Essa garantia não se limita à sobrevivência física, mas inclui também a possibilidade de participação mínima na vida social, cultural e política.

Ampliando essa discussão, Ingo Sarlet (1988) distingue o conceito de mínimo existencial do mínimo vital. O mínimo vital refere-se às condições indispensáveis para preservar a vida, enquanto o mínimo existencial vai além disso, contemplando o que é necessário para uma vida com dignidade e saúde, possuindo uma conexão clara com os direitos sociais, por serem pressupostos para a exigência e concretização de uma vida com dignidade. Assim, a visão do autor reforça a ideia de que o mínimo existencial transcende a simples sobrevivência, sendo imprescindível para a concretização dos direitos sociais e o pleno respeito à dignidade humana.

Jorge Reis Novais (2016) argumenta que a efetivação dos direitos sociais, como o direito à habitação digna, está condicionada à “reserva do possível”, ou seja, às limitações financeiras do Estado. Em sua visão, esses direitos só podem ser juridicamente exigidos se houver recursos disponíveis para garanti-los, sendo os direitos sociais deveres estatais de implementação progressiva, dependendo das possibilidades econômicas e estruturais do governo.

Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho (2008) adota uma postura contrária, defendendo que existe um núcleo essencial de direitos sociais que não pode ser restringido ou condicionado pela reserva do possível. O autor entende que esse núcleo, ligado ao mínimo de dignidade, deve ser protegido incondicionalmente como parte dos direitos, liberdades e garantias do indivíduo.

Assim, submeter esses direitos a limitações financeiras ou à omissão do legislador seria equivalente a anular sua efetividade. É possível, portanto, associar o direito ao mínimo existencial não apenas à dignidade humana, mas também à dignidade social, conectando-o à igualdade distributiva e ao desenvolvimento pleno da personalidade, além de assegurar níveis básicos de prestações sociais.

Nesse sentido, o direito à moradia, na concepção de Ingo Sarlet (1988), deve ser interpretado como um direito à moradia digna, indo além da simples posse de um imóvel ou propriedade, estando associado ao conceito de mínimo existencial, que não deve ser confundido com o mínimo vital, posto que, enquanto o mínimo vital garante apenas os elementos necessários para a sobrevivência, como alimentação e abrigo básicos, o mínimo existencial envolve condições que asseguram uma vida com dignidade e qualidade.

É importante distinguir os conceitos de moradia e propriedade, pois embora estejam interligados, possuem características e finalidades distintas. Nelson Rosenvald (2021) aduz que a propriedade pode ser analisada sob duas perspectivas: o direito de propriedade e o direito à propriedade, tendo o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileira, Luiz Edson Fachin (2006), destacado que o direito de propriedade tem natureza excludente e eficácia universal (*erga omnes*), sendo a proteção estatal conferida aos bens pertencentes a um indivíduo, enquanto o direito à propriedade refere-se ao acesso a um bem material, tratado como parte do mínimo existencial ou patrimônio mínimo, garantindo condições básicas para a dignidade humana.

Em um contexto macro de regulamentação de direitos humanos, o direito à moradia foi primeiramente reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, adotada pela ONU. Este documento expressa a preocupação global com a dignidade humana e estabelece no artigo 25 que todos têm direito a condições de vida que assegurem saúde e bem-estar para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais, além de proteção em situações de vulnerabilidade, como desemprego, doença ou velhice.

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948, p. 4).

Essa ideia foi ampliada em 1966 com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reafirmou o direito de cada pessoa a um padrão de vida adequado, incluindo uma moradia digna.

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (ONU, 1966, p. 4).

Para Marcos Costa Salomão (2022), a moradia, mesmo quando não vinculada à propriedade, é essencial para garantir uma vida digna e faz parte do conceito de mínimo existencial. O autor reconhece a propriedade como um direito fundamental, mas ressalta que esse direito está condicionado ao cumprimento de sua função social.

Não se desconhece que propriedade e moradia são institutos diferentes, mas, também, se sabe que andam de mãos dadas. É possível a moradia sem a propriedade, assim como é possível a propriedade, sem moradia. Todavia, o ideal é a moradia entrelaçada na propriedade formal (SALOMÃO, 2022, p. 258).

Caso a propriedade deixe de atender a essa função, ela pode ser destinada à moradia de quem precisa, reforçando o princípio de que o uso social deve prevalecer sobre o simples caráter patrimonial. Nessa perspectiva, cabe ao Estado intervir para regularizar essas situações, transformando ocupações ou outras condições de fato em situações juridicamente reconhecidas.

A propriedade como ativo essencial para o capitalismo

Como cedido na introdução, a presente pesquisa tem como referencial teórico a obra de Katherine Pistor, intitulada *The Code of Capital: How Law Creates Wealth and Inequality*, que aborda a interação entre direito, economia e capitalismo.

A codificação dos ativos é um elemento dinâmico e central para o funcionamento do capitalismo e, ao longo do tempo, diferentes tipos de ativos foram incorporados ao sistema legal e transformados em capital, desde terras e empresas até instrumentos financeiros, direitos de propriedade intelectual e ativos digitais baseados em código binário. Enquanto a natureza desses ativos evolui, os dispositivos legais usados para codificá-los permanecem notavelmente consistentes.

Os principais módulos jurídicos que sustentam a citada codificação incluem o direito contratual, os direitos de propriedade, o direito de garantias, o direito fiduciário, o direito societário e o direito falimentar (Pistor, 2019). Esses dispositivos conferem atributos essenciais aos ativos, proporcionando benefícios significativos aos seus detentores, quais sejam, prioridade, durabi-

lidade, universalidade e conversibilidade.

A prioridade, por exemplo, assegura que determinadas reivindicações prevaleçam sobre outras em situações de conflito, garantindo segurança jurídica ao detentor prioritário. A durabilidade permite que as reivindicações sobre os ativos sejam preservadas ao longo do tempo, protegendo-os contra os impactos de ciclos econômicos ou transformações tecnológicas. Já a universalidade expande a validade dos direitos sobre os ativos para diferentes jurisdições, conferindo-lhes aplicação em contextos amplos e globais. Por fim, a conversibilidade atua como um mecanismo que possibilita a transformação de reivindicações privadas em dinheiro emitido pelo Estado, assegurando a preservação de seu valor nominal e reforçando sua função como reserva de valor.

A lista de ativos que são codificados na lei mudou ao longo do tempo e provavelmente continuará mudando. No passado, terras, empresas, dívidas e know-how foram todos codificados como capital e, como essa lista sugere, a natureza desses ativos mudou ao longo do tempo. A terra produz alimentos e abrigo mesmo na ausência de codificação legal, mas os instrumentos financeiros e os direitos de propriedade intelectual existem apenas na lei, e os ativos digitais em código binário, para os quais o próprio código é o ativo. E, no entanto, os dispositivos legais que foram usados para codificar cada um desses ativos permaneceram notavelmente constantes ao longo do tempo. Os mais importantes são o direito contratual, os direitos de propriedade, o direito de garantia, o direito fiduciário, o direito societário e o direito falimentar. Esses são os módulos a partir dos quais o capital é codificado. Eles conferem atributos importantes aos ativos e, portanto, privilegiam seu detentor: Prioridade, que classifica as reivindicações concorrentes aos mesmos ativos; durabilidade, que estende as reivindicações prioritárias no tempo; universalidade, que as estende no espaço; e conversibilidade, que opera como um dispositivo de seguro que permite que os detentores convertam suas reivindicações de crédito privado em dinheiro do Estado sob demanda e, assim, protejam seu valor nominal, pois somente a moeda de curso legal pode ser uma verdadeira reserva de valor (Pistor, 2019, p. 4, tradução livre).

No capítulo 2 de sua obra, Katharina Pistor (2019) explora como a codificação jurídica transforma a terra em propriedade privada e capital, destacando o papel central das leis na criação e sustentação da riqueza. Ela utiliza o caso dos povos maias em Belize como ponto de partida para examinar a interação entre direito, poder estatal e reivindicações de propriedade.

A vitória legal dos maias na Suprema Corte de Belize, que reconheceu suas práticas coletivas de uso da terra como um direito protegido pela constituição, ilustra como o direito de propriedade não é um dado natural, mas uma construção jurídica que depende do reconhecimento estatal.

A autora argumenta que o processo de codificação da terra como capital passou por várias etapas históricas e jurídicas. Inicialmente, os direitos de propriedade eram concebidos em termos de uso e ocupação, muitas vezes envolvendo práticas coletivas, como no caso dos maias. No entanto, ao longo do tempo, o direito evoluiu para alinhar a terra com interesses individuais e a lógica de maximização de riqueza. Essa transformação foi impulsionada por uma série de estratégias legais que garantiam durabilidade e prioridade aos direitos de propriedade, permitindo que os proprietários protegessem seus ativos de credores e terceiros.

A autora também destaca a dinâmica de poder envolvida nesse processo, utilizando de exemplo o caso de Belize por demonstrar que o reconhecimento estatal é essencial para transformar reivindicações em direitos de propriedade formalmente protegidos. No entanto, esse reconhecimento não é neutro. Frequentemente, o Estado privilegia os interesses de atores poderosos, especialmente aqueles que prometem retornos futuros significativos, em detrimento de comunidades que utilizam a terra de forma coletiva ou sustentável. Essa lógica de priorização reflete as desigualdades estruturais intrínsecas à codificação do capital.

Além disso, Pistor (2019) traça um paralelo entre as práticas contemporâneas e os movimentos históricos de cercamento de terras na Inglaterra, que transformaram terras coletivas em propriedade privada, criando mercados de terra e alterando profundamente as relações sociais e econômicas. Para a autora, a codificação da terra como capital envolveu não apenas a formalização de direitos individuais, mas também a exclusão de práticas coletivas e o desmonte de direitos costumeiros.

No cerne do capítulo está a ideia de que a propriedade privada, como a conhecemos hoje, é um produto de uma longa história de negociações jurídicas, batalhas políticas e transformações econômicas, o que revela que a codificação da terra e de outros ativos não é um processo técnico ou apolítico, mas profundamente ligado ao poder e à luta por recursos (Pistor, 2019). A propriedade não é apenas um direito, mas uma ferramenta para criar e sustentar desigualdades, beneficiando aqueles que têm acesso ao aparato jurídico necessário para codificar seus interesses.

Assim, a partir das reflexões de Katharina Pistor, a propriedade se consolida como um ativo essencial para o capitalismo não apenas por sua existência material, mas pelo processo jurídico de codificação que lhe atribui valor econômico.

Como cedido anteriormente, fica evidente que a teoria de Pistor percebe os direitos de propriedade não como algo inerente ou natural, mas como algo criado a partir de construções legais que exigem um aparato estatal robusto, que não apenas atribui prioridade a certos ativos, mas também lhes garante durabilidade e aplicabilidade universal. Essa dinâmica mostra que o capitalismo, embora se fundamente na ideia de liberdade de mercado, de-

pende profundamente da intervenção estatal para legitimar e preservar a riqueza de certos grupos.

Outro ponto levantado pela autora (Pistor, 2019) é que a codificação da propriedade como capital implica alocar recursos escassos a quem pode maximizar sua exploração econômica. Esse processo não resulta na prosperidade universal prometida durante as reformas econômicas das décadas de 1980, mas sim no aprofundamento das desigualdades, servindo a propriedade como um instrumento de poder, onde o direito é utilizado para privilegiar determinados grupos e excluir outros.

Ainda sobre o tema, vale ser apresentada a visão de Hernando De Soto (2000), em sua obra *O Mistério do Capital*, na qual o autor defende que a formalização dos direitos de propriedade seria a chave para transformar os bens dos pobres em “capital vivo”, permitindo-lhes sair da pobreza. O autor argumenta que a principal barreira para a prosperidade nos países em desenvolvimento está na falta de instrumentos legais que deem aos indivíduos acesso pleno aos mercados e possibilitem transações econômicas mais amplas.

Para De Soto (2000), os pobres possuem os recursos necessários para gerar riqueza, mas a ausência de títulos formais impede que seus bens sejam comercializados, utilizados como garantias ou transferidos dentro de estruturas legais, transformando-os em “capital morto”. Nesse contexto, ele propõe eliminar a burocracia e simplificar os sistemas jurídicos, integrando a esfera informal à economia formal.

No entanto, a análise crítica de Granér (2007) aponta limitações importantes na visão de De Soto. Granér (2007) observa que a proposta de De Soto ignora questões estruturais e históricas de desigualdade, como a concentração de terras e riquezas, além de não propor redistribuição de recursos ou alívio da dívida dos mais pobres. Para Granér, a abordagem de De Soto simplifica a complexidade da pobreza, atribuindo-a apenas à falta de formalização dos direitos de propriedade, sem considerar o impacto de injustiças históricas ou a dinâmica da ordem econômica global.

Granér também critica a implementação de direitos de propriedade em contextos como o da América Latina, onde tais direitos foram frequentemente impostos de forma autoritária e de cima para baixo, resultando em uma distribuição de terras que reforça desigualdades históricas. Embora reconheça que a retórica de De Soto possa motivar reformas, o autor alerta que sua abordagem tende a perpetuar os direitos de propriedade como instrumentos de privilégio, bloqueando políticas redistributivas mais amplas.

Ao vincular essas ideias às de Katharina Pistor, é possível perceber um alinhamento crítico. Assim como Granér, Pistor argumenta que os direitos de propriedade não são naturais ou universais, mas criados por meio de processos legais e políticos que frequentemente favorecem grupos já poderosos. Ambos os autores destacam como a codificação jurídica de ativos, incluindo

a terra, é usada para perpetuar desigualdades ao invés de corrigi-las. Pistor, no entanto, vai além ao explorar as estruturas legais que tornam esses direitos duráveis e universais, mostrando que a lei não apenas cria o capital, mas também consolida os privilégios de seus detentores, reforçando a ordem econômica existente em detrimento da equidade.

Conclusão

A pesquisa conclui que a propriedade privada, embora consagrada como um direito humano essencial, enfrenta um desvirtuamento em sua essência, sendo progressivamente apropriada como ativo econômico pelo sistema capitalista. Esse processo resulta na subversão de sua função original, que é assegurar direitos fundamentais, como o direito à moradia. Em vez disso, a propriedade vem sendo explorada principalmente como meio de geração de lucro, reforçando desigualdades sociais e marginalizando populações vulneráveis.

Ao analisar a regulação da propriedade pelo mercado e o papel das instituições jurídicas e da codificação, ficou evidente que o direito tem sido utilizado como instrumento de legitimação de interesses econômicos, frequentemente em detrimento do caráter social da propriedade. O referencial teórico de Katharina Pistor ajudou a compreender como o arcabouço jurídico, intencionalmente, contribui para a concentração de riqueza e a exclusão social, colocando o valor de troca acima do valor de uso da propriedade.

Assim, a pesquisa destaca a urgência de repensar o papel da propriedade privada em uma sociedade cada vez mais desigual. É necessário buscar um equilíbrio entre sua utilização como ativo econômico e seu propósito como direito humano, garantindo que sua função social seja respeitada. Isso exige mudanças estruturais, tanto na regulação jurídica quanto na forma como a propriedade é percebida e utilizada, para que continue a cumprir seu papel como instrumento de dignidade e inclusão social, mesmo dentro das dinâmicas do sistema capitalista.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

DE SOTO, Hernando. **El Mistero del Capital**. Lima: El comercio, 2000; The Mystery of Capitalism. New York: Basic Books, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRANÉR, Staffan. **Hernando de Soto and the mystification of capital**. 19 jan. 2007. Disponível em: <https://www.eurozine.com/hernando-de-soto-and-the-mystification-of-capital/?pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em:

http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 15 nov. 2024.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966**. Disponível em:

<https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

PELAYO, Manuel García. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PISTOR, Katharina. **The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality**. Princeton University Press, 2019. Disponível em:

<https://press.princeton.edu/books/hardcover/9780691178974/the-code-of-capital>. Acesso em: 01 jun. 2022.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podium, 2021, p. 272-310.

SALOMÃO, Marcos Costa. **A regularização da moradia como acesso à propriedade imóvel**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

O ENFRENTAMENTO À DESIGUALDADE DE GÊNERO ATRAVÉS DAS POLÍTICAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DA ADOÇÃO DE PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Fernanda Mainier Hack

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Gênero e Direito pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo:

O acesso à justiça é um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, essencial para a efetivação de outros direitos. A Recomendação Geral nº 33 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres destaca as barreiras que as mulheres enfrentam para acessar à justiça, como discriminação estrutural, estereótipos de gênero e fatores econômicos, sociais e culturais. Essas dificuldades se agravam pela discriminação interseccional, que envolve questões como classe e raça. No Brasil, a realidade é ainda mais desafiadora para mulheres em áreas periféricas e rurais, e em situação de violência. Em resposta, o país implementou, em 2021, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e o Conselho Nacional de Justiça tem promovido medidas para aumentar a paridade de gênero no Judiciário. No entanto, as mudanças são insuficientes, pois a discriminação de gênero persiste. A implementação eficaz de protocolos de julgamento exige capacitação contínua e conscientização dos profissionais do direito, além de um trabalho de sensibilização sobre as raízes culturais e sociais da discriminação. É necessária a criação de políticas públicas eficazes e a integração entre os poderes para combater a violência de gênero e promover a igualdade, superando as barreiras impostas por um sistema patriarcal historicamente excludente.

Palavras-chave: Igualdade de gênero; Violência de gênero; Acesso à justiça.

Introdução

A busca pela igualdade de gênero e pela efetiva proteção dos direitos das mulheres tem sido um processo contínuo e desafiador, refletido em di-

versas esferas da sociedade, incluindo o Sistema de Justiça.

No Brasil, embora muitos avanços tenham sido conquistados ao longo das últimas décadas, as mulheres ainda enfrentam inúmeros obstáculos e barreiras no acesso à justiça. Esses desafios são multifacetados e incluem discriminação estrutural, estereótipos de gênero, diferenças socioeconômicas e questões relacionadas à interseccionalidade, que agravam a desigualdade e a violência sofrida por mulheres de diferentes grupos sociais.

A transformação dessa realidade exige não apenas mudanças legislativas, mas também uma transformação cultural no âmbito jurídico. O reconhecimento da importância da paridade de gênero nos órgãos do Sistema de Justiça e a implementação de protocolos de atuação institucional com perspectiva de gênero são passos essenciais para garantir uma justiça mais equitativa, sensível às questões de gênero e capaz de enfrentar a discriminação e a violência de maneira eficaz e inclusiva.

Nesse sentido, o presente artigo inicia analisando as diversas barreiras e obstáculos enfrentados pelas mulheres, como a discriminação e a violência, o patriarcalismo jurídico e os estereótipos de gênero, no acesso à justiça.

Em seguida, expomos a influência do Sistema Internacional de Direitos Humanos, em especial através dos casos paradigmáticos julgados contra o Brasil e da competência consultiva das Cortes e Comitês Internacionais.

A partir da adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, verificamos sua influência e impactos na atuação dos operadores do direito.

Por fim, passamos à análise da influência da paridade e representatividade de gênero na atuação dos diversos órgãos do Sistema de Justiça.

Obstáculos e barreiras que as mulheres enfrentam no acesso à justiça

Dentre os diversos obstáculos e barreiras no acesso à justiça, direito inerente ao Estado Democrático de Direito, no Brasil, podemos citar, entre outros, a discriminação e a violência estrutural, as barreiras socioeconômicas, os estereótipos de gênero e a diferenças intragênero.

A busca pela igualdade de gênero e pelo reconhecimento dos direitos das mulheres é antiga, ganhando força e relevância mundial a partir do ano de 1975, considerado pela Organização das Nações Unidas - ONU, como o Ano Internacional da Mulher, e pela realização, no México, da Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, impulsionando os debates que culminaram com a adoção, em 1979, pela Assembleia Geral da ONU, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como Convenção CEDAW, sua sigla em inglês.

Não obstante a Convenção CEDAW tenha representado um grande avanço nos direitos das mulheres, tendo como pilares a não discriminação e

a promoção da igualdade de gênero, não deixou de receber críticas por não enfrentar o tema da violência contra a mulher, em especial no âmbito privado (PIMENTEL, 2017).

O contexto histórico de desigualdade e preconceito está enraizado nas instituições sociais e jurídicas. Nesse sentido, as concepções tradicionais-androcêntricas sobre o sistema jurídico em geral aumentam o efeito discriminatório do direito nas relações de gênero.

De acordo com Ana Lucia Sabadell, isso ocorre em duas situações: quando o Direito ignora a problemática e o Estado não legisla (ausência de norma), ou então, existe normativa, porém, esta padece de problemas de eficácia. Sabadell desenvolve, então, o conceito de patriarcalismo jurídico, ou seja, o Direito funciona como elemento integrante (e ao mesmo tempo legitimador) das relações de gênero de corte patriarcal (SABADELL, 2024).

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, segundo Flavia Piovesan, legalizava a hierarquia de gênero e mitigava os direitos civis das mulheres (PIOVESAN, 2008). Além disso, reproduzia a cultura da submissão da mulher ao espaço privado e ao heteropatriarcado, dependente de seu pai ou de seu marido. Enquanto fosse casada era considerada relativamente incapaz e, por isso, deveria obter autorização do marido para exercer sua profissão entre outras discriminações como pátrio poder, homem como chefe da sociedade conjugal e com controle do patrimônio, filhos legítimos.

Em relação às barreiras socioeconômicas que impedem o acesso efetivo aos serviços jurídicos, trazemos à baila, a condenação em âmbito internacional do Brasil no Comitê CEDAW, no caso *Alyne Pimentel vs Brasil*, entre outras violações, em razão do art. 2º (acesso à justiça) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Comitê CEDAW entendeu que não foram assegurados à família de Alyne ação e proteção judicial eficazes, recomendando, na decisão, que o Brasil deve garantir o acesso a vias de recurso efetivas nos casos em que os direitos das mulheres em matéria de saúde reprodutiva tenham sido violados e proporcionar formação ao sistema judicial e ao pessoal responsável pela aplicação da lei (ONU, 2011).

Outro dificultador para o acesso à justiça está relacionado aos estereótipos de gênero. De acordo com Silvia Pimentel e Maria Mendes, “podem ser compreendidos como a aplicação e mecânica dos papéis socialmente estabelecidos aos homens e mulheres, reproduzindo acriticamente conceitos ou imagens preconcebidas pelo senso comum, normalmente usadas para justificar e julgar moralmente determinados comportamentos” e podem ser classificados em: biológicos (diferenças físicas entre os sexos), sexuais (interações sexuais entre homens e mulheres, de papéis sexuais (comportamentos atribuídos e esperado de homens e mulheres) e compostos, quando há combinação entre eles. (PIMENTEL; MENDES, 2023, p. 66/68).

Embora todas as mulheres em todos os lugares sofram discriminação

e violência e sejam impactadas no exercício de seus direitos, devemos considerar a existência de uma diferença intragênero, em razão de fatores como raça, classe, território (BIROLI, 2018). No que tange ao acúmulo de jornadas, por exemplo, as mulheres dedicam, em média, 10 horas a mais aos trabalhos do cuidado de pessoas e aos afazeres domésticos que os homens (21,3 horas contra 11,7 horas), mas a diferença é maior para as mulheres negras (IBGE, 2024).

Tal diferença é ainda mais agravada nos dados relativos à violência contra a mulher. A taxa de homicídios de mulheres negras é quase o dobro das mulheres não negras e elas representam 63,6% das vítimas de feminicídios ocorridos em 2022 (IPEA, 2024).

Estes obstáculos não apenas dificultam o acesso das mulheres à justiça, mas também perpetuam um ciclo de desigualdade e violência. A compreensão desses fatores é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas e práticas jurídicas mais inclusivas e equitativas.

A Recomendação Geral nº 33 do Comitê Cedaw e a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos

A influência das decisões, recomendações e orientações oriundas do Sistema ONU (como a Recomendação nº 33 ora estudada e o julgamento do Caso Alynne Pimentel, sobre mortalidade materna e violência obstétrica, ambos do Comitê CEDAW) e do Sistema Interamericano (como exemplos, o caso Maria da Penha apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o caso Marcia Barbosa, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) tem sido decisiva para mudanças estruturais no Sistema de Justiça brasileiro.

Em agosto de 2015, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres disponibilizou a “Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça”, que enfrentam muitos obstáculos como a discriminação e desigualdade estruturais, devido a fatores como estereótipos de gênero, leis discriminatórias, discriminação interseccional ou composta, requisitos, procedimentos e práticas em matéria probatória, e à falha em sistematicamente assegurar que os mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres (ONU, 2015).

No que diz respeito à discriminação e à desigualdade, o Comitê ressalta que podem se dar tanto em relação à identidade de gênero ou pelo simples fato de serem mulheres e esclarece, ainda, que os estereótipos de gênero constituem fatores importantes de discriminação, ainda mais agravada pelo enfoque interseccional, e são reproduzidos na sociedade, assim como no Sistema de Justiça, dificultando o acesso das mulheres aos seus direitos.

A discriminação e a desigualdade estão muitas vezes associadas a fatores interseccionais, de raça, classe, capacidade, orientação sexual e outros

fatores discriminatórios. A interseccionalidade de dois ou mais fatores de opressão faz com que essas mulheres sejam atingidas de maneira ainda mais desigual, tanto na discriminação como na violência de gênero, influenciando negativamente no seu acesso à justiça.

O Comitê lista ainda uma série de outros fatores que dificultam o acesso à justiça e ampliam o caráter de opressões que podem estar interseccionadas com outras indicadas anteriormente. Podemos citar questões relativas ao analfabetismo, famílias monoparentais, migração. No Brasil, convém ainda ressaltar a questão do território, pois as mulheres que vivem em periferias, comunidades, áreas rurais são ainda mais afetadas pela violência e pela dificuldade de acesso à justiça.

Um aspecto importante trazido nas recomendações é “a concentração de tribunais e órgãos quase judiciais nas principais cidades e sua não disponibilidade em regiões rurais e remotas”. Considerando que o Brasil possui dimensões continentais, tal fato ganha ainda mais relevância.

Além disso, a divisão dos órgãos do Poder Judiciário em razão da matéria (Justiça do Trabalho, Federal, Estadual) pode trazer barreiras para o compartilhamento de informações, dificultando, muitas vezes, uma melhor compreensão dos fatos concernentes às violações de direitos das mulheres, o que aponta para a necessidade de melhor articulação entre os órgãos. Igualmente, o problema aparece dentro dos próprios tribunais, na medida em que a divisão em razão da matéria gera decisões de compatibilidade questionável, como, por exemplo, decisões de varas de família (guarda compartilhada, alienação parental) e varas criminais e de violência doméstica.

Outro fator relevante é a diferença de tratamento, inclusive orçamentário, entre os diversos órgãos do Sistema de Justiça, considerando as discrepâncias existentes, por exemplo, ao tratamento dado às Defensorias Públicas (STEIN, 2024).

A Recomendação nº 33 é complementada pelas recomendações feitas em julgamentos de casos de violações de direitos humanos pelas Cortes Internacionais, que têm trazido importantes e relevantes diretrizes a serem seguidas.

Além do Caso Alyne Pimentel, visto no tópico precedente, podemos citar o Caso Maria da Penha Fernandes contra o Brasil, decidido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, em que o Brasil foi considerado internacionalmente responsável pelo alto índice de violência doméstica e pela falta de garantias judiciais. O relatório final da Comissão impulsionou a edição da Lei Maria da Penha, que é um importante paradigma no enfrentamento à violência doméstica no Brasil. O Caso foi levado à CIDH justamente por conta da impunidade e da inefetividade do sistema judicial frente à violência doméstica contra as mulheres no Brasil (LEGALE; RIBEIRO; PIOVESAN, 2022).

Outro caso relevante foi Marcia Barbosa vs Brasil, julgado pela Corte

Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH. A discriminação em relação ao gênero foi verificada tanto na condução das investigações como no julgamento, uma vez que eram atribuídas à vítima comportamentos estereotipados e com julgamento moral. Houve desídia por parte dos investigadores que acabou resultando em arquivamento de parte das investigações por falta de provas, consistindo na omissão do Estado em investigar, julgar e punir.

Nesse sentido, é imprescindível, segundo a Corte IDH, que se adote uma perspectiva de gênero nas investigações. A sentença reconheceu que a violência contra a mulher no Brasil é endêmica e que o enfoque interseccional se mostra relevante, uma vez que a maioria das vítimas são mulheres jovens, negras e pobres. A impunidade leva a uma repetição de fatos violentos além de aumentar a insegurança das mulheres. Outro aspecto é que o acesso à justiça precisa levar em conta a duração razoável do processo, a fim de evitar a impunidade e o aumento da revitimização (CORTE IDH, 2021).

Tais mudanças são imprescindíveis para superar as barreiras impostas por um sistema patriarcal secular que durante muito tempo negou direitos civis e políticos às mulheres brasileiras, impactando também seu acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero no Brasil

O Brasil, apenas em 2021, adotou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, que ainda precisa ser mais disseminado entre os atores do Sistema de Justiça (CNJ, 2021).

A adoção de uma atuação com perspectiva de gênero no Sistema de Justiça é uma obrigação internacional do Brasil, assumida ao ratificar tratados de direitos humanos das mulheres. Esses compromissos incluem garantir igualdade de tratamento nos tribunais e eliminar discriminações baseadas em estereótipos de inferioridade ou superioridade entre os gêneros (SEVERI, 2016).

O Protocolo surge, então, como uma resposta à influência dos Órgãos Regionais e Internacionais de Direitos Humanos, refletindo a necessidade de adaptação do Poder Judiciário brasileiro às boas práticas internacionais.

Inspirando-se em países da América Latina, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, que já haviam implementado protocolos semelhantes, o Brasil reconheceu a importância de decisões fundamentadas na perspectiva de gênero. Essa abordagem é reforçada pelas orientações das Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos, que destacam a urgência de adotar medidas oficiais para garantir que casos envolvendo os direitos das mulheres sejam tratados de maneira sensível, eficaz e alinhada aos princípios de igualdade e justiça (CNJ, 2021).

O Protocolo reconhece que estruturas como o patriarcado, o machismo, o sexismo, o racismo e a homofobia atravessam todas as áreas do di-

reito, influenciando diretamente sua interpretação e aplicação. Essa abordagem não se limita a casos de violência doméstica, abrangendo também áreas como o direito penal, trabalhista, tributário, cível e previdenciário.

Defende, ainda, uma abordagem interseccional nas práticas de justiça no Brasil. A ausência dessa perspectiva tem sido uma constante nos casos envolvendo violações de direitos humanos de mulheres.

O Protocolo, busca, ainda, promover uma justiça mais equitativa, identificando e combatendo preconceitos e estereótipos que comprometem decisões judiciais, além de reforçar o compromisso do Judiciário em assegurar a igualdade e os direitos fundamentais de todas as pessoas. Não apenas promove uma aplicação mais justa das leis, mas também fortalece o compromisso do Brasil com a proteção e o empoderamento das mulheres e ainda visa eliminar preconceitos e estereótipos de gênero nas decisões judiciais, promovendo um julgamento mais justo e equitativo para as mulheres.

Apesar de sua adoção, o Protocolo ainda enfrenta desafios de disseminação e aplicação efetiva entre os diversos atores do Sistema de Justiça brasileiro. Adotar uma perspectiva de gênero no julgamento, de acordo com o Protocolo, é muitas vezes entendido como sinal de parcialidade, mas ignorar as desigualdades estruturais perpetua assimetrias e compromete um direito emancipatório. A verdadeira parcialidade está em desconsiderar essas desigualdades, enquanto reconhecê-las é essencial para uma justiça mais equitativa e alinhada com as realidades concretas dos casos (CNJ, 2021).

A iniciativa do Conselho Nacional de Justiça vem inspirando outros órgãos. O Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo, instituiu grupo de trabalho que está elaborando a proposta do Protocolo de Atuação do Ministério Público com Perspectiva de Gênero (CNMP, 2023).

Do mesmo modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou a criação de protocolo pioneiro para julgamento ético-disciplinar com perspectiva de gênero e raça, no âmbito da instituição. A iniciativa se deu devido à Lei nº 14.612, de 3 de julho de 2023, que alterou o Estatuto da Advocacia, para incluir o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (OAB, 2024).

No âmbito dos Estados, a OAB/RJ elaborou a “Cartilha para atuação em julgamento com perspectiva de gênero”, em 2024, em razão da Resolução nº 01/2023 do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RJ, que estabeleceu diretrizes gerais para julgamento de processos ético-disciplinares com perspectiva de gênero no âmbito da seccional do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objetivo facilitar a realização de julgamentos justos e equânimes entre gêneros (OAB/RJ, 2024).

Portanto, a implementação efetiva de protocolos de julgamento com perspectiva de gênero requer não apenas a sua adoção formal, mas também um esforço contínuo de capacitação e conscientização dos profissionais do

direito. É necessário um trabalho de sensibilização que aborde as raízes culturais e sociais da discriminação de gênero para que o protocolo possa realmente transformar a prática jurídica no país.

Paridade de gênero no poder judiciário brasileiro e em outros órgãos do sistema de justiça

Também se mostra relevante a discussão sobre a paridade de gênero no Poder Judiciário e em outros órgãos do Sistema de Justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacias Pública e privada.

As democracias constitucionais contemporâneas, como a brasileira, fundamentam-se no princípio da igualdade entre homens e mulheres, reforçando o compromisso com o pluralismo e a justiça social. Nesse contexto, surge a necessidade de que essa igualdade material se reflita na composição dos órgãos centrais de poder, assegurando uma coerência institucional com os valores democráticos. Assim, a diversidade no Poder Judiciário e outros órgãos do Sistema de Justiça deve ser vista como uma realização concreta do princípio democrático (PEREIRA; OLIVEIRA, 2018).

No contexto do Poder Judiciário, já não se pode mais sustentar a ideia de que os magistrados são apenas membros imparciais e puramente técnicos, desconsiderando a necessidade de uma maior representatividade nesses espaços. Estudos recentes indicam que fatores extrajurídicos influenciam as decisões dos juízes (MELLO, 2015).

Ao observar órgãos de cúpula do Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal, predominantemente composto por homens cis, heterossexuais e brancos, é evidente a falta de representatividade democrática, especialmente em temas sensíveis para a sociedade brasileira, como gênero, discriminação, violência doméstica e raça. Assim, é crucial que as mulheres, que representam metade da população brasileira, ocupem mais espaços políticos para garantir uma representação mais justa e fiel à realidade da sociedade.

Os Tribunais de Justiça dos Estados, onde o ingresso na magistratura ocorre por meio de concurso público, sem indicação política, a representação masculina ainda é significativamente maior do que a feminina. De acordo com o Censo do Poder Judiciário de 2014, a proporção de magistrados homens é de 64,1%, enquanto as mulheres representam 35,9% (CNJ, 2014).

O número de mulheres magistradas em segunda instância, cujo acesso se dá por meio de promoções, como a promoção por merecimento, cujos critérios são de avaliação subjetiva, a sub-representação é ainda maior, o que também ocorre em outros órgãos onde o critério de merecimento nas promoções é adotado. A condição da mulher mãe/esposa justifica essa dificuldade de ascensão na carreira, pois são sobrecarregadas, especialmente considerando que desempenham simultaneamente os papéis de trabalhadoras remuneradas e responsáveis pelo trabalho doméstico e de cuidado, ou seja,

cumulando o trabalho produtivo e reprodutivo (FEDERICI, 2023), resultando em jornadas duplas, triplas e até mesmo quádruplas (ENRIQUEZ, 2022).

No Brasil, tal discussão ganhou contornos relevantes com algumas medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Podemos citar, por exemplo, a aprovação da modificação no texto da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (Resolução nº 255/2018, CNJ), para ampliar a presença das mulheres em cargos diretivos nos tribunais e estender seus efeitos a todas as trabalhadoras em outros postos de trabalho. Outra grande mudança também ocorrida em 2023, foi a criação, pelo CNJ, da política de alternância de gênero no preenchimento de vagas para a segunda instância do Judiciário.

Um dado, no mínimo, curioso a ser observado é que as recentes iniciativas do Conselho Nacional de Justiça relativas à promoção da equidade de gênero no judiciário se deram sob as presidências das Ministras Carmem Lucia e Rosa Weber (que se aposentou em 2024, sem reposição de uma mulher em sua vaga, mesmo após inúmeros apelos de diversos setores da sociedade para a indicação de uma mulher negra para o cargo).

As recentes iniciativas em prol da paridade de gênero no Poder Judiciário têm impactado também outras instituições do Sistema de Justiça, como o Ministério Público. O tema está em discussão no Conselho Nacional do Ministério Público, que propôs uma medida para garantir maior igualdade de gênero. A proposta estabelece que, nas Procuradorias de Justiça, na Subprocuradoria-Geral da República e nas Procuradorias Regionais da República que não atingiram a proporção de 40% a 50% de representação feminina, sejam abertos editais com inscrições mistas e exclusivas para mulheres, de forma alternada, até atingir a paridade de gênero. Contudo, ainda não há previsão para a votação dessa proposta (MALTCHIK, 2024).

Nesse sentido, a falta de uma perspectiva de gênero nas decisões judiciais sobre questões sociais que afetam diretamente as mulheres, como nos casos de varas de família (guarda compartilhada, alienação parental) e varas criminais e de violência doméstica, resulta na revitimização das mulheres e na perpetuação de violências, discriminação direta e indireta, tanto estruturais quanto institucionais.

O aumento da presença feminina em posições de poder no Judiciário e em outros órgãos do Sistema de Justiça tem o potencial de influenciar positivamente a interpretação e aplicação das leis, promovendo uma perspectiva mais inclusiva e sensível às questões de gênero.

Apesar dos avanços, ainda há um longo caminho a percorrer para alcançar a verdadeira paridade de gênero no Sistema de Justiça brasileiro, especialmente nos níveis mais altos da hierarquia dos órgãos, sendo fundamental não apenas para a representatividade, mas também para garantir que as perspectivas e experiências das mulheres sejam devidamente consideradas na

interpretação e aplicação da lei.

Conclusão

A superação dos obstáculos que dificultam o acesso das mulheres à justiça no Brasil é uma questão fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Embora avanços importantes tenham sido feitos nas últimas décadas, como a adoção de normas internacionais e nacionais de proteção aos direitos das mulheres, ainda há um longo caminho a percorrer para garantir a efetiva igualdade de gênero no Sistema de Justiça.

As barreiras estruturais, a violência de gênero, os estereótipos e as desigualdades socioeconômicas continuam a limitar a capacidade das mulheres de exercerem plenamente seus direitos.

A discriminação e a violência de gênero, que ocorrem de forma endêmica no Brasil, são corroboradas pela revitimização causada pelos órgãos do Sistema de Justiça e outros órgãos (como forças de segurança, unidades de saúde e assistência social) destinados a acolher e orientar mulheres vítimas dos mais diversos tipos de violência.

Nesse contexto, as recomendações e orientações do Sistema Internacional de Direitos Humanos têm sido cruciais para impulsionar mudanças nas políticas de gênero no Sistema de Justiça brasileiro, bem como sua jurisprudência têm fornecido precedentes importantes para casos de violência de gênero e de discriminação no Brasil. A implementação de medidas sugeridas pela Recomendação Geral nº 33 do Comitê CEDAW, o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero e a busca pela paridade de gênero nas instituições judiciais representam avanços essenciais.

Contudo, é crucial que o Sistema de Justiça, de forma geral, adote uma postura mais inclusiva, sensível às especificidades das mulheres, e capaz de garantir a igualdade material, além de haver uma integração com os demais poderes, para a instituição de políticas públicas efetivas de promoção da igualdade de gênero e de enfrentamento a todas as formas de discriminação e violência contra a mulher.

Somente com a consolidação de uma justiça mais equitativa e com a efetiva participação das mulheres nos espaços de poder, será possível construir um sistema jurídico que proteja e promova verdadeiramente os direitos das mulheres em todas as suas dimensões.

Referências

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. DOU, 31.7.2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Censo do Poder Judiciário, vide: vetores iniciais e dados estatísticos.** Brasília: CNJ, 2014

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Recomendação CN n.º 02, de 22 de março de 2023.** Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/2023/mar%C3%A7o/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_CN_02-2023_-_perspectiva_de_g%C3%AAnero.pdf. Acesso em 24/11/2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil.** Sentença de 07 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 24/11/2024.

ENRIQUEZ, Corina. **Economia do cuidado e desigualdade na América Latina: avanços recentes e desafios pendentes.** In: Economia feminista: desafios, propostas e alianças. BENGUA, Cristina; CORRAL, Carme. (org). São Paulo: Jandaíra, 2022.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva.** 2ª ed. São Paulo: Elefante, 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** 3ª ed. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n.38. Brasília: 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2024.** CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coordenadores). Brasília: IPEA; FBSP, 2024

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raísa; PIOVESA, Flávia. **Feminismo Interamericano: exposição e análise crítica dos casos de gênero da Corte IDH: exposição e análise crítica dos casos de gênero da Corte IDH.** 2ed. Rio de Janeiro: NIDH - UFRJ, 2022.

MALTCHIK, Roberto. **Mulheres do MP fazem manifesto por paridade de gênero.** In: Jota, 18/06/2024. Disponível em: https://app.rdstation.email/mail/e4a-12202-e5be-4cbe-84d9-55e8b5b0e416?utm_campaign=jota_info__por_dentro_da_maquina_-_180624&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em 19/06/2024

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: Constituição, emoção, estratégia e espetáculo.** São Paulo: GEN, 2015

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **CFOAB aprova protocolo pioneiro para julgamento ético-disciplinar com perspectiva de gênero e raça.** 19/08/2024. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/62509/cfoab-aprova-protocolo-pioneiro-para-julgamento-etico-disciplinar-com-perspectiva-de-genero-e-raca?argumentoPesquisa=protocolo%20julgamento%20perspectiva%20genero>. Acesso em: 24/11/2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL RIO DE JANEIRO (OAB/RJ). **Cartilha para atuação em julgamento com perspectiva de**

gênero. Rio de Janeiro: Departamento de Jornalismo e Publicações ad OABRJ/CAARJ, 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça.** Comitê CEDAW, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório Alyne da Silva Pimentel Teixeira (falecida) v. Brasil.** Comitê CEDAW, 2011.

PEREIRA, Jane Reis, OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subapresentação das mulheres nos Tribunais e (i)legitimidade Democrática do Poder Judiciário.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

PIMENTEL, Sílvia. **Convenções de direitos humanos sobre direitos da mulher.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/527/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-da-mulher->. Acesso em: 10/06/2024.

PIMENTEL, Sílvia; MENDES, Maria. **Estereótipos de gênero: como são julgados os crimes de estupro e demais violências sexuais contra as mulheres?** São Paulo: Matrioska Editora, 2023.

PIOVESAN, Flávia, [Princípios e Direitos Fundamentais] **Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres do Brasil.** 2008. Curadoria Enap, p. 02. Disponível em <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/214>. Acesso em 08/11/23.

SABADELL, Ana Lucia. **Patriarcalismo jurídico e violência doméstica: reflexões sobre a suposta inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha.** Especialização em Gênero e Direito. EMERJ, 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos.** Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.

STEIN, Sophia. **Direitos: menos de um terço do território brasileiro possui unidade da Defensoria Pública da União.** In: Brasil 61, 2024. Disponível em: <https://brasil61.com/n/27-do-territorio-brasileiro-possui-uma-unidade-da-defensoria-publica-da-uniao-bras239446>. Acesso em: 24/11/2024.

AS OLIMPIADAS DE PARIS 2024 COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS REFUGIADOS, CONSECUÇÃO DAS PREMISSAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E DOS IDEAIS DO ESPÍRITO OLÍMPICO

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes

Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Público e Tributário e em Direito Empresarial. Advogado e professor universitário

Daury Cesar Fabriz

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV

Resumo:

O objeto da pesquisa é aferir a importância dos Jogos Olímpicos de Paris 2024 como ferramenta de inclusão social dos refugiados. Em 2024 há mais de 120 milhões de pessoas em situação de refúgio no mundo. São vítimas de desumanização compelidas a deixar tudo para trás em busca da sobrevivência em outro Estado. A Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas estabelece que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que devem viver em paz, mas os direitos dessas pessoas muitas vezes são esquecidos. A crise migratória é pauta de muitas agendas da Organização. A envergadura do tema justifica a pesquisa. Então, surge a seguinte indagação no artigo: é possível afirmar que a participação da equipe olímpica de refugiados nas Olimpíadas de Paris 2024 concretiza as premissas da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, bem como dos ideais do espírito olímpico? Sendo o desporto um direito fundamental, a participação dos refugiados nesse evento esportivo lhes promoverá inclusão e igualdade. A fenomenologia Husserliana é o método empregado. Os resultados alcançados confirmaram a hipótese, culminado no alcance dos ideais do espírito olímpico de união, paz, *fair play* e amizade. Os Jogos

Olímpicos de Paris 2024 estão assim, em tom afinado com as premissas da Organização das Nações Unidas, promovendo o direito fundamental ao desporto, saúde, bem-estar, igualdade, liberdade, sentimento de pertença e dignidade humana aos refugiados.

Palavras-chave: Jogos Olímpicos de Paris 2024; Refugiados; Inclusão social; Direitos fundamentais.

Introdução

O estudo em tela busca analisar a importância dos Jogos Olímpicos de Paris 2024 para o quesito inclusão social dos refugiados, a partir de uma pesquisa acerca dos ideais do espírito olímpico, das premissas da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), bem como dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Neste sentido, partindo de dados concretos com o registro em 2024 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) de que 120 milhões de pessoas encontram-se em situação de refúgio no mundo, a pesquisa apresenta-se como tema de grande envergadura.

Essas pessoas são compulsoriamente obrigadas a deixar tudo para trás e em profundo grau de desumanização buscam, por meio de rotas extremamente sinuosas e perigosas, uma oportunidade de viver em outro Estado. Trata-se de uma árdua luta pelo direito a ter direitos. Os dramas vivenciados por esse grupo de pessoas vulneráveis perpassam pela violação de direitos humanos, racismo, xenofobia, invisibilidade social e aporofobia entre outros fenômenos bárbaros e que as tornam vítimas e carecedoras de apoio de Organizações Internacionais e da sociedade civil em busca de dignidade humana.

Desafio de grande magnitude, para além do drama das travessias sombrias que enfrentam, refere-se à dificuldade de inclusão social quando conseguem adentrar em algum território e quando lhe é conferido o status de refugiado. Registra-se que a inserção no seio de uma sociedade estrangeira é difícil por si só, até mesmo para um migrante voluntário que muda de país por vontade própria, como é o caso, por exemplo de alguém que é expatriado pela empresa que trabalha para exercer seu labor em outro país. Para a pessoa em situação de refúgio este desafio é ainda maior.

Daí que políticas públicas de inclusão social são de suma importância para o acolhimento humanitário dessas pessoas, seja exemplificativamente, na seara da saúde, do emprego, da cultura, da academia. Do mesmo modo na área do desporto, considerado pela ONU como direito fundamental e recorte no qual situa-se este trabalho.

Diante disso, este artigo se propõe a aferir se os Jogos Olímpicos de

Paris possuem a característica de acolhimento e visibilidade para os refugiados, trazendo a seguinte pergunta: é possível afirmar que a participação da equipe olímpica de refugiados nas Olimpíadas de Paris 2024 concretiza as premissas da DUDH e ODS da ONU, bem como os ideais do espírito olímpico?

Para buscar responder ao ora indagado, a trajetória a ser percorrida compreende três etapas: (i) preliminarmente, o estudo terá como abordagem os aspectos centrais do refúgio ao abrigo do direito internacional positivo; (ii) na segunda fase, serão analisados os ideais do espírito olímpico e serão elencados dados gerais acerca da equipe olímpica de refugiados; e (iii) no último estágio, serão descortinados os jogos olímpicos de Paris 2024 e a sua relevância na inclusão dos refugiados.

A metodologia utilizada neste trabalho é a fenomenologia, sob a perspectiva de Edmund Husserl. Consubstanciada na intencionalidade, nas experiências do mundo da vida, o ente será desvelado, ocorrendo a sua elucidação, consoante a sua aparição à consciência.

O refúgio à luz do direito internacional positivo

No ano de 2024 há mais de 120 milhões de pessoas em situação de refúgio no mundo (ACNUR, 2024). A crise migratória é hoje um dos maiores problemas enfrentados globalmente e pauta de diversas agendas da ONU em suas pautas semanais. Frisa-se que o período pós-guerra foi determinante para a positivação dos Direitos Humanos a nível internacional, tal como de um Estatuto para os Refugiados.

A ONU surgiu em 1945, com a Carta de São Francisco, quando Nações firmaram um pacto para estarem Unidas e para valorizarem os direitos humanos. Já em 1948 foi proclamada a DUDH com a promessa de que as barbaridades havidas na Guerra não mais se repetissem e que as pessoas vivessem “a salvo do temor”, para que os direitos humanos fossem “protegidos pelo império da lei”. A DUDH elenca importantes direitos humanos (por exemplo vida, liberdade, igualdade, propriedade e julgamento justo), além do direito à nacionalidade em seu artigo 15, bem como o direito de asilo em seu artigo 14, que prevê que todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países (ONU, 1948).

A Guerra gerou milhares de refugiados e era preciso regular a condição jurídica dessas pessoas para que a sua dignidade fosse restabelecida. Foi neste cenário que, em 1951 surgiu o documento mais emblemático no que tange ao direito dos refugiados, qual seja o “Estatuto dos Refugiados”. Rodrigues (2019, p. 21) lembra, inclusive, que o Diploma “foi criado na forma de tratado internacional, esse documento tornou-se obrigatório para todos os países que o assinaram e tempos depois confirmaram sua aceitação por meio de ratificação”.

Observa-se que inicialmente o Estatuto trazia a condição de refúgio aos casos que guardassem relação à Guerra e aos deslocados que se encontrassem no Continente Europeu. Tal “lacuna” foi sanada com o Protocolo de 1967, que tem como marco um aspecto ampliativo. Neste sentido, refugiado resta definido à luz do Estatuto dos Refugiados como temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ACNUR, 1951).

Tal como todas as pessoas, os refugiados fazem jus aos direitos humanos que, em linhas gerais, são definidos como “um conjunto de direitos que protege a possibilidade de toda pessoa viver com dignidade” (Piovesan; Cruz, 2021, p. 3). Mas, esses direitos restam esvaziados.

Portanto, em que pese haver a previsão na DUDH, da ONU e no Estatuto dos Refugiados, de uma gama de direitos dos refugiados, na prática nota-se a escassez dos mesmos. A fenomenologia, cuja tarefa é “estudar a significação das vivências”, descortina dessa maneira o fenômeno.

Espírito olímpico e a equipe olímpica de refugiados

Os jogos Olímpicos referem-se a uma competição ocorrida a cada quatro anos, contemplando diversas modalidades esportivas, contando com a participação de delegações de centenas de países e milhares de atletas de todo o mundo.

Usualmente milhares de espectadores acompanham presencialmente as atividades desportivas no país sede e outros milhões assistem pela televisão e plataformas que transmitem as modalidades ou escutam pelo rádio.

Trata-se de uma competição de apelo mundial que tem entre seus traços a união, a paz e o *fair play*. Seu símbolo maior são os cinco anéis coloridos que correspondem aos cinco continentes da Terra lado a lado em uma autêntica interseção de harmonia e solidariedade.

Ao analisar a temática da teoria das dimensões (ou gerações) dos direitos humanos e a sua inexauribilidade, a solidariedade é destacada por Ramos (2024, p. 30), quando este pontua os direitos de terceira geração.

Aqueles de titularidade da comunidade como o direito ao desenvolvimento, direito à vida, direito à autodeterminação, e em especial ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

O lema dos Jogos Olímpicos traduz-se em uma ideia de união de povos, de atletas de alto rendimento que irão representar as cores de seus países, respeitar o adversário e as normas que regulamentam a competição nas quais se apresentam com ética.

Contudo, para as pessoas em situação de refúgio, representar o seu país é algo muitas vezes impensável, afinal há até mesmo cenários de impossibilidade de que isto se proceda, como nos casos de atletas que não possuem documentos ou dos apátridas que não são nacionais de qualquer Estado.

Entretanto, em um tom de inclusão social e de oportunidades, foi criado o time Olímpico dos Refugiados do Comitê Olímpico Internacional. Desde as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016, foi possível que atletas refugiados pudessem competir representando essa bandeira.

Nos Jogos Olímpicos de Paris, a Equipe Olímpica de Refugiados do COI esteve pela terceira vez presente em uma edição de Olimpíadas, com uma delegação de 36 atletas de onze países diferentes e que disputaram 12 modalidades, representando mais de 100 milhões de pessoas na ocasião. Ademais, foi a primeira vez que competiu “sobre seu próprio emblema de equipe - um símbolo unificador que reúne atletas diversos e dá à equipe sua própria identidade única” (ACNUR, 2024 b).

A atmosfera dos Jogos Olímpicos reveste-se de União, um sentimento de igualdade e de acolhimento, no qual todos devem ser respeitados. Uma grande cadeia está presente nos jogos, desde a organização do evento, passando pelos voluntários que dedicam seu tempo para trabalhar gratuitamente na atividade, passando pelo público e especialmente pelos grandes protagonistas que são os (as) atletas.

O Comitê Olímpico Brasileiro (COB) observa que o “Movimento Olímpico tem como objetivo “contribuir para a construção de um mundo pacífico e melhor, educando a juventude por meio do esporte praticado de acordo com o Olimpismo e seus valores”.

Prever uma equipe de refugiados nos jogos olímpicos demonstra preocupação com a inclusão dessas pessoas e a possibilidade de que elas possam desenvolver suas atividades de modo digno. Revela-se, pois um respeito à dignidade humana, que traz uma ideia que “reconhece aos seres humanos um *status* diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica” (Barcellos, 2023, p. 125).

Estar inserido dentro de uma sociedade é uma missão árdua para qualquer migrante e ainda mais para um refugiado. Bauman, 2017, p. 109, ao abordar o fenômeno dos “estranhos à nossa porta” referente aos refugiados, sublinha que “a primeira reação ao Outro tende assim, a ser de vigilância e suspeita”. Desta feita, o esporte pode ser uma peça-chave para quebrar esse distanciamento e possibilitar que o refugiado usufrua de seus direitos.

Empregando-se a fenomenologia, que “desmembra continuamente o

visar, a respectiva intencionalidade, ao estabelecer como tais sínteses cumadoras de sentido” (Husserl, 2017, p. 24) desvela-se que o Estado que conseguir cumprir o seu dever de fomentar o desporto será eficiente ao colocar ao dispor do refugiado, a prática do desporto e assim, a efetividade do direito fundamental a qual ele faz jus.

Os jogos olímpicos de paris 2024 e a sua relevância na inclusão dos refugiados

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) define o esporte como um direito fundamental (UNESCO, 1978). Neste sentido, ao estatuir que o desporto é um direito fundamental, significa dizer que corresponde a verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias, por razões de humanidade (Andrade, 2009, p. 22). Portanto, permitir que o refugiado represente o seu grupo em um evento da magnitude dos Jogos Olímpicos é algo de extrema valia para o desenvolvimento dessas pessoas e um estímulo para que elas possam continuar a sua jornada de resiliência e força.

Trata-se da terceira participação da equipe de refugiados em Olimpíadas e a delegação teve trinta e seis atletas de onze países, que competiram em doze modalidades. Essa participação nos Jogos de Paris 2024 culminou no alcance dos ideais do espírito olímpico de união, paz, *fair play* e amizade. Demonstra-se, que o evento Jogos Olímpicos de Paris 2024 esteve em um tom afinado com as premissas da ONU estabelecidas em sua DUDH e em seus ODS, promovendo o direito fundamental ao desporto, saúde, bem-estar, igualdade, liberdade, sentimento de pertença e dignidade humana aos refugiados.

Nesta esteira, facultar a uma equipe de refugiados disputar os Jogos Olímpicos revela-se, pois um ato de respeito à dignidade humana, fenômeno que “reconhece aos seres humanos um *status* diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica” (Barcellos, 2023, p. 125). Todas as pessoas merecem um tratamento digno e devem poder usufruir de seus direitos.

Afinal como salientado pela própria ONU, “o esporte tem o poder de mudar o mundo e é um direito fundamental para fortalecer laços sociais e promover o desenvolvimento sustentável e a paz, além da solidariedade e respeito a todos” (ONU, 2023). Empregando-se a fenomenologia, que é a “doutrina universal das essências” (Husserl, 2015, p. 20) desvela-se que os Jogos Olímpicos de Paris 2024 funcionaram como ferramenta de extremo relevo para a inclusão dos refugiados.

Considerações finais

Este artigo buscou demonstrar a importância dos Jogos Olímpicos de

Paris 2024 como ferramenta de inclusão social dos refugiados. Para tanto em uma primeira etapa buscou-se trazer as características centrais do instituto do refúgio e a sua regulamentação ao abrigo do ordenamento jurídico internacional.

Na ocasião destacou-se o cenário de criação da ONU e da promulgação da DUDH de 1948, bem como da criação do Estatuto dos Refugiados na busca pela proteção dos milhares de deslocados de guerra. Invocou-se, ainda, que o protocolo de 1967 conferiu ao Diploma um aspecto ampliativo superando as barreiras geográficas e temporais.

Foi visto a seguir que os Jogos Olímpicos possuem como traço principal a união de povos, a harmonia, o *fair play* e a solidariedade à luz dos ideais do espírito olímpico. Ademais, elucidou-se que desde as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016, há uma equipe olímpica dos refugiados, que em Paris passou a competir com bandeira própria ostentando o emblema desse grupo com uma delegação própria.

Tendo como base a definição da UNESCO que o esporte é um direito fundamental e amparado na fenomenologia de Edmund Husserl com base na intencionalidade, nas experiências do mundo da vida descortina-se o ente e ocorre a sua elucidação, de acordo com sua aparição à consciência, chegou-se à conclusão do trabalho.

Desta feita, restou desvelado que a participação da equipe olímpica de refugiados nas Olimpíadas de Paris 2024 concretiza as premissas da DUDH e ODS da ONU, bem como os ideais do espírito olímpico.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951**. Genebra. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 31 nov. 2024.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Protocolo de 1967, de 31 de janeiro de 1967**. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 31 nov. 2024.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Relatório anual Tendências Globais “Global Trends Report” 2024**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/global-trends>. Acesso em 02 dez. 2024.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Equipe Olímpica de Refugiados do COI representará mais de 100 milhões de pessoas deslocadas nos Jogos de Paris**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2024/05/02/equipe-olimpica-de-refugiados-do-coi-representara-mais-de-100-milhoes-de-pessoas-deslocadas-nos-jogos-de-paris/>. Acesso em: 31 nov. 2024.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

COMITÊ OLÍMPICO BRASILEIRO. **O movimento olímpico**. Disponível em: <https://www.cob.org.br/cultura-educacao/movimento-olimpico#olimpismo>. Acesso em 31 nov 2024.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2015.

HUSSERL, Edmund. **Conferências de Paris**. Lisboa: Edições 70, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. Genebra**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/resources/publications>. Acesso em: 31 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU celebra Dia Internacional do Esporte para o Desenvolvimento e Paz**. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/04/1812422>. Acesso em: 31 nov. 2024.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de Direitos Humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

RODRIGUES, Gilberto. M. A. **Refugiados: o grande desafio humanitário**. São Paulo: Moderna, 2019.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte**. 1978. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235409_por. Acesso em 31 nov 2024.

A FACE OCULTA DA LIBERDADE TESTAMENTÁRIA: A POSSIBILIDADE DE PERPETUAÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO POR MEIO DA DISTRIBUIÇÃO DA HERANÇA¹

Pollyanna Thays Zanetti

Doutoranda e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera. Membro do Grupo de Pesquisa Evolução das categorias, institutos e situações jurídicas existenciais e patrimoniais no Direito Privado.
Advogada. Bolsista CAPES

Walsir Edson Rodrigues Júnior

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor de Direito Civil na Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/MG. Líder do Grupo de Pesquisa Evolução das categorias, institutos e situações jurídicas existenciais e patrimoniais no Direito Privado. Advogado e sócio do escritório CRON Advocacia

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo verificar “se” e “como” a liberdade testamentária é capaz de contribuir para a perpetuação da desigualdade de gênero e a manutenção do patriarcado capitalista. Trata-se de estudo inicial sobre o tema, cuja metodologia é a de revisão bibliográfica. A conclusão preliminar é no sentido de que, de fato, a sucessão *causa mortis*, em qualquer dos sistemas sucessórios atualmente existentes, pode ser uma via de perpetuação da desigualdade de gênero. Apesar disso, os Tribunais têm se mostrado atentos a esse aspecto, de maneira que, nos casos em que restou constatada a motivação de gênero para fins de diferenciação na distribuição da herança, a disposição testamentária foi anulada para se promover uma divisão mais equilibrada entre os herdeiros. Contudo, é necessário atentar para o fato de ser necessário o estabelecimento de critérios objetivos mínimos, capazes de orientar o julgador quando da revisão da disposição de última vontade, de maneira que tal ato não seja capaz de sacrificar a autonomia privada do autor da herança, que também encontra proteção constitucional.

1 O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Palavras-chave: Liberdade para testar; Desigualdade de gênero; Sucessão; Direitos fundamentais.

Introdução

Um dos pilares do Direito contemporâneo, em consonância com o ideal aristotélico, é a busca pela igualdade material. Nesse contexto, os ordenamentos jurídicos democráticos, em harmonia com os preceitos dos Direitos Humanos, buscam extirpar as desigualdades prejudiciais. No entanto, no âmbito do direito sucessório, a liberdade de testar, outorgada ao testador, pode gerar desigualdade negativa, infringindo tanto o sistema jurídico interno, no que concerne aos Direitos e Garantias Fundamentais, quanto o sistema internacional de Direitos Humanos.

Diante disso, imprescindível analisar os efeitos da liberdade testamentária na perpetuação da desigualdade de gênero, que é o objeto central da presente pesquisa. A relevância do tema, ainda que pouco explorado, reside na possibilidade de a liberdade de testar perpetuar o patriarcado capitalista, concentrando a propriedade e o controle da riqueza nas mãos masculinas.

Ademais, conquanto o direito sucessório pertença ao domínio do direito privado, a mensagem social veiculada pela diferenciação de gênero na transmissão patrimonial *causa mortis* transcende a esfera individual, justificando sua discussão, inclusive sob a ótica da formação identitária do indivíduo, influenciada pelo reconhecimento ou pela sua ausência no contexto social.

Portanto, o presente estudo objetiva analisar “se” e “como” a transmissão patrimonial *causa mortis* impacta a busca pela igualdade de gênero em países que adotam a liberdade testamentária. A pesquisa abrangerá não apenas os sistemas com ampla liberdade de testar, mas também aqueles que combinam a sucessão necessária com a liberdade testamentária, a exemplo do Brasil e de Portugal. Para tanto, será empregado o método de pesquisa bibliográfica, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência dos países investigados.

Preliminarmente, a título conclusivo, é possível constatar que nos países onde há liberdade testamentária, é possível identificar casos de preterição de gênero na sucessão *mortis causa*, principalmente no que tange à transmissão de empresas e grandes latifúndios. No Brasil, onde há a coexistência entre a sucessão necessária e a liberdade testamentária, um interessante quadro se apresenta: nas famílias proprietárias de terras ou empresas, mesmo sendo garantida a legítima aos herdeiros necessários, na prática, parece manter-se a tradição romana de copropriedade familiar, de maneira que as mulheres ainda são submetidas, em alguma medida, ao poder do herdeiro eleito para gerir o patrimônio, havendo uma verdadeira dissonância entre a lei e a prática e, conseqüentemente, uma perpetuação dos meios de produção em mãos

masculinas.

Apesar disso - e considerando que o presente estudo busca dar, apenas, os primeiros passos rumo a uma conclusão mais efetiva acerca da temática apresentada - é necessário compreender que o Direito Sucessório não pode ser utilizado como fonte de redistribuição de renda. Exatamente por isso, o problema da desigualdade de gênero em âmbito sucessório, poderá ser minimizada pela via legal, principalmente diante da política judiciária que vem sendo adotada em vários países no sentido de promover julgamentos com perspectiva de gênero nas diversas áreas do Direito, inclusive, no direito das sucessões. Contudo, o Direito, por si só, não é capaz de resolver a situação, sendo necessário um conjunto de intervenções para um resultado satisfatório. Ao Direito Privado, compete proteger a autonomia privada nos exatos limites da função social, sendo função do julgador, na análise do caso concreto, verificar se a liberdade, uma vez exercida pelo autor da herança, extrapola ou não os limites impostos pelo interesse público, não lhe competindo reescrever o testamento do *de cuius* para fins de promover uma igualdade absoluta entre os herdeiros, sob pena de verdadeiro sacrifício da autonomia privada, que também encontra proteção constitucional.

Liberdade testamentária e (des)igualdade de gênero

É sabido que o controle dos meios de produção, em uma sociedade capitalista, é fonte de poder, não só econômico como político. Exatamente por isso, sendo a sucessão *mortis causa*, um dos meios de transmissão da propriedade, necessário averiguar quais os impactos a liberdade testamentária poderão exercer na perpetuação da histórica desigualdade de gênero. O tema é pouquíssimo explorado, embora encontre grande relevância jurídica e social, sendo imprescindível seu estudo aprofundado na atualidade, principalmente diante das recentes reivindicações por uma ampla liberdade testamentária nos países que adotam restrições a essa liberdade. Isso porque, podendo o testador deixar o seu patrimônio para quem quiser, pode haver a preterição das mulheres, principalmente em razão da tradição histórica da primogenitura masculina em alguns países².

É necessário considerar, também, que contribuem para essa diferenciação de gênero, várias religiões e leis consuetudinárias ao redor do mundo, que autorizam expressamente uma distribuição desigual da herança entre

2 A questão da igualdade de gênero no debate da liberdade testamentária, aliás, é bastante antiga no direito inglês. Nas discussões parlamentares acerca da introdução ou não da *Family provision* na lei inglesa em 1928, Lord Buckmaster, ao rejeitar a moção de Viscondessa Astor para a introdução da provisão, reconheceu que a liberdade testamentária pode causar uma diferença de gênero. Entretanto, entendeu que a solução não era garantir alimentos aos herdeiros do *de cuius* para afastar essa diferença, mas sim que o Parlamento empregasse esforços para estabelecer igualdade entre homens e mulheres, tornando-os seres iguais, livres e independentes (Hedlund, 2021, p. 58).

homens e mulheres³.

Historicamente, na Inglaterra, quando havia uma irrestrita liberdade testamentária, nas famílias mais abastadas, mesmo quando a herança era dividida entre os filhos pelo testador, havia uma tendência de que as mulheres recebessem uma parte menor. Por outro lado, nas famílias em que a propriedade era moderada ou pequena, a divisão igualitária parecia ser a regra (Wedgwood, 1939, p. 96-97).

Aliás, naquele país, a preocupação com as desigualdades de gênero relacionadas a questões sucessórias, não é nova. A temática foi objeto de debate durante a vigência do *Inheritance (Family Provision) Act*, de 1938. Isso porque a lei previa a possibilidade de filhas solteiras, maiores de idade ou não, poderem pleitear a *family provision*, enquanto os filhos só teriam tal direito no caso de serem menores ou incapazes. Significa dizer que os filhos que ainda cursavam a universidade, mesmo não tendo condições para se sustentarem, não fariam *jus* à provisão (Gold, 1938, p. 296-307). Nesse aspecto, se a *ratio* da lei era protetiva - considerando que nasce da ideia de limitar a irrestrita liberdade de testar anteriormente existente para proteger determinadas classes de herdeiros - a previsão legal não resguardaria interesses de todos os herdeiros vulneráveis, de maneira que não atenderia as reivindicações sociais que culminaram na sua elaboração. Apesar disso, a preocupação do legislador em prever uma provisão apenas em benefício das filhas solteiras, parece revelar a tendência de que os homens eram os beneficiados com os bens que compunham a herança, razão pela qual, o grupo vulnerável - e que, portanto, necessitava de proteção legal - era o das mulheres. Essa tendência de preterição das mulheres em âmbito sucessório nos países que adotam a ampla liberdade testamentária parece, ainda hoje, ser uma realidade.

Em interessante dissertação defendida perante a *University of South Africa*, Sarah Rutherford Smith, aponta que a liberdade para testar “apoia e perpetua o patriarcado capitalista na medida em que possibilita a continuação da propriedade e o controle da riqueza pelos homens” (Smith, 2009, p. 3), de maneira a excluir continuamente as mulheres. De acordo com a autora, a perpetuação da propriedade em mãos masculinas está ligada a uma histórica tradição que sempre excluiu as mulheres da propriedade e dos meios de produção, bem como ao fato de terem sempre recebido uma educação inferior àquela que se dava aos homens, razão pela qual, quando surgiram os debates acerca da propriedade privada, elas não tinham o direito de argumentarem, direito este que lhes foi concedido muito mais tarde na história, quando a

3 A lei judaica, por exemplo, estabelece que os homens receberão em primeiro lugar a herança. Somente no caso de não haver herdeiros do sexo masculino é que as mulheres poderão herdar (Kreiczer-Levy; Pinto, 2012, p. 123). Da mesma forma, a lei consuetudinária da Tanzânia determina que o filho mais velho receba a maior parte da herança e as filhas a menor parte. Além disso, havendo apenas uma filha, seu direito de herança é limitado, na medida em que ela poderá apenas usar a terra herdada, sendo proibida de vendê-la (Hacker, 2010, p. 339).

propriedade e os meios de produção já eram amplamente controlados pelos homens (Smith, 2009, p. 73).

Dessa maneira, conclui Sarah, que sendo a liberdade testamentária um dos exemplos mais evidentes das estruturas que sustentam o patriarcado capitalista, esse sistema deve ser completamente extirpado dos ordenamentos jurídicos que o adotam, na medida em que é instrumento de perpetuação de violência de gênero, o que não pode ser admitido em sociedades democráticas que se pautam na igualdade entre homens e mulheres (Smith, 2009).

Como é possível observar, a autora aponta o sistema de liberdade testamentária como um dos grandes pilares que sustentam o patriarcado capitalista, defendendo a sua extirpação como forma de rompimento com a desigualdade havida entre homens e mulheres na sociedade atual. Apesar disso, é necessário verificar se o sistema sucessório adotado por determinado Estado é, de fato, um dos responsáveis pela perpetuação da desigualdade de gênero e, conseqüentemente, pela concentração do capital em mãos masculinas.

Existem atualmente no ocidente, três modelos sucessórios (Valadares; Rodrigues Júnior. 2016): (i) o sistema de liberdade testamentária - que possibilita que o autor da herança disponha de seus bens, por testamento, como lhe aprouver, sendo tal liberdade limitada, apenas, pelo direito de determinadas pessoas, expressamente arroladas pela lei, de pleitearem uma provisão familiar; (ii) o sistema clássico - no qual coexistem a liberdade testamentária e uma pretensa proteção da família, de maneira que parte do patrimônio é resguardada, pela lei, a determinadas classes de herdeiros e a outra parte pode ser disposta pelo autor da herança livremente por testamento; (iii) o sistema intermediário - no qual, não havendo os chamados “herdeiros especialmente protegidos”, é garantida ampla liberdade testamentária ao autor da herança mas, havendo-os, a lei lhes garante uma quota fixa do patrimônio do *de cuius*, a qual deverá ser obrigatoriamente observada pelo testador quando da feitura do testamento.

A partir disso, nota-se que, em maior ou menor grau, a liberdade testamentária está presente em qualquer dos sistemas sucessórios existentes, de maneira que a crítica que se dirige ao sistema de liberdade testamentária, também é aplicável aos demais sistemas sucessórios ocidentais.

No Brasil, por exemplo, onde vigora o sistema clássico, a lei garante aos chamados “herdeiros necessários”⁴, uma quota indisponível da herança chamada de “legítima”, que corresponde a cinquenta por cento dos bens deixados pelo falecido. Na primeira classe dos chamados a suceder (descendentes), a legítima deverá ser dividida igualmente entre todos os filhos, não sendo possível fazer qualquer distinção entre eles⁵. Por outro lado, a outra

4 Nos termos do artigo 1.845 do Código Civil brasileiro, são herdeiros necessários os ascendentes, os descendentes e o cônjuge sobrevivente.

5 Essa, aliás, é uma das grandes críticas dirigidas ao sistema clássico, na medida em que a igualdade formal instituída entre os filhos pela lei é incapaz de promover a proteção da

metade da herança, poderá ser livremente disposta pelo autor da herança, que poderá, com ela, promover a desigualdade entre seus herdeiros necessários, inclusive, em razão do gênero.

Aliás, estudos no campo da sociologia apontam que nos países que adotam o sistema clássico, mesmo no que tange à parte legítima, pode existir a diferenciação de gênero, havendo grande distância entre a lei e a prática. Nesse aspecto, pesquisas realizadas em países da América Latina⁶ revelam que no âmbito das famílias agricultoras, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que há a proteção de uma quota indisponível da herança, que deve ser destinada aos herdeiros necessários, sejam eles do sexo feminino ou masculino - como é o caso dos países da América do Sul, por exemplo - na prática, essa quota não é observada, situação que parece decorrer de uma ideia de que, para além dos bens materiais, há a transmissibilidade de bens simbólicos entre as gerações, como é o caso da posição que cada pessoa ocupa dentro do núcleo familiar e da terra, cujo significado para a família, pode transcender o valor econômico (Carneiro, 2001).

Acerca do Direito brasileiro, Maria José Carneiro destaca que:

No Brasil, apesar do Código Civil estabelecer a igualdade de condições entre todos os filhos no que se refere ao direito sobre a herança, as regras culturais (os códigos costumeiros) modificam a lei de acordo com os ‘interesses’ de um ator coletivo - a família -, que se impõe aos interesses individuais. Essa prática torna-se realidade principalmente quando o que está em jogo é a manutenção da integridade do patrimônio como condição para o funcionamento da unidade de produção, e para a reprodução de uma identidade social sustentada na propriedade fundiária e no trabalho agrícola (Carneiro, 2001).

Vista por uma ótica menos criteriosa, a agricultura familiar poderia ser equiparada a uma empresa familiar, razão pela qual, não haveria maiores dificuldades em promover a partilha com a morte do titular da propriedade fundiária. Entretanto, do ponto de vista técnico, percebe-se que existem muitas diferenças entre a empresa familiar e a agricultura familiar, “destacando-se, entre outras, a coesão da família rural que procura manter um caixa único

família - uma das principais razões que levaram o legislador a instituírem a legítima. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. Análise Crítica das Variações da Legítima e da Liberdade de Testar na Ibero-América. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v.31, n. 04, p. 91-119, out./dez. 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdrcivil.org.br/rbdc/article/view/807>. Acesso em 21 out. 2024.

6 Sobre o tema, ver: DEERE, Carmen Diana; LEÓN, Magdalena. A disjuncture in law and practice: women's inheritance of land in Latin America. In: CUMMINGS, Sarah; VAN DAM, Henk; KHADAR, Angela; VALK, Minke. **Gender Perspectives on Property and Inheritance**. United Kingdom: Oxfam Publishing, 2001, p. 19-32.

para administrar tanto o negócio quanto as despesas gerais da família e a decisão centralizada nos pais” (Chemin; Ahlert, 2010).

Interessante notar que, nos primórdios, o direito das sucessões encontrava o seu fundamento na copropriedade familiar, fundamento este que vem sendo repetido em grandes obras jurídicas ao longo dos séculos. Ocorre que, na atualidade, com as significativas mudanças que se operaram no seio da família - como a emancipação da mulher e dos filhos em relação ao poder do *pater* e a urbanização - esse fundamento tornou-se cada vez mais insustentável, sendo essa uma das principais razões para o recente debate acerca da (des)necessidade de manutenção da legítima no sistema jurídico brasileiro. Essa análise, entretanto, desconsidera a situação da família que vive no campo e é titular de propriedade fundiária. Nessas famílias agricultoras, ainda é possível vislumbrar a existência de uma copropriedade familiar, que outrora justificou a instituição de uma quota indisponível da herança, sendo esse um dos fatores que merecem maior aprofundamento no estudo envolvendo a liberdade testamentária.

A partir da análise dos sistemas sucessórios existentes e da hipótese de que a possibilidade de livre disposição dos bens para depois da morte autorizada em qualquer um deles pode ser capaz de perpetuar a desigualdade de gênero, os mais radicais poderiam apontar que o problema, então, reside na própria existência de um sistema sucessório. Para combater tal argumento, entretanto, é necessário rememorar a fracassada tentativa da antiga União Soviética de extirpar o direito sucessório. A suspensão da transmissão patrimonial *causa mortis* após a Revolução de 1917 é a principal causa apontada pela doutrina clássica para justificar o desestímulo da classe trabalhadora em produzir e da classe empresária em empreender durante esse período (Maximiliano, 1937, p. 44). Além disso, o direito de herança está intimamente ligado ao direito de propriedade⁷ e, no âmbito do Direito brasileiro, desde a Constituição de 1988, foi elevado a direito fundamental, razão pela qual, indefensável qualquer argumento no sentido de extirpá-la do sistema jurídico.

Não sendo possível a extirpação do direito sucessório, necessário investigar qual - se é que há - a solução na tentativa de eliminar ou, pelo menos, minimizar, a violência de gênero capaz de ser perpetuada pela via sucessória.

Conforme dito, em qualquer dos sistemas sucessórios presentes no ocidente, admite-se a liberdade testamentária, que encontrará restrições maiores ou menores a depender do sistema adotado.

No sistema de liberdade testamentária, a livre disposição de bens para depois da morte encontra restrição somente nos casos em que o falecido houver deixado herdeiros, devidamente indicados pela lei, que façam *juss* a uma provisão familiar. Além de outros requisitos específicos que cada legis-

7 Nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “sem herança, incompleto se tornaria o direito de propriedade” (Monteiro, 1999, p. 16)

lação dos países que adotam esse sistema possa vir a exigir, de uma forma geral, terão direito de reivindicar uma provisão familiar os descendentes, ascendentes e cônjuge do falecido que sejam menores, incapazes ou inaptos para o trabalho, além de ser necessária a comprovação de que não possuem recursos próprios capazes de mantê-los. Nesse aspecto, não basta que o herdeiro comprove sua condição de vulnerabilidade em abstrato - como o fato de ser menor ou incapaz, por exemplo - sendo necessária, ademais, a comprovação de que não possui outros meios de sobrevivência além da provisão que está pleiteando. Com isso, a lei visa instituir uma solidariedade concreta, não havendo um injustificado sacrifício da autonomia do autor da herança pela simples existência de determinadas classes de herdeiros como acontece no sistema clássico e no intermediário. Dessa forma, não havendo herdeiros em comprovada situação de vulnerabilidade, confere-se ao autor da herança, uma ampla liberdade testamentária. Sob essa perspectiva, o sistema de liberdade testamentária se apresenta como o sistema mais propenso a equilibrar a autonomia e a solidariedade que se espera no âmbito sucessório, na medida em que protege os herdeiros efetivamente vulneráveis - caso existam - sem sacrificar de maneira injustificada a liberdade do autor da herança.

Sob outra ótica, entretanto, é necessário imaginar que, falecendo o autor da herança deixando filhos do sexo feminino e masculino, todos maiores, capazes e economicamente independentes, não haveria qualquer impedimento para que o testamento contemplasse apenas algum ou alguns deles, excluindo todos os demais. Nessa toada, não havendo dúvidas de que ainda há muitos resquícios da sociedade patriarcal que vigorou por séculos nos países do ocidente, a retomada da primogenitura pela via testamentária, bem como a manutenção do capital em mãos masculinas, pode se tornar a regra. A situação mostra-se ainda mais preocupante nos casos em que, embora a testadora seja mulher, seu testamento perpetua essa desigualdade de gênero.

No caso *Prakash v. Singh*, ocorrido no Canadá, uma mãe de cinco filhos, sendo dois homens e três mulheres - todos adultos, financeiramente independentes e com os quais a mãe mantinha bom relacionamento - seguindo a tradição indo-fijiana da qual descende, deixou a maior parte da sua herança para os filhos homens, restando às três mulheres apenas uma quantia simbólica do patrimônio. Diante das cláusulas testamentárias, que evidentemente promoviam uma desigualdade entre os filhos em razão do gênero, duas das três filhas recorreram à Suprema Corte da Columbia Britânica⁸ requerendo a modificação do testamento. Ao julgar o caso, o Tribunal entendeu que o testamento não atendia às normas morais da sociedade canadense, na medida em que, naquele país, respeita-se a igualdade entre homens e mulheres, determinando a revisão do testamento para conceder às filhas uma parcela maior da herança da mãe. A decisão parece ser pautada na

8 A decisão está disponível em: <https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/06/15/2006b-csc1545.htm>.

solidariedade familiar, visto que, no Canadá, o sistema sucessório é protetivo dos membros da família⁹.

Não há dúvidas, de que as tradições culturais têm papel significativo, tanto na formação da família como na forma de disposição patrimonial *post mortem*. Entretanto, quando essas tradições violam princípios constitucionalmente consagrados - como o da igualdade de gênero - há a necessidade de intervenção judicial para fins de equilibrar a balança. O grande problema, porém, parece ser o limite da intervenção estatal na autonomia privada do autor da herança.

Isso porque, nos países que adotam o sistema de liberdade testamentária com possibilidade de exigência de uma provisão familiar, a regra é a de que só poderá exigir-la determinada classe de herdeiros e em situações específicas, não sendo o desequilíbrio de quinhões uma das razões capazes de sustentar uma reivindicação pela herança. Na ausência de previsão legal que autorize expressamente a intervenção estatal para fins da preservação da igualdade de gênero, poderia o Poder Judiciário, deliberadamente, promover uma alteração em um testamento em que há, claramente, uma disparidade entre quinhões entre os herdeiros em decorrência do gênero? Sendo afirmativa a resposta para a primeira pergunta, quais os limites dessa intervenção na busca pela preservação da vontade do *de cuius*, na medida em que este é o grande pilar que sustenta o sistema de liberdade testamentária?

Ao julgar o caso *King v De Jager*¹⁰, a Suprema Corte da África do Sul traz interessantes argumentos acerca dos questionamentos levantados. No caso, um testamento, executado há mais de cem anos, trazia uma previsão de substituição fideicomissária, na qual, para além da primeira geração (filhos do testador), somente os descendentes do sexo masculino poderiam herdar. Em 2015, faleceu um neto do testador, que havia deixado apenas descendentes do sexo feminino e testamento partilhando entre elas seus bens, inclusive, os bens fideicomissários. Contestando o testamento, os sobrinhos do falecido - a quem os bens fideicomitidos caberiam em razão do primeiro testamento que instituiu a substituição fideicomissária - alegaram ser os legítimos herdeiros dos bens fideicomissários. No julgamento, embora a Suprema Corte tenha reconhecido a importância da liberdade testamentária no direito sul-africano, destacou que a cláusula que previa a substituição fideicomissária apenas aos herdeiros do sexo masculino era injusta, na medida em que criava uma discriminação de gênero, sendo incompatível com a Cons-

9 Importante dizer que no Canadá, é garantida a liberdade testamentária ao autor da herança. Essa autonomia, entretanto, não é absoluta, de maneira que compete ao Poder Judiciário fazer a revisão do testamento caso o testador não tenha deixado provisões adequadas, justas e equitativas para a manutenção do seu cônjuge e filhos. Nesse sentido ver a “Division 6” do Wills, Estates and Succession Act, disponível em: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013_01

10 Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2021/4.html>. Acesso em: 26 dez. 2023.

tituição e, portanto, ilegal e inexecutável. O caso ganhou grande relevância, não só pela conclusão da Suprema Corte de que a previsão era inconstitucional e, portanto, inexecutável, mas, também, pelo julgamento do caso pelo Tribunal superior¹¹. Isso porque, naquela ocasião, os julgadores entenderam que a discriminação trazida pelo testamento era razoável e justificável, não estando em conflito com normas de ordem pública¹².

Na África do Sul, aliás, na era pós-constitucional¹³, a busca pelo equilíbrio entre a liberdade testamentária e a proteção de minorias através da análise, pelos Tribunais, de aspectos discriminatórios presentes em testamentos, tem sido constante. A ausência de aspectos objetivos no que tange aos limites de intervenção estatal na autonomia privada do autor da herança, parece ser um problema a ser enfrentado¹⁴.

Apesar de a questão relativa ao preconceito de gênero ter sido tratada em segundo plano em *Myers vs. Myers*¹⁵, os fundamentos revelam uma tendência dos Tribunais em concederem provisões razoáveis ao herdeiro vulnerável afastado da herança por ato arbitrário do testador. No caso, o falecido tinha uma visão extremamente antiquada sobre as mulheres, negando-se a financiar os estudos da requerente - sua filha - por considerar que uma mulher educada era um verdadeiro “perigo para a sociedade”. Enquanto seus irmãos receberam apoio financeiro do pai para cursar a universidade, a única educação que o falecido se dispôs a pagar para a requerente era um curso de culinária, o que foi prontamente rejeitado por ela. Por falta de educação téc-

11 Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2017/79.html>. Acesso em 27 dez. 2023.

12 Nas palavras de Fátima Osman e Goksen Effendi, “O Tribunal baseou-se na importância da liberdade de testar, na natureza privada do testamento e na aplicação limitada das disposições discriminatórias na sua análise de justificabilidade. Por razões semelhantes, o Tribunal concluiu que as disposições não entravam em conflito com a ordem pública. Assim, a *High Court* negou provimento ao pedido” (Osman; Effendi, 2022).

13 De acordo com François du Toit, “Apesar da posição normativa assumida pelos tribunais Sul-Africanos em relação a questões de políticas públicas em testamentos na era pós-constitucional, o Tribunal Superior reconheceu, no seu primeiro acórdão sobre a matéria, que um equilíbrio deve ser alcançado entre a norma de não discriminação, por um lado, e a liberdade testamentária, por outro; especialmente à luz da garantia implícita da liberdade testamentária na cláusula de propriedade da Declaração de Direitos) (Du Toit, 2012, tradução nossa).

14 Esse mesmo problema é enfrentado no Direito Inglês. A ausência de parâmetros objetivos capazes de estabelecer quais seriam os limites a serem observados pelo julgador quando da fixação da provisão familiar vem sendo bastante criticada pela doutrina. Acerca do tema, ver: ZANETTI, Pollyanna Thays. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Liberdade para testar? A *Family Provision* e as decisões limitativas à liberdade de disposição *post mortem* no Direito Inglês. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Paraná, Brasil, v. 10, n. 18, p. 947 -968, 2024. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/492>.

15 *Myers v Myers*. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2004/1944.html>. Acesso em 24 out. 2024.

nica, a autora conseguiu apenas empregos mal remunerados, o que a deixou em uma situação financeira precária. Diante de tais fatos e, considerando que o testamento não deixou provisões razoáveis para a requerente, o Tribunal deu provimento aos seu recurso para conceder-lhe uma parte da herança capaz de mantê-la com dignidade.

Conforme é possível verificar, em todos os casos práticos apresentados, embora houvesse uma tendência do testador de promover uma diferenciação entre os filhos, aparentemente em razão do gênero, essa diferenciação foi inadmitida pelos julgadores, que alteraram a disposição de última vontade para contemplar as filhas prejudicadas.

Nesse aspecto, interessante notar que, recentemente, após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Conselho Nacional de Justiça editou o “Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero”¹⁶, que visa orientar o julgador acerca da necessidade de observância do respeito à igualdade de gênero no julgamento de ações nas mais diversas searas do Direito, incluindo o direito das sucessões. Dessa forma, ao julgar o caso concreto, o magistrado deverá levar em considerações fatores estruturais que colocam a mulher em uma situação diversa da do homem, visando a promoção de uma sociedade justa e igualitária.

A partir dessa perspectiva, e considerando os resultados alcançados nos casos práticos apresentados, é possível concluir que, apesar dos riscos que a liberdade testamentária - seja ela em maior ou menor grau, a depender do sistema sucessório em que está inserida - pode representar na perpetuação da desigualdade de gênero, qualquer argumento no sentido de defender a sua limitação genérica - como ocorre no sistema sucessório clássico - ou de extirpá-la, não merece prosperar. Ao contrário, a liberdade, como um dos direitos inerentes ao próprio indivíduo deve ser protegida e incentivada, de maneira que a sua limitação deverá se dar, apenas, nos casos em que ela possa representar um prejuízo à coletividade. Dessa maneira, compete ao julgador, no caso concreto, e com os parâmetros estabelecidos pela legislação, analisar se o exercício da liberdade pela via testamentária extrapolou ou não os limites impostos pelo interesse social.

Quer-se dizer, com isso, que, sendo a liberdade testamentária do autor da herança exercida no sentido de deliberadamente promover a desigualdade de gênero, deverá o julgador revisar o testamento de modo que, uma vez identificada a vulnerabilidade da mulher, equilibrar a partilha. É necessário compreender, entretanto, que o direito das sucessões não pode ser utilizado como fonte de redistribuição de renda. Exatamente por isso, uma vez não comprovada a vulnerabilidade da mulher - que, no caso, deve ser efetiva e não vista, exclusivamente sob o viés de gênero - não há razões para a limita-

¹⁶ O documento pode ser acessado em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>.

ção da liberdade do autor da herança.

Conclusão

É certo que a desigualdade de gênero ainda é um problema social mundial, que merece a maior atenção. Entretanto, a possibilidade de perpetuação da desigualdade de gênero por meio da liberdade de disposição de bens para depois da morte não parece ser argumento suficiente para aboli-la. Isso porque, conforme já se afirmou em outras oportunidades, se outrora o direito das sucessões tinha por fundamento a proteção da família, pautada na solidariedade familiar constitucionalmente imposta, atualmente é necessário verificar sobre quais fundamentos o direito sucessório se sustenta.

Isso porque a proteção, anteriormente conferida à família, desloca-se da instituição família para as pessoas que a compõem. Por sua vez, essas pessoas desvincularam-se do pai - como chefe da família - e emanciparam-se. As mulheres passaram a ter reconhecidos os direitos iguais aos dos homens, lançaram-se no mercado de trabalho e, atualmente, ocupam posições em que antes não eram admitidas, acumulando o seu próprio patrimônio. Os filhos - sejam eles do sexo feminino ou masculino - também se emanciparam, possuindo, cada vez mais, acesso ao ensino superior e à qualificação profissional, de maneira que já não estão mais vinculados ao trabalho na propriedade familiar e, conseqüentemente, aos arbítrios do pai. Apesar disso, não se deve negar a existência de um machismo estrutural, capaz de, ainda hoje, causar uma diferenciação de gênero.

Nesse aspecto, o ponto principal a ser considerado ao se relacionar a liberdade testamentária com a perpetuação da desigualdade de gênero é se o direito das sucessões, por si só, é capaz de resolver a questão. Em uma análise preliminar, a resposta parece ser negativa. Conforme dito, o direito das sucessões pertence ao direito privado, ao qual compete a proteção dos interesses privados nos exatos limites impostos pela função social.

Dessa maneira, ao analisar o testamento deixado pelo autor da herança, o magistrado deverá verificar se aquele ato de autonomia extrapolou os limites que lhe eram impostos pelo interesse público. Em outras palavras, ao julgador compete equilibrar a autonomia e o dever de solidariedade do testador. Exatamente por isso, não havendo qualquer vulnerabilidade por parte dos herdeiros, a liberdade deve ser exercida com plenitude. Diante do novo protocolo de julgamento sob a perspectiva de gênero estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça no Brasil, essa vulnerabilidade deverá ser analisada, também, sob a ótica do preconceito de gênero estrutural existente no país, embora esse não possa ser o único ponto a ser considerado.

É imprescindível destacar, entretanto, que a detecção de vulnerabilidades, inclusive aquelas relacionadas à violência de gênero, não autoriza que o magistrado reescreva o testamento do *de cujus* como lhe aprouver, na medida

em que isso representaria verdadeiro sacrifício da autonomia privada, que também encontra proteção constitucional. Exatamente por isso, necessária a fixação de diretrizes capazes de orientar o julgador, visando, dessa forma, evitar as atuais críticas dirigidas aos sistemas de liberdade testamentária, como é o caso da Inglaterra, por exemplo, em que faltam critérios objetivos para a redistribuição da herança nos casos em que há contestação do testamento e constatação de que o autor da herança falhou em conceder provisão razoável ao herdeiro pleiteante.

Essa conclusão destaca a urgente necessidade de aprofundamento do estudo da liberdade testamentária como um dos diversos meios de perpetuação da desigualdade de gênero nas sociedades atuais, dada a importância prática da temática.

Referências

CARNEIRO, Maria José. **Herança e Gênero entre Agricultores Familiares**. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/SCGDNz4fpbmR6H5J-QkHGH4j/abstract/?lang=pt>. Acesso em 21 out. 2024.

CHEMIN, Beatris Francisca; AHLERT, Lucildo. A Sucessão Patrimonial na Agricultura Familiar. **Revista Estudo e Debate**, V. 17, n 1, 2010, p. 49-74. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/article/view/533>. Acesso em 20 out. 2024.

DU TOIT, François. Constitutionalism, Public Policy and Discriminatory Testamentary Bequests-A Good Fit Between Common Law and Civil Law in South Africa's Mixed Jurisdiction? **Tulane European & Civil Law Forum**, v. 27, 2012, p. 97-131. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/62633661.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

GOLD, Joseph. Freedom of Testation: The Inheritance (Family Provision) Bill. **The Modern Law Review**. v. 1, n°. 4, mar. 1938, p. 296-307. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1937.tb00027.x>. Acesso em 21 out. 2024.

HACKER, Daphna. The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought. **Journal of Empirical Legal Studies**. vol. 7, jun. 2010. p. 322-354.

HEDLUND, Richard. The end to testamentary freedom. **Legal Studies**. vol. 41, n° 1, mar. 2021, p. 55-72.

KREICZER-LEVY, Shelly; PINTO, Meital. Property and Belongingness: Rethinking Gender-Biased Disinheritance. **Texas Journal of Women and the Law**, vol. 21, n.1, 2012, p. 119-152.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 44.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OSMAN, Fátima; EFFENDI, Goksen. King v De Jager: Implications for Religion-Based Discrimination in Wills. **Potchefstroom Electronic Law Journal**, v. 25, n.1, 2022. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812022000100015. Acesso em 24 out. 2024.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. Análise Crítica das Variações da Legítima e da Liberdade de Testar na Ibero-América. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v.31, n. 04, p. 91-119, out./dez. 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/807>. Acesso em 21 out. 2024.

SMITH, Sarah **Rutherford. Freedom Of Testation: A Memento Of Capitalist Patriarchy**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - University of South Africa, 2009.

VALADARES, Isabela Farah. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Da Liberdade de Testar: Repensando a Legítima no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/1xsQK7P82S2UCN2o.pdf>. Acesso em 24 out. 2024.

WEDGWOOD, Josiah. **The Economics of Inheritance**. London: Pelican Books, 1939.

DEMOCRACIAS E DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES SOBRE O TEMPO PRESENTE

Ana Cristina Brito Arcoverde

UFPE. Professora Titular do Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco/Brasil. Pesquisadora 1A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Líder do Grupo de Pesquisa Ações em Rede Coordenadas no Universo Social

Helena Lúcia Augusto Chaves

UFPE. Professora Titular do Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco/Brasil. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Estado, Política Pública e Sociedade

Resumo:

O presente texto tem como objetivo refletir sobre o tema Democracias e Direitos Humanos, considerando na discussão, as democracias ocidentais; os desafios de sua efetivação e os contextos políticos, que se configuram tanto em avanços, quanto em retrocessos. A reflexão é tratada em três direções: política, instrumental/prática e histórico/contextual. O argumento desenvolvido afirma que não basta o consenso obtido sobre os direitos formais universais, mas o reconhecimento de suas características substanciais e a livre aceitação por entes públicos. As condições reguladoras necessárias, as institucionais/organizacionais e as instrumentais/materiais dos direitos proclamados, se sobrepõe aos sujeitos políticos signatários a tarefa de arregimentar. A direção histórico-contextual aponta para os elementos presentes no momento de sua elaboração e para os contextos subsequentes que recepcionarão a materialização dos direitos humanos consensuados. Com base em pesquisa bibliográfica a discussão é tratada, considerando o debate sobre direitos humanos, democracias, universalidade, e igualdade, no tempo histórico presente no contexto da sociabilidade capitalista, na qual a relação entre direitos humanos e democracia parece ser incompatível, além de paradoxal. As sociedades ocidentais do presente são marcadas pelo abuso de poder e descumprimento ou desrespeito aos direitos humanos, remetendo para o cerne de sua incompatibilidade, e apontando que, igualdade jurídica em sociedades de classes mais cinde a unidade do homem - de cidadão e trabalhador - do que os iguala universalmente como humanos, sendo neces-

sário desenvolver capacidade política para dar a direção intelectual e moral do projeto societário, e de construir uma ambiência democrática com socialização da política e do poder.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Democracias; Universalidade; Incompatibilidade; Sociabilidade.

Introdução

A presente discussão sobre democracias e direitos humanos busca refletir sobre a condição do tempo presente, no que se refere a efetivação desses dois componentes do mundo capitalista, que parecem estar perdendo sentido, dadas as condições tão adversas que ainda denominamos por democracia e a possibilidade cada vez mais distante de conquista dos direitos humanos de forma universal. O retrocesso nas conquistas sociais faz pensar sobre a incompatibilidade entre os fundamentos estruturantes do capitalismo, propriedade privada e liberdade, e a efetivação de direitos humanos, conforme entendido e configurado em leis e tratativas mundiais.

Depois de 76 anos da Declaração dos Direitos Humanos, do ponto de vista substancial ou de seu cumprimento, parece ser inevitável no tempo presente empreender algumas reflexões em pelo menos três direções: em sua relação direta com as democracias ocidentais; em relação aos desafios de sua efetivação e na direção dos contextos políticos tanto dos que marcam seus avanços, quanto nos dos seus retrocessos, melhor dizendo: nas direções política, instrumental/prática e histórico/contextual.

Queremos defender nesse texto que não basta consenso no declarar direitos formais universais por reconhecer suas características substanciais e submeter à livre aceitação por entes públicos, ainda que eivados de plena legitimidade. A construção histórica dos Direitos Humanos é, foi e será sempre lastreada pela correlação de forças presente em cada sociabilidade, pela capacidade política de dar a direção intelectual e moral do projeto societário, e de construir uma ambiência democrática no sentido da socialização da política e do poder. Ao assinar uma convenção de imediato se sobrepõe aos sujeitos políticos a tarefa de arregimentar as condições reguladoras necessárias, as institucionais/organizacionais e as instrumentais/materiais de implementação de todos e de cada um dos direitos proclamados, acordados. A direção histórico-contextual aponta para os elementos presentes no momento de sua elaboração e mais, ainda, nos contextos subsequentes que recepcionarão e oportunizarão a materialização dos direitos humanos consensuados.

O objetivo do presente texto é apresentar reflexões apontando que em sociabilidades erigidas nos marcos da sociabilidade do capital a relação entre direitos humanos e democracia parece ser, se não paradoxal, mas principalmente incompatível. O tempo presente é testemunha viva dessa incompati-

bilidade. Senão, vejamos: o contexto de conflitos que marca a elaboração da declaração dos direitos humanos e sua busca de legitimação ou reconhecimento social mundial ocorrem simultaneamente à existência do Estado social seja para criar condições para garantir a acumulação por meio de consensos possíveis, seja para reproduzir em escala mundial as “contradições fundamentais presentes na totalidade concreta do modo de produção capitalista” (PEREIRA, 2013, p. 39) que tem na desigualdade social sua razão de ser.

Diante da realidade de tamanha desigualdade social, a consolidação da democracia e dos direitos humanos configura-se como inacessível no âmbito do capitalismo. No contexto neoliberal, aprofunda-se o distanciamento de concretização desses dois ideais, diante da redução das funções do Estado moderno e de sua adequação às determinações capitalistas em curso. Dessa forma, os direitos humanos nas democracias ocidentais estão ameaçados de se transformarem em letra morta da lei, ou mesmo serem matéria de lei extinta. Não há democracia efetiva onde existe excessiva desigualdade material entre os cidadãos, que por sua vez impede que haja uma democracia política efetiva.

Direitos humanos em democracias ocidentais - direção política

É indiscutível a importância dos direitos humanos e da declaração universal de direitos humanos assinada em 1948 numa sessão da ONU como conquista da humanidade, e que foi elaborada num contexto pós segunda guerra mundial como uma das respostas burguesas aos conflitos do mundo ocidental. O Estado de bem-estar e os direitos de cidadania que compõem como produto do pós-guerra tem na Declaração dos direitos humanos uma das formalizações teóricas dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais com caráter universal. E de fato ou em tese são garantias jurídicas de caráter universal que podem proteger indivíduos e grupos contra ações e omissões dos governos que atentam à liberdade e à dignidade humana. Ou seja, constituem direitos de todos e para todos os povos, caso consensem e detenham os meios de os arregimentarem. Nem sempre os fundamentos possuem substância que respondam aos projetos societários de cada Estado-nação em suas particularidades e soberanias.

Portanto, é preciso observar que o consenso, a adesão formal pelo ente público, a “boa” intencionalidade e o conteúdo substancial dos seus princípios - igualdade, liberdades, dignidade, segurança pessoal - não parecem ser suficientes para tomadas de decisões consensuais mais racionais e humanas nas democracias liberais, inclusive em suas implementações, mesmo porque os que assinaram o documento vem descumprindo-os e violando-os historicamente. Vale ressaltar e complementar que os direitos humanos e sua declaração vem sendo violados permanentemente por vários governos, in-

clusive os que se consideram democráticos. Impossível não mencionar os conflitos, para não dizer as guerras permanentes e atuais internas aos EUA que expressam o racismo e o racismo institucional, as intolerâncias a determinadas etnias, classes sociais, à outras sociedades, às diferenças etc. além da produção da pobreza crescente que se transforma em desigualdades de seus nacionais em relação aos milionários. Cabe mencionar os conflitos externos ou internacionais, como os atuais entre a Rússia e a Ucrânia, Israel e Líbano (envolvendo a faixa de Gaza e o Herzgollah), a recente invasão da Al Jazee-ra na Cisjordânia, sem mencionar no passado outras guerras apoiadas e, ou financiadas por países que se consideram democráticos como a guerra das Coreias, ou mesmo que alguns desses países não tenham assinado a Convenção. Os conflitos e as guerras alimentadas por interesses escusos e que fazem perdurar por anos e mais anos atualmente e mais tempo do que os anos das duas guerras mundiais, sejam os conflitos atuais parecem reiterar o que afirmou já na década de sessenta do século passado Fernandes (1976), aquando de sua análise sobre a declaração dos direitos humanos: para ele “nada mais foi e atendeu do que a uma necessidade de garantir a expansão e as condições do desenvolvimento do capitalismo nas suas periferias”, mas também nos países centrais que se beneficiam da produção e comercialização dos bens para a guerra e para a sobrevivência da população civil. A direção política parece ser, portanto, e continua a ser muito clara: facilitar a materialização e expansão dos interesses econômicos imperialistas. O que tem mudado ou ampliado na verdade são os blocos de países em suas lutas pelo domínio imperialista do mundo, para sermos bem claras o conflito entre Rússia e Ucrânia, Israel e Líbia estão na expectativa das eleições americanas e dependendo do projeto societário vencedor será possível obter o apoio necessário à vitória de um dos lados. Enquanto cinco de novembro do presente ano não chega, os Estados Unidos da América vão comercializando e fornecendo todo um arsenal de guerra e outros bens de necessidade vital para os civis e dinamizando sua economia à custa de centenas de vítimas civis que estão sendo aniquiladas. Estamos vivenciando uma espécie de violação aos direitos e aos direitos humanos à moda do Holocausto e da dizimação de população civil japonesa de outrora aquando do lançamento de bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki.

A destruição parece ser a marca do tempo presente. Não bastasse a destruição das guerras, em escala de ascensão e com forte risco de atingir proporções mundiais, a humanidade assiste perplexa a destruição da natureza, também provocada pela ação humana e a destruição das conquistas sociais. Todas são atravessadas pelo aviltamento da condição das relações sociais estabelecidas no âmbito da sociabilidade capitalista. Em situação de privação de direitos e condições precárias de existência, um grande contingente populacional no mundo padece dos piores infortúnios relacionados à pauperização, incluindo os transtornos relativos aos fluxos migratórios

em busca de sobrevivência. Para estes não há democracia acessível porque a democracia burguesa vigente no âmbito do capitalismo não ultrapassa o limite da manutenção da acumulação privada em favor de poucos. Cada vez mais se intensificam e se aprofundam as desigualdades sociais resultantes da acumulação privada da riqueza socialmente produzida e neste cenário o que se configuram são democracias cada vez mais frágeis e mais distantes de se consolidarem como uma estratégia capitalista de manutenção da ordem social vigente.

Desafios à efetivação dos Direitos Humanos - direção instrumental/prática

Desde a sua proclamação em 1948 e adesão aos seus 30 artigos por 199 países signatários do documento, à exceção de cinco (Rússia, Coreia do Norte, Síria, Irã, Afeganistão e Arábia Saudita) dos atuais 204 países reconhecidos no mundo, sua efetivação e respeito enfrenta muitos e múltiplos desafios tanto de ordem conceitual quanto de ordem prática-operacional e que merecem reflexões instrumentais. Para suas efetivações, ou seja, para instrumentalizar a prática dos direitos é preciso todo um conjunto de condições produzidas ao longo do desenvolvimento dos processos democráticos em todos os países do mundo e que não se restringem à existência de eleição direta livre e não compulsória de representantes para os regimes políticos próprios, mas a um conjunto de condições históricas e de funcionamento institucional que garantam a ampla participação do povo no melhor projeto societário para a sociedade e no processo de tomada de decisão. É evidente que em democracias representativas restritas ou mesmo ampliadas em termos de direitos, ainda que com sufrágio universal, por vezes não prevalece os interesses do povo, mas dos partidos políticos com maioria nas Assembleias. A correlação de forças também implica maioria e minoria e a contraposição de interesses partidários.

Ainda ressaltamos que o caráter Universal dos direitos humanos não se impõe para alguns povos e países, mas para e entre todos. Entre as condições ressaltamos, ainda, a clareza dos significantes (universal, igualdade, liberdade, dignidade, segurança) contidos em e de cada um dos direitos elencados, como também os meios institucionais, instrumentais e técnicos para colocá-los em prática no âmbito público pelos governos em suas mediações políticas, econômicas, sociais e culturais. Ora cada Estado-nação e seu Estado de bem-estar construído no pós-guerra, e até então, o foi conforme a dinâmica societária e as relações político jurídicas e de poder entre as classes sociais e seus Estados-nação que nem sempre apresentam historicamente ambiente político-institucional favorável nem mediações progressistas emancipatórias. Ressaltamos na atualidade que em meio a uma correlação de forças políticas e interesses políticos partidários os direitos humanos não

se coadunam com e mesmo se apresentam e se colocam adaptados e consistentes nas cartas políticas de cada país e mesmo quando adaptadas e regulamentadas não oferecem condições de proteção e respeito aos princípios presentes na Declaração, ainda que a consideremos uma produção burguesa. Os signatários da Declaração dos Direitos Humanos em diferentes tempos a assinaram e ainda que possuam instrumentos legais formais, a dinâmica societária capitalista, a correlação de forças e as relações de poder de suas classes sociais, quando centralizadas e elitistas, entre outros, tem na desigualdade da igualdade jurídica positivada, trabalho constrangido, e na busca de lucro e poder incessantes muitas incompatibilidades.

Impossível não observar que os fundamentos do modo de produção e da sociabilidade capitalista - exploração do trabalho pelo capital em função da acumulação de riquezas e poder - vão na contramão da democracia participativa e materialização dos direitos humanos. Isso porque o processo de ampliação de democracia é contrário à lógica privatista do capital. De acordo com Rousseau (2011), a democracia significa participação de todos na formação do poder. Essa participação não significa um maior poder de todos no âmbito das democracias estabelecidas no ocidente, mas destaca a participação de todos na composição da correlação de forças políticas que compõe o cerne do poder. Quando se trata da formação do poder representativo, o qual se compõe com plenitude pelo voto popular, é necessário manter as estratégias de participação permanentemente para que sejam considerados os interesses da coletividade no âmbito do poder decisório e não de uma minoria de representantes, passíveis de arbitrar sobre o conjunto da população, potencializando o aumento das desigualdades e o distanciamento da garantia dos direitos humanos. Segundo Chaves e Arcoverde (2021, p. 166), “Desigualdades, privação de direitos e questão social, decorrentes de aspecto estrutural do capitalismo, são fenômenos inter-relacionados, desencadeados de formas múltiplas e irradiados em várias dimensões da sociabilidade”. A dimensão da participação no poder político é, portanto, fundamental e se constitui em grande desafio à efetivação dos direitos humanos.

Avanços e retrocessos dos Direitos Humanos nos contextos políticos - direção histórico/contextual

Historicamente, os avanços dos direitos humanos são significativos se num contexto marcado por uma correlação de forças políticas progressistas e orientadas por ideais e valores democráticos, mas nem tanto. Eles são referências e uma espécie de documento sagrado ou ideal a atingir por todos os povos e nações do mundo, e até para em casos extremos ser acionado e mencionado ou orientar tratados e acordos de paz entre países para pôr fim a conflitos e guerras intermináveis. Os contextos e a estrutura social, econômica, política e cultural de cada sociedade nos vários tempos históri-

cos determinam ou favorecem um ambiente não só de respeito às normativas legais dos direitos humanos, mas também até poderiam ser realizados na prática concreta. Ocorre que na democracia liberal burguesa todo um conjunto de direitos expressos na declaração de direitos humanos em cada contexto histórico-político está sobre determinado pelos interesses econômicos e financeiros das classes detentoras do capital e do poder de Estados-nação imperialistas na sua ganância pelo domínio ou controle do mundo o que não oferece uma ambiência democrática horizontalizada e recursos materiais, econômicos, políticos e sociais para materializar cada um dos direitos e então proteger e respeitar os cidadãos de cada sociabilidade. Sobre essa complexidade Flores (2009, p. 27) relembra que “a maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais objetivas para isso”. Mesmo porque a tensão, segundo ele, é transformar um direito humano em direito e então...promover a melhor implantação e efetividade aos direitos humanos” (2009, p. 27). Ou seja, proporcionar a concretização dos direitos e garantias por meio de práticas sociais, do exercício efetivo dos direitos”. Nessa direção os direitos humanos podem ser definidos não só pela sua positivação em documentos legais reconhecidos legitimamente, mas como “um conjunto de lutas pela dignidade...por meio de normas e políticas públicas adequadas, redistributivas de direitos e, portanto, capazes de proporcionar a compreensão e aplicação por meio dos contextos históricos concretos”. É evidente que sinalizamos muitos avanços até os dias atuais sobre a implementação dos direitos humanos pelos diversos países. À título de ilustração, podemos citar sua influência na elaboração da Constituição Federativa Brasileira de 1988 quando explicita como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, sejam: igualdade de tratamento, vedação a tortura, liberdade de manifestação e de expressão, proteção da privacidade, acesso à justiça, ampla defesa e devido processo legal. Ainda no âmbito infraconstitucional e na observância às subjetividades e necessidades de proteção aos direitos de determinados grupos da população temos o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069 de 1990. O Estatuto da Pessoa Idosa, Lei 10.741 de 2003, a Lei Maria da Penha, nº 11.340 de 2006 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015 e seus desdobramentos em políticas públicas.

Mas os princípios expressos e as leis promulgadas não são suficientes para conferir efetividade aos direitos, a nível nacional ou mesmo internacional, razão pela qual seria necessário analisar as políticas públicas e a ação governamental que materializam concretamente os direitos para conferir os reais avanços no âmbito dos direitos humanos. Um dado que chama a atenção no sentido contrário é o crescimento, manutenção e um certo engessamento da desigualdade social que persiste, além da fome ou insegurança alimentar, limites de acesso à educação e o desmatamento no Brasil e em outros territórios nacionais. Essas expressões da questão social produzida e

inerente ao modo de produção do nosso capitalismo tardio e periférico com mediações civilizatórias nem sempre progressistas denotam uma orientação de universalidade dos direitos humanos para a essencialidade humana que é insuficiente para dar conta da complexidade de implementação dos direitos humanos. Ainda, carece mencionar que os processos de desmontes de programas sociais, principalmente os de saúde pública e assistência social, e ambientais, a Emenda Constitucional nº 95/2016, crescimento do número de feminicídios, racismos, invasões de territórios das populações tradicionais vêm agravando os conflitos e sinalizando para a necessidade urgente de resistência e reforço das lutas pró Estado democrático de direitos e dos direitos humanos como um passo importante para a emancipação de todas as forças de violação dos direitos e dos direitos humanos. O caminho da dignidade humana, do exercício dos direitos e dos direitos humanos contidos nos tratados e ordenamentos pátrios é longo e árduo, mas parafraseando Eduardo Xavier Lemos “...acreditamos nos direitos humanos como resultado do processo de emancipação da humanidade e, por esse motivo, acreditamos que são o caminho para a justiça social” igualitária. (2023, p. 442). Alcançar a justiça social implica em efetivar e ampliar a democracia, que representa a socialização do poder político, da política, do poder econômico, social e cultural. Nesse caminho é preciso refletir sobre essa questão e reconhecer as raízes que dão causa à violação e descumprimento dos direitos humanos universais nas sociabilidades democráticas liberais burguesas ocidentais.

Conclusões

Nas sociedades ocidentais do presente refletir sobre suas democracias, formatos e contornos e sobre os direitos humanos, que constituem sua forma de ser, se apresenta como uma necessidade, visto que as democracias ficam esvaziadas de seu sentido quando marcadas pelo poder arbitrário, descumprimento e desrespeito aos direitos humanos. A igualdade jurídica conquistada no lastro histórico da sociabilidade capitalista não promove a igualdade entre os homens e não elimina a condição de exploração do homem pelo homem, a dominação de classe e a desigualdade social que caracteriza esse contexto.

Universalidade de direitos humanos não se confunde com a igualdade dos meios de produção que permita aos homens liberdade para preservarem as suas diferenças e cultivarem ou manterem hábitos e valores que melhor satisfaçam às necessidades sociais.

Direitos humanos em democracias burguesas, ainda que possam ser ampliados, permanecem direitos burgueses que pressupõem desigualdade, e que não eliminam as disparidades da repartição do produto social em direção à sociedade igualitária que suprima a desigualdade inerente ao direito burguês.

Referências

BENEVIDES, Maria Victória. **Democracia e direitos humanos - reflexões para os jovens**. Revista Democracia e direitos Humanos, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (7ª reimpressão)

CHAVES, Helena Lúcia Augusto et ARCOVERDE, Ana Cristina Brito. **Desigualdades e privação de direitos na sociabilidade capitalista e suas expressões no Brasil**. P. 164-182. In: **Revista Serviço Social e Sociedade**, nº 141, São Paulo, Cortez Editora, maio/ agosto de 2021.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis. Polis, Boiteux, 2009.

GIFES NOTÍCIAS. **Retrocessos na promoção e garantia dos direitos humanos no Brasil**. In: <https://gife.org.br> acesso em 25 de setembro de 2024.

LEMONS, Eduardo Xavier. **Teoria crítica dos direitos humanos desde América Latina: A teoria e a práxis do coletivo**. O direito achado na rua. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2023.

LOSURDO, Domênico. **Democracia ou bonapartismo. Triunfo e decadência do sufrágio universal**, Rio de Janeiro, São Paulo, Editora UFRJ - Editora Unesp, 2004.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **O sentido de igualdade e bem estar em Marx**. P. 37-46. In: **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 16, n. 1, jan./jun. 2013.

INSTITUTO AURORA. **Democracia e Direitos Humanos: qual conexão entre esses conceitos?** In: <https://institutoaurora.org>. Democracia e direitos humanos. qual a conexão? Acesso em 18 de setembro de 2024.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Edipro, 2011.

UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ENTRE A JUSTIFICAÇÃO DAS GUERRAS E O DIREITO DAS MULHERES

Clara Oliver de Carvalho

estudante de graduação em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo em Duplo Diploma em Giurisprudenza na Università di Camerino - Itália

Resumo:

O texto aborda a tensão entre universalismo e relativismo cultural na aplicação internacional dos direitos humanos, com foco nas justificativas de guerras e nos direitos das mulheres. O universalismo, fundamentado no direito natural, defende direitos inatos a todos os indivíduos, ultrapassando fronteiras e soberanias nacionais para proteger os direitos humanos. Contudo, historicamente, esse princípio foi associado a práticas imperialistas, como na colonização das Américas, e atualmente serve como justificativa para intervenções militares e imposições culturais ocidentais. Por outro lado, o relativismo cultural sustenta a autodeterminação dos Estados, permitindo que sigam seus próprios valores políticos, jurídicos e culturais, sem interferência externa. No entanto, esse conceito pode legitimar violações aos direitos humanos com base em valores culturais. Assim se destaca o papel das organizações internacionais na proteção dos direitos humanos e o desafio de equilibrar os dois paradigmas. A defesa dos direitos das mulheres exemplifica essa tensão, já que o relativismo frequentemente é utilizado para justificar práticas que violam garantias básicas. Grupos feministas do Sul Global têm criticado a tolerância absoluta às diferenças culturais, argumentando que um relativismo extremo perpetua violências estruturais. A conclusão ressalta que tanto o universalismo quanto o relativismo podem ser usados para opressão ou justificativa de violência, exigindo uma abordagem crítica e equilibrada para a efetivação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Relativismo; Universalismo; Direito das mulheres.

Introdução

Com o objetivo de entender os paradigmas de aplicação internacional dos direitos humanos entre o relativismo e o universalismo e buscar a melhor solução para enfrentar essa questão em âmbito global, enfrenta-se uma discussão com princípios teóricos filosóficos, que possui resultados práticos importantes nas relações entre Estados e entre indivíduos desses Estados, além de entender a posição que as organizações internacionais ocupam ou deveriam ocupar. A análise da aplicação em âmbito internacional desses direitos, no contexto aqui abordado, perpassa como eles são utilizados na justificação de conflitos.

Ao abordar a temática da guerra, percorremos questões relativas às razões culturais, morais e religiosas destinadas a motivar e justificar as ações belicistas dos Estados. Se por um lado existem as questões econômicas e políticas que podem ser, à primeira impressão, as principais razões que estão por trás dos confrontos, devemos também analisar as questões culturais e até mesmo filosóficas que buscam oferecer justificativas, quando não são o motor responsável pelo conflito.

A legitimação da guerra por meio do direito natural remonta a colonização das Américas, com teorias que objetivavam justificar as ações europeias diante dos povos nativos. Entretanto, até os dias atuais existem formas similares de dominação imperialista, ainda que revestidas com outros aspectos, como o escopo de difusão de ideias ocidentais de democracia, liberdade e direitos humanos.

Nesse sentido, a corrente universalista é utilizada como forma de defender essas ações belicistas e justificar guerras, pois seriam uma forma de garantir a todos esses ideais de direitos individuais, liberdade e segurança, que são fruto de uma perspectiva ocidental. Com base no universalismo esses direitos seriam inatos a todos e direcionados a proteger cada indivíduo cidadão de cada Estado, e assim, razão suficiente para ultrapassar a soberania dos Estados que os violam.

O ponto culminante da evolução dos direitos humanos e consolidação do universalismo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fruto do impacto das atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Essa declaração consolidou os direitos humanos como valores éticos e jurídicos universais, aplicáveis a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade ou contexto cultural. Afirmando a dignidade inerente a cada pessoa, a Declaração inovou ao reconhecer o ser humano como sujeito de direitos internacionais, estabelecendo um marco para a proteção global e enfatizando a necessidade de cooperação entre os Estados para prevenir novas tragédias contra a humanidade.

Por outro lado, segundo o relativismo, que se contrapõe a essa corrente, esses direitos não podem ser justificativa para subjugar a soberania nacio-

nal, e portanto, cada Estado tem a autodeterminação e faculdade de seguir seus ideais políticos, ideológicos, culturais e jurídicos, sem a possibilidade de intervenção de um país terceiro. A discussão se torna ainda mais sensível quando perpassa certos temas, como por exemplo, os direitos das mulheres. A corrente relativista pode ser utilizada para legitimar violações aos direitos humanos, como matrimônios forçados, mutilações genitais femininas e a privação do direito ao estudo em algumas culturas.

Portanto, em defesa dos direitos das mulheres, se coloca em questionamento o relativismo cultural, muito utilizado como forma de legitimar violências sofridas pelas mulheres. Então, o direito internacional se desenvolve no sentido de proteger os direitos das mulheres como direitos humanos, mas o relativismo se torna um obstáculo.

Assim, a análise da aplicação dos direitos humanos no âmbito internacional atravessa questões positivas e negativas de ambas as correntes, colocando em questionamento ideias rígidas e absolutas sobre qual seria a forma adequada de enfrentar esse assunto.

Conceito de guerra justa e os Direitos Humanos

Desde o momento da colonização das Américas, os pensadores buscavam justificar as guerras de conquista, como uma forma de fundamento jurídico e moral das agressões cometidas, fazendo uso do conceito de guerra justa, existente desde o fim da Antiguidade, e muito utilizado no período medieval. A ideia difundida era de que os povos nativos não eram civilizados e a dominação e submissão desses por parte dos europeus seria embasada no direito natural. Ou seja, a guerra é utilizada como forma de sancionar os nativos que violavam um direito absoluto e universal.

Nesse sentido, havia teorias de diferentes intelectuais com o intuito de justificar as guerras que levaram à dominação e subjugação dos povos americanos. Por exemplo, Baccelli (2023) destaca a ideia de Sepúlveda, a qual ressignifica o sentido de guerra justa, buscando legitimar a conquista espanhola por meio do direito natural e razões religiosas cristãs. Assim, desenvolve-se um início de ideologia imperialista e a ideia de guerra humanitária. Mesmo que com algumas mudanças em relação à teoria apenas mencionada, o autor apresenta como Vitória confirma a legitimidade da colonização, não mais através de um aspecto religioso, mas sim, por meio da existência de um direito natural, enquanto a guerra tem o objetivo de sancionar aqueles que violam esses direitos (BACCELLI, 2023).

Desse modo se cristaliza uma noção de guerra justa, ou seja, de formas jurídico-filosóficas de legitimar absurdos cometidos pelos povos dominadores e colonizadores com suas atividades imperialistas.

Recentemente, justificações similares emergiram no sentido de legitimar a iniciativa de conflitos por parte de países que se dizem democráticos e

defensores de ideais de paz e liberdade. Os direitos humanos são utilizados como instrumento de justificação das agressões, retomando o conceito de guerra justa, o mesmo usado na colonização americana. Mais uma vez, aqueles que não seguem esses princípios, unilateralmente considerados como o direito natural, universais e absolutos, têm a possibilidade de sofrerem sanções bélicas. Por exemplo, a ação da OTAN contra a Iugoslávia em 1999. De modo análogo ocorreu a invasão do Iraque em 2003 (BACCELLI, 2023).

No ano de 2009, o presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama recebeu o Prêmio Nobel da Paz, estando à frente da nação durante conflitos no Iraque e no Afeganistão. Em seu discurso, fez uma defesa da “guerra justa” em nome da paz e justificou as ações bélicas estadunidenses como uma espécie de mal necessário. Segundo ele “Devemos começar reconhecendo a dura verdade de que não vamos erradicar os conflitos violentos durante nossas vidas. Haverá ocasiões em que nações - agindo individualmente ou juntas - vão achar que o uso da força é não apenas necessário como também moralmente justificável” (BBC, 2009).

Assim, com uma nova face, se volta a um ideal de um direito natural universal com objetivo de justificar verdadeiros crimes de guerra, invasões e agressões. Por isso, os direitos humanos são utilizados como uma ferramenta de dominação e submissão através da perspectiva de uma verdade universal.

Universalismo e relativismo

Essa discussão traz à tona um debate sobre os direitos humanos. Se esses são direitos universais, regra válida para todos os cidadãos do mundo, e idôneos a serem o objetivo absoluto de todos os Estados, que devem ser protegidos a todo custo, ou se, por outro lado, deve ser respeitado o princípio da soberania nacional, de modo a considerar que os direitos são diversos para cada povo, os quais podem se autodeterminar, assim como prega o relativismo cultural.

Historicamente, os direitos humanos têm origem na necessidade de limitar o poder e garantir liberdades fundamentais. Inicialmente voltados aos estamentos privilegiados, como nobreza e clero, esses direitos começaram a ser reconhecidos na Magna Carta (1215), que assegurou princípios como o habeas corpus e o devido processo legal. Posteriormente, as declarações inglesas do século XVII, como o Habeas Corpus Act (1679) e o Bill of Rights (1689), ampliaram as liberdades, consolidando-as como direitos de todos os cidadãos. No século XVIII, documentos como a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) trouxeram os ideais de liberdade e igualdade para o centro das Constituições, marcando o início da universalização desses direitos (POTTUMATI, 2014).

Segundo Bobbio, os direitos não são naturais, como a concepção de

Vitória e outros jusnaturalistas defensores da universalidade dos direitos, mas são produto de um desenvolvimento histórico, de uma longa e complicada evolução. Assim, acredita que, ainda que não sejam naturais, e sim aceitos pelos Estados consensualmente, então, são universais uma vez que acatados por todos (BOBBIO, 1990).

Depois da sucessão de eventos da Segunda Guerra Mundial, como uma reação ao nazismo e aos regimes totalitários em geral, a comunidade internacional se volta a uma defesa dos direitos, que foram amplamente violados. O pós-guerra, assim, impõe uma necessidade de internacionalização dos direitos humanos e introduz a noção contemporânea de proteção universal dos mesmos, com uma ideia de indivisibilidade e imposição absoluta. Inclusive, a partir das experiências internacionais que marcaram período, defende-se que esses direitos ultrapassem limites estatais e permitam a relativização da soberania, uma vez que os direitos humanos são internacionais e protegem todos os indivíduos (POTTUMATI, 2014).

Nesse sentido, se desenvolve o cenário de cooperação internacional fundado nesses valores, por exemplo, com a criação das Nações Unidas, culminando na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Dessa forma, se propunha uma noção ocidental dos valores de liberdade, democracia e direitos individuais (ROSSI-DORIA, 2004).

Entretanto, esse cenário de cooperação internacional não é unanimidade, como Bobbio pressupôs, conseqüentemente, é alvo de críticas de líderes e pensadores. Nesse contexto, os países socialistas europeus viram a determinação de tais direitos como uma luta político-ideológica dos países ocidentais, como uma instrumentalização desses valores, impostos internacionalmente. Com o escopo anti-totalitarista, essa tradição ocidental evidencia uma absoluta preeminência dos direitos individuais sobre os coletivos, valores que são opostos aos asiáticos, por exemplo (ROSSI-DORIA, 2004).

Esses valores representam uma perspectiva antropocêntrica do mundo não compartilhada por outras culturas, como o islamismo, que possui, por sua vez, uma visão teológica não equivalente a essa colocação do indivíduo como centro (POTTUMATI, 2014).

Os valores ocidentais relacionados os direitos humanos foram confrontados pelos países asiáticos na Conferência de Bangkok, descritos como produto da experiência ocidental, fundados na figura do indivíduo e impostos por meio do imperialismo ocidental, enquanto os chamados valores orientais colocam em prioridade a coletividade, à frente dos direitos individuais. Desse modo, o não compartilhamento de valores e ideais por parte de culturas diversas é uma das principais críticas ao universalismo e fundamentos do relativismo cultural.

Todavia, a complexidade dessa discussão permeia a questão de como esses líderes representam os valores de vários povos, demonstrando nuances importantes de serem mencionadas em relação a ambas as correntes. Nesse

sentido, a autora indiana Amartya Sen, que prega por uma ideia reestruturada do universalismo, faz uma crítica sobre a questão de considerar a Ásia como uma unidade sem divergências entre culturas, países e povos. Os ministros que falaram na Conferência, com ênfase para o porta-voz, o ministro chinês, não podem representar toda a ideia de valores fundamentais e ignorar essa questão. Destaca-se, assim, a necessidade de construir uma ideia de direitos humanos tendo em conta as diversas tradições culturais. Ademais, nesse sentido, denuncia a utilização do anticolonialismo para violar direitos civis e políticos fundamentais (SEN, 1997).

A autora propõe que os direitos humanos não são nem exclusivamente ocidentais nem incompatíveis com os valores asiáticos. Argumenta que a defesa dos direitos humanos deve reconhecer a diversidade cultural, mas sem permitir que o relativismo cultural seja usado para justificar abusos ou autoritarismo. Analisando por essa perspectiva, o ideal seria encontrar um equilíbrio entre os valores individuais e coletivos, promovendo uma visão verdadeiramente universal dos direitos humanos (SEN, 1997).

A autora Rossi-Doria propõe, com base nas ideias de Sen e Nussbaum, sair do conflito frontal entre igualdade dos direitos e defesa das diferenças culturais, com o objetivo de uma abordagem mais flexível do universalismo, predisposto a considerar as diferenças culturais. Utiliza como exemplo os direitos das mulheres, que na ideia relativista estão entre os primeiros a serem atingidos, dessa maneira, buscam encontrar os limites desse relativismo extremo (ROSSI-DORIA, 2004).

De modo análogo, Tedesco analisa a relação entre a universalidade dos direitos humanos e as questões de aplicação em sociedades culturalmente diversas. Os direitos humanos são, muitas vezes, concebidos como universais, baseando-se em uma moral comum a toda a humanidade. Essa visão universalista busca estabelecer padrões globais de dignidade e liberdade, independentemente de limites culturais (TEDESCO, 2009).

Por outro lado, o relativismo cultural afirma que os valores e práticas devem ser compreendidos dentro de seu contexto cultural, argumentando que cada sociedade tem o direito de preservar as próprias tradições e modos de vida. Assim, o relativismo exerce uma importante crítica à face imperialista e ocidental dos direitos humanos universais. O autor observa como essa perspectiva de permissividade de práticas culturais pode entrar em conflito com a aplicação dos direitos humanos, principalmente quando as práticas tradicionais desafiam as normas internacionais. Nesse sentido, destaca-se mais uma vez a questão dos direitos das mulheres (TEDESCO, 2009).

Entre as práticas culturais que levantam questões significativas no âmbito dos direitos das mulheres, distinguem-se os casamentos arranjados e forçados, as mutilações genitais femininas e a privação do direito à educação.

Portanto, se conclui que, ainda que os direitos humanos universais possam ser um objetivo, a sua atuação deve considerar as especificidades cultu-

rais. Para os direitos humanos das mulheres, isso significa uma abordagem que reconheça e respeite as tradições culturais, mas que busque também eliminar práticas que violam a dignidade e os direitos fundamentais das mulheres. O equilíbrio entre universalismo e relativismo é complexo, mas essencial para encontrar uma aplicação ideal, justa e respeitosa dos direitos humanos.

Direitos das mulheres

Assim, quando se fala de críticas direcionadas ao relativismo, um dos aspectos mais importantes diz respeito às questões dos direitos das mulheres. Analisando através do ponto de vista de Rossi-Doria, com o escopo de sobrepor as tradições culturais aos direitos humanos ditos universais, os direitos das mulheres estão entre os primeiros a serem violados. Na verdade, no início das convenções e tratados internacionais, esses eram tidos como direitos menores, não colocados no mesmo nível dos direitos humanos *lato sensu*. Nesse sentido, muitas vezes os Estados justificam essas violências pelo relativismo cultural, como um método para legitimar negações aos direitos das mulheres (ROSSI-DORIA, 2004).

No âmbito internacional, esses direitos foram aos poucos reconhecidos. Em 1967, a Assembleia geral das Nações Unidas aprovou a “Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women”. Em 1975, a Conferência da Cidade do México aprovou um documento, que pela primeira vez condena as violências sexuais na esfera privada. Na Assembleia geral das Nações Unidas de 1979, é votada a “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” (Cedaw). Essa faz um apelo aos Estados para tomarem medidas que garantam a igualdade tanto na esfera pública como privada.

No ano de 1993, na Conferência de Viena, finalmente se determina que os direitos das mulheres devem ser considerados como direitos humanos. Por exemplo, foi reconhecido o estupro como tática de guerra, como violação dos direitos que devem ser punidos, o que anteriormente era visto apenas como uma prática cultural. Procurou-se também induzir os governos a agirem contra as práticas de mutilação genital e o casamento forçado. Porém, apesar desses avanços em acordos, alguns Estados buscam justificar a violação dos direitos humanos contra as mulheres com o pressuposto de diferenças culturais.

Em conflitos contemporâneos, a violência contra as mulheres não é apenas um efeito colateral, mas uma estratégia deliberada para demonstrar domínio, desmoralizar comunidades e consolidar poder. Nesse sentido, os ataques ao corpo feminino são repletos de mensagens políticas e sociais, sendo assim instrumentos de destruição simbólica e perpetuação de hierarquias patriarcais. Evidencia-se, portanto, a mercantilização do corpo feminino e a normalização da violência sexual nessas culturas que perpetuam o

machismo e a desigualdade (SEGATO, 2014).

Quando se observam os fatos, na realidade, o relativismo exacerbado deve ser colocado em questionamento. Grupos de mulheres de países subdesenvolvidos do Sul Global se manifestaram contra a questão de aceitar as diferenças culturais a todo custo. Ativistas sul-africanas descobriram que 54 milhões de meninas africanas foram vítimas de mutilação genital (ROSSI-DORIA, 2004).

Mesmo considerando as questões mencionadas, cabe salientar que o feminismo e a luta contra a opressão da mulher também são utilizadas como ferramentas de justificação da dominação ocidental, como por exemplo, em relação a mulheres islâmicas. Os Estados em questão, como aconteceu com os Estados Unidos em relação ao Afeganistão e a França em relação à Argélia, se portam como libertadores das mulheres, suprimindo delas sua voz e cultura, usando como respaldo a violência que ocorre em determinadas situações (ABU-LUGHOD, 2012).

Com essa ressalva, é importante tecer uma análise crítica ao relativismo, ao observar casos concretos em que é utilizado como ferramenta de opressão e violência, como acontece muito em países que manifestamente violam direitos básicos das mulheres, ao longo de muitos anos conquistados por meio de tratados internacionais. Ainda que o universalismo represente também um instrumento de dominação, o relativismo cultural não pode ser a resposta absoluta para o problema da aplicação internacional dos direitos humanos, enquanto ignora situações como essa. Portanto, propostas que bebem de ambas as correntes, como as de Sen e Tedesco, ajudam a compreender a aplicação dos direitos humanos longe de extremismos.

Conclusão

A análise das relações entre universalismo e relativismo cultural na aplicação dos direitos humanos evidencia um dilema central, ou seja, o de como lidar com os direitos fundamentais em um mundo culturalmente diverso, de modo a impedir o imperialismo ou que sejam legitimadas violações sob o pretexto de preservar tradições. O conceito de guerra justa, historicamente associado à colonização e à dominação, mostra como o universalismo pode ser instrumentalizado para justificar intervenções e violações de soberanias, enquanto o relativismo, por outro lado, muitas vezes serve para encobrir práticas abusivas, especialmente contra mulheres.

Assim como era utilizado pela subjugação de povos americanos na colonização, a guerra justa é um conceito reforçado e até mesmo aplaudido até os dias atuais, de modo a demonstrar como o universalismo dos direitos humanos se torna um pretexto para ações imperialistas e violentas, de justificação das guerras.

Em contraposição, o relativismo, que busca respeitar a individualidade

cultural dos povos e impedir essa forma de dominação a partir do pressuposto dos direitos humanos, também se torna uma ferramenta de opressão por parte de Estados que não desejam ter suas práticas abusivas questionada ou não agem ativamente para solucionar questões internas, como acontece muito em relação aos direitos das mulheres.

Dessa maneira, os direitos das mulheres destacam-se como um exemplo claro das limitações do relativismo, frequentemente usado para legitimar práticas abusivas como casamentos forçados, mutilações genitais e exclusão educacional. Mesmo com avanços do direito internacional, como a CEDAW e a Declaração de Viena, a justificativa da resistência cultural continua sendo um obstáculo significativo para a implementação efetiva desses direitos. Grupos de mulheres de países subdesenvolvidos têm questionado o relativismo extremo, que frequentemente perpetua essa violência estrutural.

Assim, observa-se, à luz dos direitos humanos, a importância de discutir as razões por trás e as consequências do universalismo e do relativismo. Ambos têm suas razões de ser, e também relevantes fundamentos jurídico-filosóficos que os motivam. Contudo, ambos também são utilizados como armas de opressão e justificação de ações violentas. Qualquer ideal absoluto deve ser colocado em discussão.

Enquanto o universalismo representa um aspecto imperialista, evidentemente problemático e herança do conceito de guerra justa, o relativismo pode ser utilizado pelos Estados como forma de se abster da responsabilidade social e de proteger direitos de minorias como as mulheres.

Portanto, conclui-se que o confronto entre universalismo e relativismo deve ser analisado de modo crítico e tendo em consideração as problemáticas inerentes a cada um. O desenvolvimento dos direitos universais das mulheres, assim como a importante crítica relativista à visão imperialista ocidental desses, são fundamentais para uma análise e aplicação equilibrada dos direitos humanos.

Referências

ABU-LUGHOD, Lilia. **As mulheres muçulmanas precisam realmente de salvação? reflexões antropológicas sobre o relativismo cultural e seus outros.** Revista Estudos Feministas, 20(2), 451 -470. 2012.

BACCELLI, Luca. **Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno?.** Bolonha. Rivista di filosofia del diritto (ISSN 2280-482X), Fascículo 2, dezembro de 2023.

BBC. **Obama recebe Nobel e defende ‘guerra justa’ pela paz.** BBC, 2009. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/12/091210_obamadiscursionobelfn>

BOBBIO, Norberto. **Introduzione a L'età dei diritti.** Torino. Einaudi. 1990.

POTTUMATI, Eduardo Carlos. **Direitos Humanos, Universalismo e Relativis-**

mo: em busca de diálogo e novos paradigmas. Revista Argumenta. Jacarezinho. Ed. 20, (2014): 181-197,263.

ROSSI-DORIA, Anna. **Diritti umani e diritti delle donne.** Bolonha. Contemporanea (ISSN 1127-3070). Fascículo 4, outubro de 2004.

SEGATO, Rita Laura. **Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres.** Brasília Revista Sociedade e Estado - Volume 29 Número 2 Maio/Agosto 2014

SEN, Amartya. **Human Rights and Asian Values.** New York, NY. Carnegie Council on Ethics and International Affairs. 1997.

TEDESCO, Francescomaria. **Diritti umani e relativismo.** Roma-Bari. Laterza. 2009.

EL DERECHO A UTILIZAR AUTOCERTIFICACIONES Y EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Salvatore Esposito

Doctorado en “Diritti, Istituzioni e Garanzie nelle Società in Transizione”, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”, Italia

Resumen:

En marco del «IX Congresso Internazionale de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar»¹, la investigación pretende abordar el tema de este «Simpósio», titulado «Cidadania, Poder e Direitos Humanos»², desde el punto de vista específico del ordenamiento jurídico italiano y, en particular, de la institución jurídica de la «autocertificazione», que aplica tanto para ciudadanos italianos, como para europeos y extracomunitarios. En las relaciones con la Administración Pública italiana, establece la transición del uso de «certificati» a la de «autocertificazioni»: Específicamente, esta transformación hace referencia al uso de actos administrativos, que son expedidos por entes públicos, en los que se certifican hechos, estados y cualidades personales del ciudadano (u otros hechos de su conocimiento directo) a actos privados. Aplicando la institución jurídica en cuestión, el ciudadano acredita la misma información que podría ser objeto de un «certificado» mediante una simple «declaración», firmada bajo su responsabilidad y presentada directamente ante el organismo público correspondiente. Con el objetivo de simplificar las relaciones de ciudadanía, la autocertificación pretende eliminar la carga que recae sobre el ciudadano: como lo es dirigirse a las diferentes administraciones públicas, como datos deba certificar, algo que anteriormente era un requisito para la conclusión de procedimientos y la emisión de resoluciones administrativas en beneficio del particular. En este contexto, el estudio se propone investigar las «características» del instituto, así como las «cuestiones jurídicas» no resueltas y el «campo de aplicación» de la autocertificación en el ordenamiento jurídico vigente, cuestionando la relación del

-
- 1 Los trabajos del valioso «IX Congresso Internazionale de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar» tuvieron lugar los días 8, 9 y 10 de octubre de 2024, y ofrecieron a los estudiosos perspectivas de diversos campos científicos de la doctrina jurídica.
 - 2 Este informe se presentó en persona en el marco del IV Simposio «Cidadania, Poder, Direitos», la conferencia celebrada el 10 de octubre de 2024.

instituto jurídico con el ejercicio del poder y la posibilidad de calificar como «derecho» la posición del «ciudadano» en cuanto a la relación con el «poder» de la Administración Pública.

Palabras-clave: Ciudadanía; Poder de la administración pública; Derecho; Certificado; Autocertificación.

Introducción

Recorriendo la evolución de la institución jurídica en cuestión desde la promulgación de la primera ley sobre autocertificación (en 1968), y destacando la ampliación progresiva de las facultades del ciudadano y las correspondientes obligaciones de la A.P. en esta materia, esta investigación pretende demostrar cómo el rígido ejercicio del «poder» de los entes públicos para emitir y solicitar certificados ha sido gradualmente superado por el «derecho» reconocido a ciudadanos italianos, europeos y extracomunitarios de presentar autocertificaciones. No obstante, aunque este proceso se inició en la segunda mitad del siglo pasado y la legislación ha sido objeto de numerosas reformas por parte del legislador italiano, sigue habiendo problemas de eficacia y dudas sobre si la posición del ciudadano puede calificarse de «derecho a la autocertificación». En consecuencia, la transición del uso de los «certificados» al de las «autocertificaciones» (también conocido como «proceso de descertificación -o eliminación de certificados-») no parece aún «completa» porque su uso se ve obstaculizado por lagunas e incertidumbres normativas y por una práctica administrativa que a menudo se resiste a su uso. Por otra parte, es necesario detenerse en determinados aspectos relativos a la relación entre el ejercicio del «poder» y la producción de declaraciones sustitutivas en el ámbito del procedimiento administrativo: Es fundamental esclarecer si el ente público puede o debe proceder únicamente sobre la base de estas declaraciones sustitutivas y de qué manera los «controles» sobre la veracidad de las autocertificaciones impactan en la adopción de las resoluciones administrativas. A esto se suman los numerosos problemas jurídicos derivados de los «errores formales» que puede cometer el ciudadano en la presentación de las autocertificaciones ante el organismo público actuante, sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones, y a este respecto ha evolucionado considerablemente en los últimos años. Por último, dado que todavía es común que los entes públicos soliciten certificados en lugar de declaraciones sustitutivas, es necesario abordar brevemente las deficiencias normativas y los problemas legales que dificultan la plena implementación de la autocertificación, incluso después de las reformas legislativas más recientes (de 2000 a 2021). Por tanto, las principales problemáticas incluyen la protección del uso de las declaraciones sustitutivas, así como la relación entre los posibles vicios formales de las autocertificaciones y su

validez dentro del procedimiento administrativo: existen diversas cuestiones en los ámbitos de los contratos públicos, de los concursos públicos y de las resoluciones que otorgan ventajas económicas, en las que la invalidez de las autocertificaciones puede tener efectos decisivos, además de irreversibles, sobre la posición jurídica de los ciudadanos. Pero, ante todo, hay aspectos a dilucidar sobre la relación entre la presentación de las autocertificaciones, el desarrollo del procedimiento administrativo y la adopción de la resolución final, un «deber» de la Administración Pública, que debe respetarse y que está sujeto a la regulación de los controles sobre autocertificaciones. Como ya se ha mencionado, en el pasado, la ausencia de la institución jurídica en cuestión obligaba a los ciudadanos a tener que solicitar certificados y esperar a su expedición, lo que impactaba negativamente en los tiempos del procedimiento administrativo, ya que, sin los certificados solicitados, la Administración Pública no podía adoptar la resolución final. El instituto jurídico de la autocertificación interviene precisamente en las modalidades y requisitos para el ejercicio del poder público, confiando a los organismos públicos que solicitan los certificados la comprobación de la existencia de los requisitos previos para el ejercicio legítimo del poder público («administraciones competentes»), la carga de realizar comprobaciones sobre la veracidad de lo auto-declarado, dirigiéndose directamente a los organismos que poseen esa información («administraciones certificadoras») y no al ciudadano que solicita el certificado. Por lo tanto, los puntos de reflexión científica que se pretende ofrecer al debate incluyen las características y límites de la institución de la «autocertificación» y al estado del «proceso de descertificación», que consiste en el paso de la presentación del «certificado» a la utilización de la «declaración sustitutiva» del mismo, debiendo cuestionarse la posibilidad de identificar un verdadero «derecho» a la autocertificación.

De la primera ley a la normativa vigente sobre la autocertificación: características del instituto y cuestiones jurídicas por resolver

Como ya se ha mencionado, aunque la transición del certificado a la autocertificación se inició en la segunda mitad del siglo pasado con la primera legislación en la materia (legge n° 15 de 4 de enero de 1968, en *normativa.it*), el «dento cammino dell'autocertificazione» (GARDINI, 2005, p. 112) se ha enfrentado a numerosos obstáculos y múltiples intervenciones del legislador italiano. De hecho, sigue habiendo problemas con la eficacia del instituto y dudas sobre la calificación de la posición del ciudadano como un «derecho a la autocertificación». Procediendo por orden, la primera ley en la materia reconocía al ciudadano la mera «facultad» de producir «dichiarazioni di scienza esterne in funzione di partecipazione» (GIANNINI, 1970 p. 986), es decir, «autocertificaciones», un nuevo instrumento para crear «certezze pubbliche» (GIANNINI, 1960). En particular, no se impedía al ciu-

dadano aportar la documentación «normal», ni en el momento de presentar la solicitud, ni durante el procedimiento administrativo; al contrario, la ley calificaba expresamente como válidos los documentos aportados en sustitución de las autocertificaciones; también existía la obligación de que la autocertificación fuera autenticada por un funcionario público «per entrare nel novero delle certezze pubbliche» (OCCHIENA, 1999, p. 268 y ss.; ARENA, 2001, p. 49) y exigía el pago de una tasa; además, la A.P. no estaba impedida para solicitar certificaciones y actas de notoriedad en cualquier caso (art. 2, 3, 4, 9, 21, l. 15/1968). Además, no quedaba claro si, conforme a la ley, las autocertificaciones eran suficientes para una resolución final, o si sólo sustituían temporalmente al acta, siendo necesario solicitarla, hacerla expedir y presentarla antes de la conclusión del procedimiento. Como resultado, la Administración tenía la facultad de solicitar siempre el certificado; y la ley no le obligaba a proceder sin él; así, el mero derecho del ciudadano a presentarlo acabó quedando «disapplicata per decenni» (MAZZAMUTO, 1999, p. 46; ARENA, 2001, p. 37). Posteriormente, después de que el Gobierno italiano tomara nota de la «falta de implementación» de la legislación (Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri de 20 de diciembre de 1988, n. 26779, en www.prefettura.gov.it), durante más de veinte años, el poder legislativo intervino para reformar la institución jurídica durante la década de 1990. En particular, la ley (15 de mayo de 1997, n° 127, en www.normattiva.it) eliminó la norma de autenticación por un funcionario público y también el impuesto correspondiente; por primera vez, se concedía al ciudadano el derecho a formar la autocertificación simplemente «firmando» la escritura en presencia de un empleado público designado, o firmando en el anexo de una copia fotostática no autenticada de su propio documento de identidad; dicha declaración podía presentarse en mano, por correo o por medios telemáticos. Además, se introdujo el supuesto legal de «violazione dei doveri d'ufficio» (incumplimiento de los deberes oficiales): en concreto, la no «aceptación» de las declaraciones sustitutivas era motivo para responsabilizar disciplinariamente al funcionario que no aceptase las declaraciones sustitutivas; el legislador pretendía de esta forma, fomentar el uso de la autocertificación, tanto al prever la obligación de la administración actuante de aceptar las declaraciones sustitutivas, como de tramitar el procedimiento sobre la base de las mismas. De hecho, por ley, el procedimiento administrativo debía seguir adelante una vez adquiridas las declaraciones de autocertificación del interesado; por primera vez, esto representaba una obligación para la A.P.; y ello hacía que las declaraciones sustituyeran «definitivamente» al certificado (art. 2, l. 127/1997). Comenzaba a cambiar de esta forma, la relación entre el «poder» del organismo público, atenuado por la obligación de aceptar la declaración sustitutoria, y el «derecho» del ciudadano a utilizar la autocertificación, que era más sencilla de producir y ya no estaba sujeta a ningún impuesto. La reforma posterior (legge n. 191 de 16 de junio de 1998, en www.normattiva.it)

intervino principalmente sobre los «controlli» del contenido de las autocertificaciones, es decir, sobre la veracidad de las declaraciones efectuadas por los ciudadanos: «obligando» a las administraciones a realizar verificaciones, pero «permitiéndoles» hacerlo sobre un porcentaje determinado del total de declaraciones presentadas.

A finales de los años noventa, quedó en evidencia en la literatura que el problema de la no realización de la autocertificación no era sólo reglamentario, sino sobre todo administrativo y «cultural». Con prólogo del Ministro per la Pubblica Amministrazione, Franco Bassanini, el ilustre escritor Andrea Camilleri publicó un relato satírico de la noche histórica en que el «travet» decidió decir «basta» a la autocertificación y, más en general, a la reforma de la administración: algunos funcionarios, lamentando la muerte de la burocracia, se reunieron para idear un ingenioso plan para boicotear la autocertificación (CAMILLERI, BASSANINI, 1999). De hecho, ni siquiera esas reformas lograron resolver los problemas de implementación efectiva de la normativa, que siguió aplicándose sólo esporádicamente, surgiendo así nuevos problemas de aplicación, debidos sobre todo a la «difficoltà di ricordare le diverse norme sull'autocertificazione» (BOMBARDELLI, 2001), que ya estaban presentes en un gran número de leyes y reglamentos diferentes. Así pues, el legislador retomó el tema «reorganizando», «racionalizando» e «innovando» (OCCHIENA; GARDINI, p. 114) la disciplina de la autocertificación y los controles relacionados con un nuevo «texto único sobre la documentación administrativa» (decreto del Presidente della Repubblica n. 445 de 28 de diciembre de 2000, en *www.normattiva.it*). La disciplina, posteriormente innovada pero aún en vigor, confirmó la ampliación del ámbito de aplicación de la autocertificación, dirigiéndose a los ciudadanos europeos y extracomunitarios, aun así los problemas de aplicación mencionados persistieron en los años siguientes: por un lado, las incertidumbres normativas, por otro, la resistencia de la práctica administrativa. Así, con una nueva reforma (legge n. 183, de 12 de noviembre de 2011, en *www.normattiva.it*), el legislador dispuso «le modifiche più importanti finora introdotte in tema di certezze pubbliche» (BOMBARDELLI), tratando de completar el proceso de «decertificazione». En primer lugar, estableció que las certificaciones expedidas por la Administración Pública «sólo son válidas y utilizables en las relaciones entre particulares»; también estableció que, en las relaciones con los órganos de la A.P., «los certificados y las actas de notoriedad se sustituyen siempre por declaraciones sustitutivas» (art. 40, co. 01, d.P.R. 445/2000 modificado y completado por la ley 183/2011). Y la legislación también prevé que los certificados lleven, bajo pena de nulidad, la mención: «Este certificado no puede ser presentado a los órganos de la administración pública ni a los gestores privados de servicios públicos» (art. 40, co. 02, d.P.R. 445/2000). Por último, la reforma establece que, incluso la «solicitud» y «aceptación» de certificados determinaría la sanción disciplinaria de los funcionarios públicos (además de la

«no aceptación» de declaraciones sustitutivas, ya prevista en la ley 127/1997). Se limita así la «potestad» de la A.P. y se amplía la «ciudadanía», lo que lleva a preguntarse si existe un verdadero «derecho» al uso de la autocertificación: de hecho, ya en 1988 (Circolare del Ministro per la Pubblica Amministrazione de 20 de diciembre de 1988, n. 26779, en www.funzionepubblica.gov.it) y luego en 1997 (Circolare del Ministro dell'Interno de 20 de enero de 1997, n. 3, en www.prefettura.gov.it), con el planteamiento en cuestión, el Gobierno calificaba la posición del ciudadano en términos de derecho subjetivo. Sin embargo, incluso en presencia de estas nuevas disposiciones y de las indicaciones ya mencionadas de algunas instituciones, la práctica en las oficinas públicas muestra a menudo que el proceso de «descertificación» aún no se ha completado, aunque se defina como una «tendenza destinata a rafforzarsi in futuro» (FIORITTO, 2003, p. 393). Esto se debe a que la legislación aún presenta «zonas grises», es decir, incertidumbres interpretativas y aplicativas, que se suman a la práctica administrativa que aún se resiste a la plena implantación de la autocertificación. Por ello, es necesario señalar algunos aspectos que se consideran significativos. En primer lugar, la ley establece que las certificaciones «sólo son válidas en las relaciones entre particulares»; sin embargo, no aclara qué tipo de nulidad se configura en el caso de utilización del certificado en las relaciones con la A.P.; tampoco especifica si la nulidad puede ser eliminada; además, la ley no establece las consecuencias derivadas de la utilización de un certificado en el marco del procedimiento administrativo, dado que debería considerarse «nulo». Asimismo, la legislación establece que los certificados expedidos al ciudadano por la administración pública deben ir siempre sellados, bajo pena de nulidad, con la mención: «Este certificado no puede presentarse ante los órganos de la administración pública (...)»; sin embargo, la disposición legal sólo se refiere a lo que debe escribirse en el documento; la ley no preve que cualquier certificado presentado por el ciudadano al órgano público será automáticamente «inválido». Desde otro punto de vista, no se imponen sanciones al ciudadano que los utilice; tampoco ninguna disposición obliga a la administración a verificar, previamente, el uso que el ciudadano desea hacer del mismo; ni prohíbe la expedición del certificado para su uso fuera de las relaciones entre particulares. En consecuencia, ninguna disposición en vigor parece impedir que los órganos de la Administración pública «expidan» el certificado suponiendo que el ciudadano tiene la intención de presentarlo a otro organismo público; tampoco se prohíbe al ciudadano solicitarlo o retirarlo una vez expedido porque desee utilizarlo para fines distintos de los previstos. Por otra parte, la ley no exige que el certificado se expida para un uso específico. Y por último, no se prevén sanciones para el organismo público que ha expedido el certificado al ciudadano con el fin de presentarlo a otra administración pública, sino únicamente para el organismo que ha aceptado el certificado. En conclusión, la mera disposición de que los certificados se deben emplear entre particulares

quizá no impida por sí misma la circulación de los certificados. La libre solicitud y expedición de certificados y, en consecuencia, la circulación de los mismos entre ciudadanos y organismos públicos sigue estando permitida, lo que puede convertirse en práctica mientras se sigan expidiendo certificados. Como ya se ha dicho, esta circunstancia puede agravar las cargas del ciudadano, limitando las facultades que se le atribuyen *ex lege*, y de la misma forma, puede provocar retrasos en la conclusión del procedimiento, ya que éste no seguirá su curso hasta que el ciudadano haya obtenido todos los certificados solicitados al organismo público competente al adoptar el acto administrativo. Completar la transición del certificado al derecho de los ciudadanos a utilizar la autocertificación requeriría, quizá, una mayor intervención del Parlamento y un mayor compromiso de la A.P., para garantizar el derecho a una buena administración, consagrado en la Constitución italiana y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Alcance de la institución jurídica y límites en materia de inmigración

Cabe señalar que las normas sobre «autocertificación» se aplican a los ciudadanos italianos y europeos, a las personas jurídicas, a las asociaciones, a las administraciones públicas y a los organismos, asociaciones y comités que tengan su domicilio social en Italia o en uno de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 3, co. 1, d.P.R. 445/2000). Además, la institución jurídica en cuestión se extiende a los ciudadanos extracomunitarios que residan regularmente en Italia, limitándose a los estados, cualidades personales y hechos certificables o atestiguables por organismos públicos italianos. Sin embargo, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la autocertificación las disposiciones especiales contenidas en las leyes y reglamentos que regulan la inmigración y la condición de los extranjeros (art. 3, co. 2, d.P.R. 445/2000). En otras palabras, en los procedimientos relativos a la inmigración y la condición de los extranjeros, se excluye la aplicación de la «autocertificación» y los «controles» correspondientes. Como ya se ha mencionado, la ley establece el principio de que los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la UE, que residan regularmente en Italia, pueden utilizar declaraciones de autocertificación y declaraciones juradas limitadas a estados, cualidades personales y hechos certificables o atestiguables por entidades públicas italianas. Sin embargo, la disposición remite a disposiciones especiales contenidas en las leyes y reglamentos relativos a la disciplina de la inmigración y a la condición de los extranjeros, dejando fuera del ámbito de aplicación de la autocertificación los procedimientos administrativos pertinentes (así, el mencionado art. 3). Esto significa que los ciudadanos extracomunitarios que residan regularmente en Italia, a efectos de los procedimientos regulados por el texto único de las leyes sobre inmigración, están obligados a «solicitar» certificados a

las administraciones públicas competentes para expedirlos (las denominadas «administraciones certificadoras») y a «presentarlos» en el organismo público en el que se esté tramitando el procedimiento (las denominadas «administraciones tramitadoras»). De hecho, el Ministerio per la A.P. ha especificado que, estos certificados bajo pena de nulidad, no deben hacer la mención habitual (art. 40, comma 02, d.P.R. 445/2000); por el contrario, los certificados deben contener la siguiente: «Certificado expedido para los procedimientos regulados por la normativa de inmigración» (Circolare n. 3 de 17 de abril de 2012). Dicho esto, cabe señalar que el legislador ha intervenido sobre la disposición legal general que excluye los procedimientos de inmigración del ámbito de aplicación de la autocertificación. En particular, la ley ha suprimido las palabras «sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en las leyes y reglamentos relativos a la disciplina de la inmigración y a la condición de extranjero» (decreto legge n. 5 de 9 de febrero de 2012, en vigor desde el 1 de enero de 2013). Sin embargo, la derogación de la disposición -salvo que la ley disponga lo contrario-, habría permitido a los ciudadanos y obligado a la A.P. a utilizar declaraciones sustitutivas en los procedimientos administrativos en materia de inmigración, ha seguido siendo solo «formal», ya que aún no ha surtido efectos jurídicos. Más concretamente, desde su derogación formal (2012), el legislador ha pospuesto, de un año para otro, la extensión del principio de «decertificazione» administrativa para los procedimientos regidos por la normativa sobre inmigración y extranjería. El plazo a partir del cual se deroga la disposición en cuestión se ha prorrogado cada año, durante más de diez años, y la última extensión es hasta el 31 de diciembre de 2024 (decreto legge n. 215 de 30 de diciembre de 2023, convertido con modificaciones por la legge n. 18 de 23 de febrero de 2024). En consecuencia, a excepción de los certificados exigidos para los procedimientos regulados por las leyes de inmigración, la autocertificación no puede aplicarse en los procedimientos relativos, entre otros, a la expedición, renovación o conversión de permisos de residencia o en materia de reagrupación familiar. En cualquier caso, si se hiciera efectiva la supresión de la citada disposición (art. 3, co. 2), las A.P. estarían obligadas a aceptar declaraciones sustitutivas (autocertificaciones) exclusivamente en relación con estados, hechos y cualidades personales certificables por entidades públicas en Italia. Cabe señalar, de hecho, que fuera de estos casos (previstos en el apartado 2), los ciudadanos extracomunitarios autorizados a residir en el territorio del Estado pueden utilizar las autocertificaciones, pero sólo en los casos en que se produzcan en aplicación de convenios internacionales entre Italia y el Estado de origen del declarante (art. 3, co. 3, d.P.R. 445/2000). Y, por último, fuera de estos dos casos (art. 3, co. 2 y 3), los estados, las cualidades personales y los hechos se documenten mediante certificados o declaraciones expedidos por la autoridad competente del Estado extranjero, acompañados de una traducción italiana autenticada por la Autoridad Consular italiana que certifique su conformidad con el

original (art. 3, co. 4, d.P.R. 445/2000).

Utilización de declaraciones sustitutorias y efectos de los errores formales en el procedimiento administrativo

El estudio de la relación entre «poder, ciudadanía y derechos», desde el punto de vista de la institución jurídica examinada, requiere un análisis de las normas que regulan la presentación de declaraciones sustitutivas ante los órganos de la Administración Pública. Asimismo, resulta crucial estudiar los errores formales que los ciudadanos pueden cometer al utilizar las autocertificaciones: éstos afectan la validez de las declaraciones sustitutivas, produciendo importantes efectos jurídicos en el procedimiento administrativo y, en consecuencia, en la posición jurídica del particular. En primer lugar, en cuanto a las normas que regulan la realización, firma y envío de las autocertificaciones, hay que partir de la premisa de que la ley prevé diversas modalidades. En particular, la legislación establece que las autocertificaciones son válidas: si se firman en presencia del funcionario público responsable mostrando su documento de identidad; también lo serán si se firman y envían por correo o electrónicamente junto con una copia de su documento de identidad. Además, también son válidas: si se signan con una firma digital y se envían telemáticamente; si el declarante se identifica a través del sistema público de identidad digital y la declaración se envía telemáticamente; si las transmite el declarante desde su domicilio digital, denominado p.e.c. (estos métodos están previstos en el art. 38 del d.P.R. 445/2000 y en el art. 65 del decreto legislativo n. 82 de 7 de marzo de 2005). Dicho esto, algunos de los métodos enumerados han dado lugar a una serie de errores formales a lo largo de los años. Los mismos hacen referencia a los efectos de la violación de estos métodos para presentar declaraciones sustitutivas. Esta cuestión es central en el debate sobre la autocertificación, ya que un error formal cometido por el ciudadano al presentar la declaración puede tener efectos decisivos en el procedimiento administrativo y en la medida final a su favor. Por poner algunos ejemplos, piénsese en un concurso público en el que el ciudadano, como concursante, presenta sus declaraciones sobre la posesión de los requisitos para participar en la selección pública, cometiendo el error formal de omitir la firma manuscrita de la autocertificación; o, piénsese en el ejemplo del particular que participa en una convocatoria pública y termina por no adjuntar copia del documento de identidad en las solicitudes para acceder a financiamientos públicos de las declaraciones sustitutivas de identidad relativas a la posesión de las condiciones de acceso a la medida de concesión de ventajas económicas; o, piénsese en la empresa que participa en el procedimiento público para ser adjudicataria de un contrato de servicios y, al presentar la documentación requerida, remite las declaraciones sin hacer referencia alguna a la legislación de referencia y omitiendo la fórmula

de asunción de responsabilidad penal en caso de *mendacio*. La pregunta que cabe hacerse es: «¿Qué efectos jurídicos tienen?». En primer lugar, desde un punto de vista formal, se exige que el acto del particular contenga una indicación de la referencia normativa aplicada (d.P.R. 445/2000). En caso de que no se haga referencia a la ley, la jurisprudencia se ha pronunciado dependiendo del caso de diversas formas; en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, se podría definir el acto como «nulo» (Tribunale amministrativo per la Sicilia, Sezione III, 10 de mayo 2010, n. 2665, in www.giustizia-amministrativa.it)³, para que el contrato fuera adjudicado a otra empresa; en un caso posterior, en cambio, el juez administrativo consideró que la escritura presentada, sin la referencia al d.P.R. 445/2000, era en todo caso «válida», ya que del contexto del procedimiento administrativo se desprende que, la escritura privada tiene el significado jurídico de una declaración sustitutiva (T.A.R. Molise, Sez. I, 7 de mayo de 2015, n. 189), lo que permite al declarante participar en un procedimiento electoral. En segundo lugar, se exige, además de la remisión a la legislación de referencia, la fórmula de asunción de responsabilidad por parte del ciudadano, que afirma conocer las consecuencias penales de las declaraciones no veraces. En caso de incumplimiento de esta disposición, la jurisprudencia dictaminó que la declaración sustitutoria era nula (T.A.R. Campania, Sez. VIII, 9 de agosto de 2006, n. 798), con la consecuencia, por ejemplo, de la exclusión de una empresa de una licitación; posteriormente, el Tribunal Administrativo ha afirmado que la autocertificación es «válida», incluso en ausencia de la fórmula mencionada, ya que no impide que el declarante asuma la responsabilidad penal derivada de firmar y adjuntar una copia de su documento de identidad (Consiglio di Stato, Sezione V, 14 de abril de 2008, n. 1665), hasta el punto de anular la exclusión, permitiéndole participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Más complejo es, sin embargo, el caso de la falta de firma de la declaración sustitutoria. En definitiva, según una interpretación inicial, la falta de la firma determina la «inexistencia» de la autocertificación y no una mera «irregularidad», por lo que no es subsanable y determina importantes efectos en el procedimiento administrativo (Cons. Stato, Sez. V, 4 de febrero de 2004, n. 364), de modo que el particular debe ser excluido de la licitación. Posteriormente, con la ampliación por parte del legislador italiano de los supuestos de «soccorso istruttorio» (en el tiempo, art. 6, legge n. 241 de 7 de agosto de 1990, decreto legislativo n. 50 de 18 de abril de 2016 y d.lgs. n. 36 de 31 de marzo de 2023), es decir, de las hipótesis en las que la Administración debe subsanar los «errores formales» cometidos por el particular durante el procedimiento administrativo, la jurisprudencia ha considerado finalmente «corregible» la firma omitida (T. A.R. Liguria, Sez. I, 31 de enero de 2020, n. 79); de hecho, la teoría de la posibilidad de

3 Las sentencias de los Tribunali amministrativi regionali y del Consiglio di Stato indicadas están todas disponibles en el sitio web institucional indicado.

subsana la falta de firma se extendió antes en la práctica administrativa y fue adoptada también por la Autoridad Nacional Anticorrupción (Parere, 27 de julio de 2022, n. 364, en www.anticorruzione.it). En síntesis, cabe hacer hincapié en el error formal como lo es la falta de presentación de una copia del documento de identidad por parte del ciudadano. Según la jurisprudencia mayoritaria, de este error formal deriva la «inexistencia» legal de la declaración sustitutiva y, por tanto, no es posible aplicar la institución jurídica del «soccorso istruttorio» (que, como se ha dicho, permite subsanar los errores formales mediante la nueva presentación de los documentos al organismo público), con la consecuencia, por ejemplo, de la exclusión del ciudadano del concurso público o de la empresa de la licitación (Cons. Stato, Sez. V, 20 de agosto de 2018, n. 4959). En conclusión, aunque aquí solo se han expuesto algunos ejemplos, cabe señalar que el derecho a utilizar la autocertificación encuentra un importante «límite» en las reglas formales de redacción, firma y envío, previstas en la ley.

Control del contenido de las autocertificaciones y ejercicio de la potestad administrativa

Como se mencionó en la introducción, la verificación de los requisitos o condiciones previstas por la ley para adoptar una resolución administrativa tradicionalmente implicaba la presentación de certificados por parte de los ciudadanos; en cambio, con la aplicación de la institución jurídica en cuestión, se presentan autocertificaciones. Las autocertificaciones son necesarias tanto para la instrucción del procedimiento como para la posterior fase de toma de decisiones (piénsese en la lista de clasificación de un concurso público o de una medida de adjudicación de fondos públicos, o en la lista de clasificación de una licitación, etc.). La A.P., para adoptar la medida definitiva, necesita acreditar la concurrencia de los requisitos y condiciones previstos en la ley y, por tanto, debe realizar las «*idonei controlli*» tanto sobre la «forma» de las declaraciones sustitutorias (obsérvese en el párrafo anterior), como sobre su «contenido». En particular, debe garantizar la «veracidad» de las declaraciones. En definitiva, la ley atribuye a las administraciones públicas la responsabilidad de realizar estos controles directamente con las otras A.P. y en particular con las entidades que poseen la información correspondiente (las denominadas «*amministrazioni certificanti*»). De hecho, con la transición del uso del certificado al de la declaración sustitutiva del mismo, puede decirse que la relación entre «poder, ciudadanía y derechos» ha cambiado, debido a que el ejercicio del poder administrativo ya no está condicionado a la presentación de certificados. Por el contrario, la Administración responsable de la adopción de la medida (la denominada «*amministrazione procedente*»), está obligada por ley a realizar las «comprobaciones» oportunas, también «por muestreo», en proporción al riesgo en que incurre, en caso

de que se dicte la medida definitiva en ausencia de las condiciones previstas por la ley (por ejemplo, una convocatoria pública para la concesión de ventajas económicas sustanciales); en resumen, la A.P. establece un porcentaje de procedimientos que deben ser objeto de control; por último, la ley prevé que los controles se realicen siempre, incluso superando el porcentaje establecido, «en caso de duda razonable» sobre la veracidad de las declaraciones (artículo 71, d.P.R. 445/2000). Dicho esto, el aspecto más importante que hay que destacar es que los controles también pueden realizarse después del «desembolso de los beneficios», es decir, después de la conclusión del procedimiento administrativo (excepto en el caso de las leyes especiales). Esto significa que el ejercicio de la potestad administrativa, salvo en caso de duda razonable y con sujeción a normas especiales, no está condicionado por los controles: aunque aún no se hayan realizado los controles de las declaraciones sustitutivas, el procedimiento debe seguir adelante y concluir. Existe una «presunzione *iuris tantum*» de la veracidad de la declaración del ciudadano, que solo puede ser refutada con pruebas evidenciando lo contrario: «ragionando in termini processuali, è sufficiente l'*allegatio* di quanto di chiarato e non più la *probatio*» mediante el certificado (CORSO, TERESI, 1991). Esta norma afecta a la relación entre «poder, ciudadanía y derechos», pues garantiza que el ciudadano pueda obtener la medida definitiva basándose únicamente en autocertificaciones, ya que no es necesaria la realización de controles ni la presentación de certificados expedidos por los organismos públicos competentes. En definitiva, si el control puede realizarse con posterioridad, el control preventivo es una mera eventualidad que no impide que el procedimiento siga adelante y las declaraciones sustituyen «definitivamente» al certificado. De este modo, el sistema hace que la Administración Pública asuma riesgos (SCARSELLI, 2004) para alcanzar los objetivos de simplificación y agilización de la actuación administrativa: el instituto en cuestión pretende evitar que el procedimiento permanezca suspendido durante el tiempo necesario, para llevar a cabo todos y cada uno de los controles sobre la veracidad de lo declarado.

Observaciones finales sobre la relación entre poder, ciudadanía y derecho a utilizar autocertificaciones

La reconstrucción de la evolución normativa de la institución jurídica en cuestión ofrece un cuadro conciso, pero bastante completo, de cómo la autocertificación ha supuesto la transición de la utilización de certificados, producidos como consecuencia del ejercicio del poder público, a la de declaraciones sustitutivas de certificados, formadas y presentadas en el ejercicio de un derecho ciudadano. Como se ha señalado, la institución exige la aplicación de «reglas formales», que deben cumplirse para el ejercicio del «derecho» del particular a recurrir a la autocertificación, que ahora también ha ad-

quirido los rasgos de un «deber» para la Administración Pública. En realidad, lo que se pretendía era destacar precisamente la relación entre el recurso a la autocertificación y el ejercicio de la potestad administrativa (sustanciación del procedimiento y adopción del acto final) a través de la regulación de los controles sobre las autocertificaciones. En cuanto al ámbito de aplicación, desde un punto de vista objetivo, las declaraciones sustitutivas sirven para acreditar los estados, cualidades personales y hechos que pueden ser certificados o acreditados por los entes públicos italianos; el límite intrínseco está representado, de hecho, por la disponibilidad y, por tanto, controlabilidad de los hechos, estados y cualidades por parte de las Administraciones Públicas. En síntesis, todo lo que es verificable es autocertificable: la excepción está representada por los procedimientos administrativos en materia de inmigración, en los que se mantiene la aparente indecisión del legislador en cuanto a la aplicación o no de las declaraciones sustitutivas. Desde un punto de vista subjetivo, la ley prevé que las declaraciones sustitutivas puedan ser utilizadas por ciudadanos italianos y europeos, así como por ciudadanos extracomunitarios que residan regularmente en Italia. Por tanto, los límites al uso de la autocertificación se circunscriben a un nivel objetivo, en función de la información que deba declararse y del tipo de procedimiento administrativo. Como ya se ha mencionado, la institución italiana de la autocertificación se extiende no sólo a la ciudadanía italiana, sino también a la europea y a la extracomunitaria. Por tanto, aunque limitada a las relaciones con sus instituciones, contribuye a integrar los «derechos de la ciudadanía administrativa europea». Estos últimos se basan en la enunciación general del «derecho a una buena administración pública», a través del cual «il legislatore europeo ha codificato un quadro minimo di garanzie» (GIUFFRIDA, 2012) que deben reconocerse al ciudadano europeo. Sin embargo, no se agotan en las disposiciones europeas, ya que se concretan y amplían a través de las diferentes y adicionales garantías ofrecidas por los Estados miembros. En concreto, la legislación europea reconoce el derecho a una buena administración como el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Comunidad traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable (art. 41, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En una primera lectura, parece limitada a las relaciones de los ciudadanos con las instituciones y otros organismos comunitarios; sin embargo, según una cuidadosa doctrina, debe entenderse que se extiende no sólo a los casos de «administración directa» europea, sino también a los de «administración indirecta», en los que es el Estado miembro y no un organismo de la Unión el que aplica el Derecho europeo (GALETTA, 2010, p. 601). Por lo tanto, la disposición debe entenderse como una norma de principio europea, cuyo contenido sólo puede comprenderse si se tiene en cuenta el siguiente aspecto: surge del «reconocimiento general de derechos ya existentes en el contexto de la Unión» teniendo en cuenta, en particular, «alle tradizioni

costituzionali comuni degli Stati membri» (GALETTA, 2005). Por lo tanto, en vista de la génesis tan particular del derecho europeo a la buena administración, «non sorprende che le facoltà riconosciute dalla Carta trovassero già ampio riconoscimento in seno all'ordinamento giuridico italiano» (TRIMARCHI, 2011). Esto lleva al estudioso a responder positivamente a la pregunta: «La cittadinanza italiana comprende il diritto ad una buona amministrazione nell'accezione comunitaria?» (SORACE, 2008). Y, en el presente contexto, conduce a una solución igualmente positiva de la duda: «¿Incluye el derecho a la autocertificación el derecho europeo a una buena administración?». Los poderes y facultades reconocidos en el artículo 41 de la Carta tienen carácter «ilustrativo» y ello conduce, de hecho, inevitablemente a calificar la disposición de la Carta como «norma de principio» (FRAGALE, 2018). Esto significa que el estatuto de ciudadanía europea se presenta como un supuesto «derivado del Estado», abierto a múltiples y posibles integraciones derivadas de las mayores garantías procedentes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros: probablemente, como la derivada del instituto de la autocertificación, perteneciente al ordenamiento jurídico italiano. De hecho, existe una indudable «continuidad» entre la misión de garantía del principio europeo en cuestión y el principio de buen fin de la Constitución italiana: en ambos casos, la «necesidad común» a satisfacer es sin duda la de la simplificación; en cuyo contexto, como señala la doctrina, el caso de la institución de la autocertificación, «modalidad típica de simplificación administrativa» es «paradigmático y muy conocido» (GIUFFRIDA, 2012). En cualquier caso, tras estas breves consideraciones sobre las dimensiones nacional y europea de la institución jurídica en cuestión, es necesario detenerse brevemente en la posibilidad de calificar en términos de «derecho» la posición del ciudadano que pretende utilizar la «autocertificación» en las relaciones con la Administración Pública. La duda surge ante el progresivo y constante aumento (de 1968 a 2021) de las «obligaciones» impuestas a las entidades públicas en materia de autocertificación, partiendo de la «solicitud» y «aceptación» de declaraciones sustitutivas, hasta el ejercicio de «controles» en relación con las «administraciones certificantes»: todos ellos elementos dirigidos a garantizar a los ciudadanos el derecho y el deber de utilizar las declaraciones sustitutivas. Dicho esto, por un lado debe considerarse la tendencia tradicional a formular las leyes administrativas en términos de «deberes» de la administración más que de «derechos» del particular (ZITO, 2002), incluso cuando el ordenamiento jurídico garantiza las formas típicas de protección; por otra parte, cabe destacar que, más allá del *nomen iuris*, de lo que no cabe duda es de que la situación jurídica del ciudadano ha evolucionado desde la mera «facultad» de utilizar autocertificaciones, hacia una posición «más amplia» y «protegida» respecto al pasado, que, si bien conserva ciertas cuestiones críticas y problemas jurídicos, ya no tiene una aplicación meramente esporádica.

Referencias

ARENA, Gregorio. **Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa**. La documentazione amministrativa. Rimini: Maggioli, 2001.

BASSANINI, Franco. **Presentazione**. La rivolta dei topi d'ufficio. Milano: Edizioni ESTE, 1999.

BOMBARDELLI, Marco. **Decertificazione. Divieto di utilizzare certificati nei rapporti con la Pubblica Amministrazione**. Treccani.it; **La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche**. Rimini: Maggioli, 2001.

CAMILLERI, Andrea. **La rivolta dei topi d'ufficio**. Milano: Edizioni ESTE, 1999.

CORSO, Guido e TERESI, Francesco. **Procedimento amministrativo ed accesso ai documenti**. Rimini: Maggioli, 1991, p. 121.

FIORITTO, Alfredo. **La funzione di certezza pubblica**. Padova: Cedam, 2003.

FRAGALE, Edoardo Nicola. **Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative**. Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. 5, 2018, p. 824 ss.

FRANCHI SCARSELLI, Guido. **Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa**. Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, fasc. 3, 2004, p. 293 ss.

GALETTA, Diana Urania. **Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione**. Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. 3-4, 2005, p. 819 ss.; **Diritto a una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona**. Diritto amministrativo, fasc. 3, 2010.

GARDINI, Gianluca. **Autocertificazione** (voce). Digesto delle discipline pubblicistiche. Torino: Utet, aggiornamento 2005, p. 108 ss.

GIANNINI, Massimo Severo. **Certezza pubblica**. Enciclopedia del diritto, vol. VI. Milano: Giuffrè, 1960, p. 769 ss., **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970.

GIUFFRIDA, Armando. **Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità**. Torino: Giappichelli, 2012.

MAZZAMUTO, Marco. **Dichiarazioni sostitutive: le principali innovazioni delle leggi Bassanini**, Nuove autonomie, fasc. 1/2, 1999.

OCCHIENA, Massimo. **Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini**. Foro italiano, fasc. 3, 1999 pag. 268 ss.

SORACE, Domenico. **La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione**. Costituzionalismo.it, fasc. 2, 2008.

TRIMARCHI, Michele. **L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia.** Diritto amministrativo, fasc. 3, 2011, p. 537 ss.

ZITO, Alberto. **Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno.** Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. 2-3, 2002, p. 425 ss.

SEXUALIDADE E A LÍNGUA: O BAJUBÁ E O MOVIMENTO LGBTI+ DA DÉCADA DE 1960 AO ANO 2000

Pedro Rossi Viana

Graduando em Ciências Sociais na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

Resumo:

No final da década de 1970, surge no Brasil, paralelamente às primeiras organizações em defesa da diversidade sexual e de gênero, uma forma de linguagem travesti/homossexual: o bajubá. A partir de uma fusão do português brasileiro com termos de grupos étnico-linguísticos africanos reproduzidos nas religiões afro-brasileiras o bajubá rompe padrões de gênero e de sexualidade característicos de uma suposta matriz heterossexual, conforme descrita por Butler em “Problemas de Gênero”. O objetivo desta pesquisa é investigar os usos dessa linguagem na mobilização política das organizações LGBTI+ e analisar a articulação dessas organizações com outras alas dos movimentos populares, como partidos socialistas/comunistas, o movimento negro e o movimento feminista. A pesquisa é realizada a partir de análise documental do material disponibilizado pelo Acervo Bajubá acerca das organizações SOMOS, Triângulo Rosa, Grupo Gay da Bahia e Grupo de Ação Lésbica-Feminista. O usuário principal do bajubá nesses documentos é o jornal Lampião da Esquina, que representa o periódico chave para a atuação a nível nacional do movimento homossexual brasileiro para as décadas em que manteve suas atividades. A necessidade de tonalizar o discurso mobilizador de debate político com uma espécie de “tom homossexual” somente se concretiza ao fazer uso de aspectos linguísticos específicos dessa população, e o meio no qual ele se concretiza com maior afinidade é no jornal. Por fim, essa pesquisa espera pincelar, ao menos, a compreensão do movimento LGBTI+ no Brasil e seus possíveis caminhos de seguir adiante.

Palavras-chave: Bajubá; Luta política; LGBTI+; Linguagem; Justiça.

Breves prolegômenos

Homossexual ou LGBTI+?

Em “O Estado e a Revolução”, Lênin aponta que a destruição do burocratismo, por meio do estabelecimento de uma nova maneira de funcionamento da “máquina do Estado” conforme explicitado por Marx em “A Guerra Civil na França”, levaria à destruição da formação estatal da burguesia. Sua base de controle material e sua própria superação estão estabelecidos no movimento que separa a burguesia de sua expressão negativa: o proletariado. Este é produzido, enquanto classe, como sustentação para a dominação capitalista por meio da acumulação primitiva de capital e do arrendamento de terras rurais a fim de forçar a substituição massiva de trabalho camponês por trabalho industrial conforme no primeiro volume de “O Capital”.

A essa forma de produção - conforme as concepções de *Entäusserung* e *Entfremdung* - Guy Hocquenghem assemelha à existência em si mesma do homossexual:

[...] a sociedade capitalista fabrica o homossexual do mesmo modo que produz o proletário, suscitando seu próprio limite o tempo todo. A homossexualidade é uma fabricação do mundo normal; é claro que não entendemos muito bem essa frase no sentido afirmado por um certo liberalismo para desobrigar o homossexual de sua falha, pela qual a sociedade é culpada: posição pseudoprogressista ainda mais impiedosa para os homossexuais do que a representação aberta. (Hocquenghem, p. 12, 2020)

Hocquenghem compreende que não existe diferença essencial que possa garantir a divisão do desejo entre dois possíveis lados, a saber, o homossexual e o heterossexual. Tal divisão é arbitrária e limitante sobre as diversas formas que o desejo, e suas pulsões, podem possuir dentro de seu “fluxo ininterrupto e polívoco”. A fim de esclarecimento, destaca-se aqui o uso do termo pulsão (“*pulsion*” no original francês).

Influenciado por Gilles Deleuze, Hocquenghem se insere aqui num contexto maior de crítica psicanalítica. “*Pulsion*” é o termo pelo qual, em francês, comumente se traduz, do alemão, “*trieb*”, que pode ser vertido ao português como “impulso”, “instinto” ou ao neologismo “pulsão” inspirado na concepção lacaniana do vocábulo original¹. Para fins deste trabalho, faz-se uso de “*trieb*” como “instinto” para analisar o comportamento sexual e do desejo sem subdivisões², conforme defendido por Paulo César de Souza, o

1 Nas traduções mais recentes da obra completa de Sigmund Freud ao português, Paulo César de Souza opta por traduzi-lo como instinto ou, por vezes, pulsão. Ver (Freud, 2016)

2 Hocquenghem, em “O Desejo Homossexual”, já identifica que a forma masculina do

principal tradutor das atuais obras completas de Freud em português brasileiro, em “As palavras de Freud: o vocabulário freudiano e suas versões” (2010).

Existe LGBTI+ no Brasil do século XX?

Um “movimento LGBTI+” não possui forma no Brasil até meados da década de 1980. Antes disso, o que se conhecia como organização contra a Norma de opressão sexual se conhecia como MHB, Movimento Homossexual Brasileiro (Green et al. (orgs.), 2018). Até esse momento, “homossexual” poderia ser utilizado como uma categoria que abarcava todo o espectro das identidades LGBTI+ e o confinava a apenas um vocábulo (Green e Quinalha, 2021). Ressalta-se, conforme demonstra Hocquenghem, que “a primeira construção edipiana imaginária da homossexualidade” é em si a masculina. É justamente sob essa forma [masculina] que se atribuem aqueles que não se comportam sexualmente de maneira adequada: se ele gosta de homens, é porque é quase uma mulher; se ela não gosta de homem, é porque é quase um. Confundem-se, em suas próprias representações entre “homem” e “mulher”, o cerne do masculino e feminino, o que não é um, é o Outro.

Nesse sentido, durante primeira metade do século XX, “homossexual” se relaciona principalmente a um homem de posição passiva no momento do sexo, embora seu uso pudesse também ser utilizado em referência a mulheres que se relacionassem com outras mulheres, independentemente da posição.

Na crítica à concepção psiquiatra de uma suposta teoria da sexualidade, Freud esclarece ainda mais as formas desse pensamento por volta de cinquenta anos antes daqueles citados anteriormente. O psicanalista nascido em Freiberg os define no seguinte trecho:

A teoria popular do instinto sexual [*geschlechtstrieb*] tem uma bela correspondência na fábula poética da divisão do ser humano em duas metades - homem e mulher -, que buscam unir-se novamente no amor. Resulta em grande surpresa, então, saber que existem homens para os quais o objeto sexual não é a mulher, mas o homem, e mulheres para as quais esse objeto não é o homem, mas a mulher. Tais pessoas são chamadas de *Konträrsexuale*, ou melhor, invertidos [*Invertierte*], o fato sendo o da inversão. (Freud, p. 22, 2016)

Essa é a homossexualidade concebida no século XX. A ela também se acrescenta uma instabilidade notória de sua constituição pelo conteúdo da

centro da concepção do desejo. Aqui, trabalha-se com o desejo em sua forma completa para compreender as complicações de sua base masculina. Ver também (Mieli, 2023).

“inversão”³ em si mesma. Vale notar que Freud não está, aqui, delimitando por completo um conceito de “invertido”, mas apresentando apenas um esboço de sua compreensão do desenvolvimento sexual. Guy Hocquenghem, na verdade, ao afirmar que “a homossexualidade, ao mesmo tempo, não existe e existe: é seu próprio modo de existência que recoloca em questão a certeza da existência” (Hocquenghem, p. 16, 2020) introduz a mesma dialética que, num estudo um pouco mais aprofundado dos escritos freudianos, se apresenta: todo comportamento sexual normal - que segue a norma - possui presente todos os aspectos das perversões⁴, assim como as perversões possuem, ou melhor, se iniciam do conteúdo do sexo normal. A psicanálise possui como base a compreensão do indivíduo “bissexual”⁵ de nascença, com o curso da vida, configura-se o desejo na vida psíquica do ser (Mieli, 2023). É a partir disso que se desenvolveria a formação de uma suposta identidade hetero e homossexual (em amplo espectro) no indivíduo.

No caso do Brasil, um estudo realizado pela polícia de São Paulo na década de 1940 é ilustrativo desse uso de homossexual. Seu título, “Estudo Biográfico dos Homossexuais (pederastas passivos) da Capital de São Paulo. Aspectos de sua Atividade Social (Costumes, Hábitos, ‘Apelidos’, ‘Gíria’),” é um primeiro indicador dessa forma das categorias sexuais. O estudo possuía o procedimento de,

Para melhor conhecer a vida dos homossexuais (pederastas passivos) residentes na Capital de São Paulo, procurámos abordá-los nos locais onde se encontram habitualmente, nas próprias residências, etc., dando a conhecer a nossa condição de estudiosos e procurando captar-lhes confiança. (Arquivos de Polícia e Identificação, p. 244)

Tal pesquisa conseguiu em torno de nove entrevistados: todos “homossexuais masculinos” com traços biográficos comuns como migração do interior à capital, vida concentrada na região central de São Paulo, trabalho com prostituição, condições precárias de habitação, entre outras diversas características que remetem à sua tentativa de sobrevivência na região da Santa Efigênia e da Praça da República entre as décadas de 1920 e 1940.

3 Butler (2018) identifica nas categorias de gênero uma nebulosidade e instabilidade características a elas mesmas. O que destaco não é que a homossexualidade em si traga essa nebulosidade, mas que essa categoria é a porta inicial para esse questionamento. Uma definição exata de homossexualidade se dificulta por ser ela mesma não cristalizada, confusa. Ela é, nesse contexto, a generalidade da “não-heterossexualidade” - sendo essa heterossexualidade já considerada heterossexual, como apresenta Hocquenghem, ou cisgênero, conforme o atual desenvolvimento da teoria de Judith Butler.

4 Desvios da meta sexual normal (Freud, 2016).

5 O conceito de “bissexualidade” em psicanálise, ainda mais em seu início, possui um sentido ambíguo entre “forma corporal dos dois sexos” e “seleção de objeto sexual feita aos dois sexos”. Por isso, utilizam-se aspas.

O principal relato que demonstra a forte concepção masculina e passiva da homossexualidade - do rompimento à Norma (Mieli, 2023) - é o de Zazá. A descrição de sua condição de habitação caracteriza a precariedade: “reside no porão do prédio situado à rua Vitória, 332, prédio êsse em que moram outros pederastas. O seu quarto é o que se pode chamar, sem receio de cometer erro, de antihigiénico.” (Arquivos de Polícia e Identificação, p. 248). Entretanto, o foco de sua entrevista se dá em seu relato biográfico, no qual expõe suas relações erótico-românticas. Entre elas:

Volto a São Paulo. 1933. De novo a mesma vida, porém agora mais socegada, por não ter aqui tantos pederastas ativos como no Rio.

Procurei, então, o meu homem, que tinha feito em minha carne a vacina da pederastia, da desgraça e da deshonra.

Êle clinicamente pegou no meu membro, fez com que êle se endurecesse e exigiu, depois, que eu colocasse no seu anus. Eu, então, gozei nele e fiquei boquiaberto ao perceber que havia me entregado a um homem que não era completamente macho e que era, sim, um passivo como eu. Compreendam-se estes homens, pensei eu...

Não o procurei mais. Senti-me de um modo que não sei explicar; não sei se criei-lhe amizade, por sermos iguais, ou se fiquei desiludido por ver o que êle acabava de fazer. (ibidem, p. 250)

É perceptível como Zazá relaciona sua condição de homossexual aos aspectos de ser mulher, ou melhor, de “feminilidade”: ao conhecer um homem que se servia de prazer anal, do mesmo modo como Zazá se posiciona no sexo, descaracteriza sua condição de “macho”, de integralmente “masculino”, que, repete-se, somente se desmancha por causa do ato da penetração, e não pela característica homoerótica do ato sexual. Mario Mieli acrescentaria:

Se o que horroriza o homo normalis - guardião do sistema hetero-capitalista - na homossexualidade é sobretudo a penetração no ânus, isso demonstra que um de nossos prazeres mais deliciosos, o coito anal, traz em si uma notável disruptura revolucionária. O que de nós gays é refutado contém grande parte de nossa gaia potencialidade subversiva. Eu guardo meu tesouro no cu, mas ele está aberto a todos... (Mieli, p. 187, 2023)

Se o homem desfruta de prazer anal, não pode ser completamente homem. Se ele não é por inteiro masculino, não há forma de interesse sexual.

Além disso, não há, no entrevistado, uma cisão definitiva entre uma exata figura de “homem”, nem a adoção precisa da identidade de “mulher” nesse momento. O homossexual, mesmo que indicasse traços atuais de identificação e de comportamento de gênero que atualmente são considerados

“transfemininos”, ainda estava relacionado à uma forma mais dúbia entre os dois lados do “recorte abstrato do desejo”, entre o “masculino” - a heterossexualidade - e o “feminino” - a não-heterossexualidade -, mas que pendia constantemente para um entendimento “homossexual” em vez de uma concepção formalmente “transexual”. Em resumo, homossexual abarcava, nessa época - e, talvez, até hoje -, um grande espectro de comportamentos sexuais na exata proporção em que Hocquenghem formula a fragmentação do desejo.

Esse é o contexto de utilização da categoria homossexual tanto internacionalmente quanto nacionalmente até por volta das décadas de 1970 a 1990. Nesse período se inicia, no Brasil, uma forte formação de organizações em defesa das diferentes categorias de comportamento dissidente (“homossexuais masculinos”, lésbicas, trans etc.). Nesse momento, ocorrem o Iº Encontro Brasileiro de Homossexuais, o primeiro encontro da ABGLT, assim nomeada, o primeiro SENALE (Seminário Nacional de Lésbicas) e entre muitos outros eventos, embora possuísem notórias limitações, de libertação da movimentação LGBTI+ (Green et al. (orgs.), 2018).

Entretanto, antes da adoção de uma sigla extensa de formas de comportamento sexual fora da Norma, voltemos ao Movimento Homossexual Brasileiro, o foco de nossa pesquisa.

O que é o bajubá

Na “Dicionária Aurélia”, encontra-se a seguinte definição para o que seria o bajubá/pajubá:

Baseado nas línguas africanas empregadas pelo candomblé, é a linguagem praticada inicialmente pelos travestis e posteriormente estendida a todo o universo gay. O bajubá falado emprega uma mistura lexical (do próprio bajubá, do português e, em menor grau, do tupi) sobre a base gramatical e fonológica da língua portuguesa. (Vip e Lib, p. 6, 2006)

Logo em seguida há maior esclarecimento:

No mundo gay, o artigo definido feminino é, em muitos casos, anteposto a substantivos próprios ou comuns do gênero masculino, sendo que, no caso dos comuns, o substantivo ele próprio também passa, se possível, para o feminino, criando-se um neologismo. (ibidem, p. 16)

Vocábulos como “dicionária Aurélia”, “a gay” e “a Mário” são exemplos de neologismo que as trocas do gênero de substantivos comuns conferem ao bajubá.

Essa linguagem, evidentemente, se forma com uma amplitude maior

de palavras que não apenas neologismos. Sua base é a língua portuguesa, e ele opera modificando e acrescentando, a ela, expressões próprias, como: amapô, aquê, atraque, agatê, bajé, magclin, magia, alibã, entre muitas outras.⁶

Sua formação caracteriza certa “ironização” da língua portuguesa, principalmente de sua base generificada entre o masculino e o feminino. O bajubá não possui data exata de aparição, sendo referido como uma “língua guei de discoteca” no início de pesquisas mais aprofundadas sobre o tema. Porém, o que basta para esta pesquisa é a definição formulada pela “Dicionária Aurélia”, apresentada no início desta seção.

Os materiais utilizados

Jornal Lampião da Esquina

Jorge Caê Rodrigues caracteriza o Lampião da Esquina como “um marco na história editorial brasileira” (Green et. al. (orgs.), p. 238, 2018) inserido no contexto da imprensa alternativa, iniciada com a primeira publicação de O Pasquim (Green e Quinalha (orgs.), 2021).

O jornal é considerado o primeiro veículo de ampla circulação dirigido ao público homossexual. Ainda que outras publicações tenham surgido antes dele, todas feitas de forma artesanal, foi o *Lampião* que inaugurou um novo tempo na história da mídia impressa gay no Brasil. (Green et. al. (orgs.), p. 238, 2018) [Grifo do autor]

Em outras palavras, “o esforço pioneiro de publicar revistas sobre a homossexualidade” (D’Emilio apud Green et. al. (orgs.), 2018) surge no país apenas pungentemente por volta de 1970 com a publicação do Lampião da Esquina.

As contribuições do periódico para a mobilização política nacional, além da relação de seu Conselho Editorial com o grupo SOMOS, foram tantas que Dolores Rodrigues afirma:

O *Lampião da Esquina* foi o mais revolucionário jornal da imprensa nanica. Todos os jornais discutiam a abertura política, a ditadura, a anistia, etc. O *Lampião* passou por tudo isto e foi além. Ele foi o primeiro a discutir a identidade do homossexual brasileiro. (Rodrigues, D. apud Rodrigues, J., in.: Green e Quinalha (orgs.), p. 117, 2021) [Grifos do autor]

É indiscutível a importância das publicações desse periódico para a mobilização política da comunidade LGBTI+ brasileira do século XX. O jornal publica de abril de 1978 a junho de 1981. Seu fechamento, conforme

6 Respectivamente: mulher; dinheiro; briga; mulher hétero; sangue; bandido; perigo; e policial.

ressalta Jorge Caê Rodrigues, leva em consideração a atividade política na qual se inserem as publicações:

As lutas internas, editoriais, em torno de qual identidade seguir, bem como o risco de uma burocratização do movimento “guei” acabariam por descaracterizar o jornal, levando a uma sensível diminuição nas vendas dos exemplares e, consequentemente, ao seu fim. *Mas, ao que tudo indica, foi uma relação de amor e ódio: por um lado, o jornal precisava do movimento (durante algum tempo foi o movimento que manteve o jornal vivo); por outro, o movimento sem o jornal não teria aglutinado tantas pessoas em todo o Brasil.* (Green e Quinalha (orgs.), p. 118, 2021) [Meus grifos]

Boletins (ChanacomChana - GALF, Triângulo Rosa, GGB)

Os boletins são importantes documentos de discussão organizacional e política de coletivos e de organizações partidárias. Alguns de circulação externa, outros de circulação interna, tais boletins possibilitam a concatenação das discussões de cada coletivo. Eles se diferenciam dos jornais por não possuírem o mesmo caráter de discussão aprofundada e os mesmos fins propagandísticos. Embora existam variações, um boletim tem mais características de um aglomerado de informes junto a algumas outras publicações diversas relacionadas ao tema e ao estilo da publicação do que a característica de um ambiente de troca mais aprofundada de informações, exposição de notícias e de debates públicos, como é um jornal.

Os referidos boletins são produzidos por organizações de profunda influência no movimento LGBTI+ do século XX. O Grupo de Ação Lésbica-Feminista em São Paulo, o Triângulo Rosa, no Rio de Janeiro, e o GGB, na Bahia, são três organizações de extrema importância para a mobilização política nacional LGBTI+. Além de sua importância no movimento popular, sua seleção se dá por dois motivos: disponibilidade da documentação no Acervo Bajubá, onde realizei minha pesquisa, e distribuição geográfica da origem dessas organizações.

A preservação de documentos de mobilização de camadas populares é, em si, extremamente complicada. Não há meios materiais de preservação dos itens; esses materiais - por serem muitas vezes cotidianos - se perdem com o tempo; poucos exemplares produzidos devido à falta de dinheiro, mais muitas outras razões tornam complicada a sua preservação. Quando se trata de camadas populares LGBTI+, um agravante é adicionado: a própria homofobia dificulta a produção e manutenção desses documentos.

Desse modo, a seleção desses arquivos é justificada na tentativa de ampliação tanto do material a ser analisado quanto da distribuição geográfica desses documentos (sair de São Paulo e ir a outros estados: o Rio de Janeiro e a Bahia). Mesmo que bastante concentrado na região sudeste, tenta-se esboçar um princípio de compreensão sobre essa questão.

Todas as organizações, grupos, partidos, coletivos de mobilização social etc. produzem documentos que circulam apenas entre seus membros (de circulação interna), e entre a qualquer um interessado (de circulação externa). O objetivo de sua inserção no escopo dessa análise é, assim como o dos boletins, chegar a um número mais seguro de casos analisados de modo que se verifique uma espécie de “saturação” do fenômeno nos documentos analisados. Conforme:

Case study logic, in Yin’s terms, proceeds sequentially, such that each case provides an increasingly accurate understanding of the question at hand. In a *casa* model, the number of units (cases) is unknown until the study is completed; the collection of units is, by design, not representative; each unit has its own probability of selection; and different units are subject to different questionnaires. The first unit or case yields a set of findings and a set of questions that inform the next case. If the study is conducted properly, the very last case examined will provide very little new or surprising information. The objective is saturation. (Small, p. 25, 2009)

Esses são normalmente materiais curtos, pequenos, envolvendo atas de reunião, normalmente que sintetizam as discussões realizadas, folhetos de convite para atos locais e nacionais, divulgações de atividades além de protestos, como reuniões, festas, cinema. Por isso, são inseridos também para o escopo dos documentos da análise.

Bajubá e sociologia

Em resumo, “o plano de um jornal político para toda a Rússia”, não só não representa o fruto de um trabalho de gabinete de pessoas contaminadas pelo doutrinário e pelo literatismo (como pareceu a pessoas que meditaram pouco sobre ele), como é, pelo contrário, o plano mais prático para começarmos, em todas as frentes e imediatamente, a nos preparar para a insurreição, sem esquecer, ao mesmo tempo, nem por um instante, o indispensável trabalho de cada dia (Lênin, p. 193, 2020).

Com esse parágrafo, Lênin conclui seu opúsculo “O que fazer? Questões Candentes de Nosso Movimento”, sua contribuição para o II Congresso do Partido Operário Social-Democrata Russo (POSDR), que seria realizado próximo a fevereiro de 1902. Além de defender uma organização revolucionária partidária centralizada democraticamente, o militante russo contrapõe críticas de participantes do conselho editorial da *Rabótcheie Dielo* a sua proposta de um jornal político disseminado nacionalmente. Em síntese, o que Lênin propõe, num contexto pré-revolucionário de 1902 e de reorga-

nização partidária, é a criação de um jornal capaz de habituar “todas as organizações revolucionárias, em todos os cantos da Rússia, a manter entre si as relações mais constantes e ao mesmo tempo mais conspirativas, relações que criariam a unidade efetiva do partido” (ibidem) a fim de desenvolver melhores condições de planejamento ágil para a atividade de insurreição popular. Um jornal que servisse de instrumento de combate espiritual e material.

Essa concepção de instrumento de luta espiritual é a que se relaciona com os resultados da pesquisa. A partir da análise do material documentado, verifica-se que o bajubá não é utilizado *em longa escala* nos documentos selecionados. Sua presença é percebida justamente nos jornais e nos boletins. Obtive contato com cartas a deputados e instituições de imprensa, convites de festas, atas de reunião, moções de apoio a outras organizações, agradecimentos aos eventos de aniversário do SOMOS, divulgações de abertura do espaço físico do SOMOS/SP, e muitos outros. Entre todos esses documentos, apenas se nota o uso significativo dessa linguagem em meio aos jornais e aos boletins, mais especificamente, o jornal Lampião da Esquina, o boletim Chanacomchana e os boletins do Triângulo Rosa e do Grupo Gay da Bahia.

Ele aflora apenas nos documentos de, mais devidamente, agitação e propaganda. Nesse contexto, o bajubá se apresenta com um motivo ainda mais específico: ele é o responsável por tonalizar a argumentação, dar ao discurso a forma de seu desenvolvimento, assim como argumenta Luiz Mott - integrante do Grupo Gay da Bahia:

Chamamos a atenção, sobretudo nos primeiros números [do boletim do Grupo Gay da Bahia], para o tom marcadamente “anarquista” de seu conteúdo e linguagem: criado ainda durante a Ditadura Militar, os editores e colaboradores do Boletim do GGB assumiam postura irreverente e contestadora, resgatando e insistindo no uso de termos estigmatizados, como bicha, sapata, traveca, visando desconstruir o estigma embutido em tais pejorativos, exatamente como fazem hoje os seguidores da Teoria Queer (Mott, p. 7, 2011)

Jorge Caê Rodrigues é firme ao afirmar que,

por um lado, o jornal [Lampião da Esquina] precisava do movimento [homossexual] (durante algum tempo foi o movimento que manteve o jornal vivo); por outro, o movimento sem o jornal não teria aglutinado tantas pessoas em todo o Brasil” (Green e Quinalha (orgs.), p. 118, 2021).

Em outras palavras, o jornal Lampião da Esquina exercia um papel de agitador do Movimento Homossexual Brasileiro. Não existiria jornal sem uma inclinação a uma organização contra a Norma sexual no Brasil. Lampião e MHB eram, sem formalização, dependentes um do outro. Todos ser-

viam ao mesmo objetivo.

Desse modo, o *Lampião da Esquina* era um jornal independente sem um teor revolucionário marxista-leninista. Muito menos o próprio grupo SOMOS, que possuía laços fortes com o jornal, estava próximo de alguma linha marxista(-leninista) de atuação política nacional. Os quadros do grupo, na verdade, possuíam certa desconfiança e incômodo com o movimento comunista/socialista brasileiro, o que fazia com que figuras como João Silvério Trevisan e Marisa Fernandes (antes de fundar o GALF) defendessem uma luta por direitos de camadas populares distanciadas do marxismo, que era comum aos movimentos sociais internacionais, principalmente ao estadunidense, o irmão mais velho dos grupos LGBTI+ do país.

Contudo, é curioso como, mesmo em um cenário completamente diferente, a teoria leninista apresenta-se confirmar nas palavras de Jorge Caê Rodrigues, embora este esteja também distante de dita tradição. Conforme o militante russo, “o plano mais prático para começarmos, em todas as frentes e imediatamente, a nos preparar para a insurreição, sem esquecer, ao mesmo tempo, nem por um instante, o indispensável trabalho de cada dia” (Lênin, p. 193, 2020) está estabelecido na atividade do jornal. O *Lampião da Esquina* era justamente o responsável por tal atuação em frente ampla para a coesão da ação do movimento homossexual nacionalmente. Por isso, sua utilização do *bajubá* é evidentemente proposital: a ironia, a crítica, a indignação e a mobilização contra as injustiças cometidas aos distintos aspectos das camadas populares são inseridas no uso de tal linguagem para manter, com constância notável, o conhecimento dos autores do discurso, os ativistas⁷ da causa homossexual, o movimento homossexual brasileiro organizado.

Os boletins vêm em seguida. Seu uso do *bajubá* se justifica pelo mesmo motivo, à diferença de que se encontra em menos casos. O boletim *Chanacomchana*, o boletim do *Triângulo Rosa*, e o boletim do Grupo Gay da Bahia serviram de igual modo para divulgação do debate realizado pelo grupo de LGBTI+s que representavam. Sua organização e discussão se tornaram publicizadas à medida que a população geral entrava em contato com seu material de divulgação. Todos têm o objetivo de publicização da luta, de seus debates e uma tentativa de convencimento a participar do movimento e de suas pautas.

Movimento homo-negro-feminista?

Eis-nos aqui reunindo coragem, unindo nossa raça à sexualidade. Nossa atitude é no sentido de um posicionamento aberto e humano que esclareça a todos os setores de nossa comunidade so-

⁷ Ativistas, pois não estão organizados num partido/organização que coletivize a atuação política. Então, por possuir certo caráter individualista para a forma organizacional, refere-se a eles como ativistas.

bre a nossa existência. Neste momento em que toda a sociedade brasileira passa por uma fase transitória em que negros, mulheres, índios e homossexuais lutam e exigem o espaço que lhes é de direito, vimo-nos impelidos pela necessidade de nos posicionarmos e trazermos à luz a carga de preconceituosidade a que estamos expostos diariamente em todos os setores da sociedade, denunciarmos as discriminações e arbitrariedades à nós impetradas pelo fato de como negros assumirmos nossa conduta homossexual. (Grupo Negro Homossexual)

O SOMOS começa a crescer significativamente após um debate do Centro Universitário de Pesquisas e Estudos Sociais, centro acadêmico do curso de Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, em fevereiro de 1979 (Green e Quinalha, p. 190, 2021). Esse evento marca a entrada de doze lésbicas no grupo, que, ao terceiro mês de sua participação, perceberam atitudes machistas e discriminatórias de seus companheiros e decidem fundar um subgrupo dentro da organização chamado Grupo de Ação Lésbico-Feminista.

Após um ano de sua atuação como uma divisão do grupo SOMOS, o GALF decide declarar sua autonomia completa e muda seu nome para Grupo de Ação Lésbica-Feminista, agora tudo no feminino (Green, J. et al, 2018). Nessa mesma época, o grupo integrou as Coordenações Organizadoras do II e do III Congresso da Mulher Paulista. Sua participação levou a reações adversas por outros integrantes do evento:

Nesses congressos, as lésbicas defendiam que as mulheres lutassem pelo direito ao prazer e à sua sexualidade; que rompessem com o círculo de opressão e subordinação masculina que não aceitava o desejo da mulher e que tomassem conhecimento de que heterossexualidade era imposta a todas as mulheres como a única sexualidade “normal”. Mas essas ideias não eram bem-aceitas pela maior parte do movimento de mulheres e soava radical para as feministas. Márcia Campos do grupo político MR-8, por exemplo, questionava: “como pode uma mulher da periferia aceitar que o seu movimento seja dirigido por lésbicas, como querem as mulheres de classe média do movimento? A lésbica nega a sua própria condição de mulher, não pode fazer parte de um movimento feminino”. (Marisa Fernandes, 2018)

Desse modo, sua ação era criticada e menosprezada nas fileiras do SOMOS e nas conferências da mulher por introduzir uma pauta “feminina” e “lésbica”, esta que supostamente demonstraria a negação da condição de mulher - na compreensão pouco esclarecida da teoria feminista francesa por parte das integrantes dessas conferências.

O movimento com uma pauta “negra” percorreu um caminho similar. Entretanto, os grupos com os quais mais estive em contato não possuíam

uma atuação centrada em uma discussão sobre sexualidade e raça. Em 1981, na cidade de Salvador, nasce o grupo Adé-Dudu, o Grupo Negro Homossexual. Seu surgimento também se vincula à uma insatisfação com os debates promovidos tanto pelo então MHB quanto pelo Movimento Negro, muito centrado na figura do MNU. Outro articulador da pauta racial no movimento homossexual foi a articulação lésbica nos I e II Encontro Nacional de Mulheres Negras, entre os anos de 1988 e 1991. A participação de lésbicas negras em conferências e em discussões centradas na figura de mulheres negras trouxe a mesma insatisfação presenciada pelas integrantes do GALF nos congressos da mulher paulista. Assim é que Neusa das Dores afirma, em 1995: “O movimento negro é lesbofóbico e há um profundo racismo dentro do movimento homossexual” (Neusa das Dores apud Green et al., p. 336, 2018).

Os documentos analisados nesta pesquisa - a dizer, do grupo SOMOS, GALF, Triângulo Rosa e GGB - apontam, nesse debate, maiores posicionamento de apoio a mobilizações e a atos promovidos, principalmente, pelo MNU, em vez de eventos ou de agitações próprias sobre essas discussões.

Entre eles, o maior mobilizador desse debate era, sem surpresa, o jornal *Lampião da Esquina*. O periódico promoveu debates pautados na questão racial a partir de entrevistas de figuras de grande destaque nacional, como Clóvis Moura e Abdias do Nascimento. Sua proposta, na edição de número zero, propunha debater a situação dos “grupos estigmatizados”, conforme expõe o artigo de abertura “Saindo do gueto”. O “*Lampião da Esquina*” foi o principal jornal da imprensa alternativa durante a Ditadura Militar (Green et al., 2018), o principal articulador dos debates do movimento popular dos documentos analisados e ainda, arrisco dizer, de todo o país na época analisada.

Considerações finais

O bajubá, nesses documentos, revelou, para minha surpresa, a importância da figura do jornal no movimento organizado. A necessidade de “tonalizar o discurso” mobilizador de debate político com uma espécie de “tom homossexual” somente se concretiza se faz-se o uso de aspectos linguísticos específicos dessa população, e o meio no qual ele se concretiza com maior afinidade é no jornal.

Embora o “*Lampião da Esquina*” seja afetado também pelas exatas discriminações que ele mesmo denunciaria - uma das críticas direcionadas ao jornal é a falta de discussão, em matéria própria, sobre a vida de lésbicas negras -, como qualquer grupo organizado, ele serviu imensamente para as discussões acaloradas do debate político da época. Seja com suas críticas a’O Pasquim - um dos principais jornais da imprensa alternativa que, corriqueiramente, recebia denúncias de machismo por parte de seu conselho editorial

feitas tanto pelo “Lampião” quanto por diversas outras organizações -, a cobertura de atos pelo país, entrevistas a personalidades de grande visualização nacional - como a entrevista a Lula, na qual o entrevistado afirmou não conhecer homossexuais entre os trabalhadores -, entre diversos outros casos, o Lampião foi o centro das discussões políticas dos “estigmatizados”.

Os boletins entram em segundo lugar. O “Chanacomchana” e os boletins do grupo Triângulo Rosa e GGB promoviam debates sobre conjuntura nacional extremamente atualizados, e eram, de maneiras diferentes entre si, divulgados e compartilhados em momentos de descontração entre os militantes e seus aproximados. O próprio “Chanacomchana” era vendido e compartilhado no Ferro’s Bar, famoso ponto de encontro de ativismo lésbico paulistano em seus momentos de festa e de descanso.

Um outro objetivo desta pesquisa era o de determinar a relação entre o movimento feminista e o movimento negro. Acredito que a conclusão a qual cheguei é bem simples: a pauta homossexual é tão negra e feminista quanto é sobre sexualidade. Essa afirmação não segue o sentido de afirmar que grupos como SOMOS, GALF, Triângulo Rosa e GGB possuíam debates completamente centrados em suas pautas internas, mas que negar a homossexualidade feminina e negra, presentes ou até faltantes, nessas organizações seria negar as contradições do Movimento Homossexual Brasileiro que levaram à existência de grupos como Adé-Dudu e a presença de lésbicas durante os Encontros da Mulher Negra em 1988, em 1991 e em diversos outros eventos. Além disso, embora os grupos em que se foca a análise desta pesquisa - visto o material que estive em contato no acervo - não possuísem uma centralidade em pautas raciais, eles acordavam certa relação com o movimento negro em atos em apoio às mobilizações do MNU, cartas de reivindicações a deputados, ou até mesmo nos debates promovidos em seus respectivos boletins.

Em suma, o bajubá é uma linguagem LGBTI+ pouco utilizada nos documentos analisados nesta pesquisa. Ela servia para “tonalizar o discurso” a fim de determinar sua sexualidade. O principal meio de sua utilização foram os jornais e os boletins, com destaque para o “Lampião da Esquina”. A pauta homossexual é debatida em diversos aspectos, embora, infelizmente, os principais debates se distanciem de uma pauta negra, feminista e até mesmo classista. Essa pesquisa espera pincelar, ao menos, a compreensão do movimento LGBTI+ no Brasil e seus possíveis caminhos de seguir adiante.

Referências

BARROSO, R. R.. **Pajubá: o código linguístico da comunidade LGBT**. 2017. 153 f. Dissertação (Mestrado em Letras e Arte) - Escola Superior de Artes e Turismo, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018

DE SOUZA, Paulo César. **As palavras de Freud: O vocabulário freudiano e suas versões**. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. **Obras completas volume seis: Três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso dora”) e outros textos (1901 - 1905)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GREEN, J. et al (Orgs.). **História do Movimento LGBT no Brasil**. Alameda Editorial, 2018.

GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (Orgs.). **Ditadura e homossexualidades: Repressão, Resistência e a Busca da Verdade**. São Carlos: EdUFSCar, 2021.

GREEN; TRINDADE, Ronaldo (Orgs.). **Homossexualismo em São Paulo e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2005

HOCQUENGHEM, Guy. **O Desejo Homossexual**. Rio de Janeiro: A Bolha, 2020.

LACAN, Jacques. **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LANDI, Gabriel; LAZZARI, Gabriel (Orgs.). **O centralismo democrático de Lênin**. São Paulo: Editora Lavrapalavra, 2021.

LÊNIN, Vladimir Ilitch Ulianov. **O Estado e a Revolução**. São Paulo: Boitempo, 2017.

LÊNIN. **O que fazer? Questões candentes de nosso movimento**. São Paulo: Boitempo, 2020.

MIELI, Mario. **Por um comunismo transexual**. São Paulo: Boitempo, 2023.

MOTT, Luís. **Boletim do Grupo Gay da Bahia**. Salvador: Editora do Grupo Gay da Bahia/Secretaria Estadual de Justiça e de Direitos Humanos, 2011.

SINISGALLI, Aldo. Observações sobre os hábitos, costumes e condições de vida dos homossexuais (pederastas passivos) de São Paulo. In: **Arquivos de Polícia e Identificação**, v. II, n. 1, São Paulo, 1938-9, p. 304.

VIP, A.; LIBI, F. **Aurélia - A Dicionária da Língua Afiada**. Editora do Bispo, 2006.

OS MIGRANTES CLIMÁTICOS E O ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL PELA VIA DOS DIREITOS HUMANOS

Talita de Pedro Rossini

Mestranda em Ciências Jurídico Internacionais pela Universidade de Lisboa, pós-graduada em Direitos Humanos pelo Ius *Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos de Coimbra e bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

No Direito Internacional, mostra-se essencial o reconhecimento como parte de uma categoria para viabilizar a busca e a aplicação de regras de proteção internacional dos direitos humanos, especialmente no atual contexto de violações decorrentes de causas ambientais. Em relação à mobilidade humana, já existem dados que demonstram a conexão entre danos ambientais e o aumento e transformações nos fluxos migratórios, intensificando as vulnerabilidades das vítimas diante da inação dos Estados de sua nacionalidade e destino. A comunidade internacional discute os desafios e as estratégias para reconhecer os direitos dessas vítimas, bem como o regime jurídico aplicável. Na ausência de um consenso terminológico, seguimos a definição da Organização Internacional para as Migrações, referindo-nos a esses indivíduos como ‘migrantes climáticos’. Apesar dos impasses conceituais e da falta de acordo sobre o enquadramento dessas vítimas nas leis e tratados internacionais vigentes, surgem estratégias de litigância climática fundamentadas em instrumentos de direitos humanos, embora ainda pouco exploradas devido à novidade da abordagem. Para analisar a proteção do meio ambiente por meio dos direitos humanos, estudaremos o caso paradigmático decidido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Ioane Teitiana vs. Nova Zelândia*, e sua importância histórica na criação da proteção internacional dos migrantes climáticos. Abordamos também os desafios processuais que precisam ser superados, como a legitimidade ativa e o nexo de causalidade entre fatores climáticos e migração.

Palavras-chave: Migrantes climáticos; Acesso à justiça ambiental; Direitos Humanos.

Introdução

Desde a década de 1990, a comunidade internacional vem sendo constantemente alertada sobre o crescente papel das mudanças climáticas, associadas a outros fatores ambientais e sociais, na indução à mobilidade humana ao redor do mundo (IPCC, 1990).

Os dados indicam que as atuais ondas migratórias estão significativamente associadas a fatores ambientais, especialmente em regiões com menor capacidade de resposta em políticas públicas e menor desenvolvimento econômico e social, ainda que tais regiões não sejam, em sua maioria, as principais contribuintes para os fatores que aceleram a degradação ambiental.

Essa área de estudo ainda está em desenvolvimento, sem estruturas robustas ou doutrinas consolidadas. Entre os pontos que carecem de definição, destacam-se a questão da terminologia e os problemas decorrentes dessa indefinição, sendo que a identificação de uma categoria jurídica adequada para reconhecer os direitos humanos das pessoas deslocadas por impactos climáticos e outras causas ambientais é essencial para assegurar a proteção efetiva dos direitos violados nesse contexto. A falta de consenso sobre uma definição abrangente para esses indivíduos torna necessária uma interpretação extensiva dos princípios, normas, legislações e tratados internacionais vigentes buscando garantir uma proteção eficaz e oportuna às vítimas, com ações de preservação, proteção e reparação dos danos que comprometem o exercício de seus direitos.

Uma estratégia que tem ganhado destaque no cenário internacional é o acesso à justiça ambiental por meio dos direitos humanos. Isso implica utilizar a robusta estrutura jurídica dedicada à defesa dos direitos humanos para buscar também a proteção contra violações decorrentes de danos ambientais, especialmente no contexto de deslocamentos migratórios.

Além da problemática do reconhecimento da categoria, existem outros desafios processuais significativos associados a essa estratégia de litigância climática. Para ilustrar essa questão, analisaremos o caso de Ioane Teitiota *vs.* Nova Zelândia, denunciado ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, como um estudo de caso relevante para o aprofundamento dessa temática.

A terminologia

A identificação das categorias de migrantes no contexto das mudanças climáticas e de outros fatores ambientais apresenta um desafio significativo. O objetivo desta pesquisa não é encontrar uma resposta definitiva, mas sim fomentar o debate e contribuir para o desenvolvimento do tema. Neste sentido, utilizamos o termo ‘migrante climático’ para nos referir às pessoas que, por decisão própria ou por força das circunstâncias, abandonam suas residências habituais ou países de origem em busca de novos lugares, sejam

eles municípios vizinhos ou outros países, devido a alterações repentinas ou graduais no meio ambiente que comprometem suas condições de vida e sobrevivência no território afetado.

Esse termo, sugerido temporariamente pela Organização Internacional para as Migrações (OIM, 2023), é considerado inclusivo e abrangente, pois reconhece os múltiplos fatores que induzem à migração climática, assim como os diversos tipos de movimento que as vítimas realizam. Distancia-se das categorias de ‘deslocados’ e ‘refugiados’ apresentadas na Carta Constitutiva da OIM, o que será detalhado a seguir.

O termo ‘deslocado’ refere-se geralmente aos deslocados internos (OCHA, 1998), ou seja, aqueles que se deslocam dentro do território nacional. Já o termo ‘refugiado ambiental’ ou ‘climático’ está frequentemente relacionado à migração forçada transfronteiriça, com a transposição das vítimas pelas fronteiras internacionais. Críticos argumentam que o uso desse último termo carrega um viés político, contribuindo para a resistência da comunidade internacional em reconhecê-lo, somado ao fato de que a Convenção de Genebra de 1951 que estabelece os pré-requisitos para que uma pessoa seja reconhecida como refugiada e adquira seus direitos internacionais, não contemple as razões de perseguição de cunho ambiental, seja decorrente de causas naturais ou de ações humanas. Diante desse cenário, reconhecer o meio ambiente como um agente perseguidor mostra-se como um desafio que vem sendo enfrentado por aqueles que defendem uma interpretação mais ampla das normas da Convenção dos Refugiados. Essa interpretação poderia se adaptar aos desafios impostos pela globalização e às crescentes violações de direitos humanos e ambientais que emergem diariamente. Alternativamente, alguns propõem a reabertura da Convenção para nova negociação dos termos ali expressos, a fim de incluir essas novas realidades.

O acesso à justiça

Partimos do princípio de que o acesso à justiça é um direito humano e não se limita apenas ao sistema judiciário nacional e/ou internacional. No entanto, para este trabalho, restringimos seu alcance a esse âmbito para fins estruturais.

Para falar em acesso à justiça ambiental pela via dos direitos humanos, parece importante apresentar de forma concisa a definição de justiça ambiental, mencionando sua conexão com os direitos humanos. Essa interseção que também não é pacificada entre os estudiosos e legisladores da área, mas que vem ganhando corpo e destaque em estratégias de litigância climática, mostra-se eficaz por ora, enquanto não temos estruturas jurídicas robustas, capazes de tratar os direitos ambientais de forma autônoma, como defendido por parte da doutrina.

Para introduzir o conceito de justiça ambiental, é fundamental consi-

derar a vulnerabilidade das vítimas dos impactos ambientais, reconhecendo que cada indivíduo ou grupo enfrenta condições específicas conforme a região em que vive. Essa perspectiva permite direcionar as políticas de proteção de forma mais justa e eficaz, atendendo às necessidades particulares de cada comunidade afetada. Assim, a justiça ambiental é uma noção emergente, desenvolvida a partir das ações estratégicas de movimentos sociais, que visam fortalecer a cultura de direitos diante dos desafios ambientais e garantir uma resposta mais equitativa e inclusiva às populações afetadas. (ACSELRAD, 2010).

Quando tratamos dos direitos humanos e ambientais dos migrantes climáticos, referimo-nos a direitos individuais e coletivos que, independentemente da existência de mecanismos jurídicos plenamente adequados à sua proteção, devem ser tutelados. A proteção desses direitos não deve depender exclusivamente do consenso internacional, muitas vezes marcado por decisões de cunho político, sobre o regime jurídico mais adequado para a questão. Nesse sentido, é fundamental que tais direitos sejam amparados com base nos mecanismos jurídicos atualmente disponíveis. A reparação de danos, nesse contexto, não deve ser condicionada à formação de um consenso comum, mas sim assegurada a todas as vítimas, especialmente em casos de omissão das autoridades. Assim, surgem estratégias para a tutela ambiental por meio da tutela dos direitos humanos.

Será apresentado aqui um caso paradigmático de alcance internacional para ilustrar o funcionamento dessa estratégia jurídica.

O caso concreto

Este estudo de caso aborda a denúncia de Ioane Teitiota contra a Nova Zelândia, apresentada ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. O Sr. Teitiota e sua esposa, Angua Erika, são nativos da República de Kiribati, um Estado Insular do Pacífico que, há anos, tem sido destacado em relatórios ambientais que alertam sobre os impactos ambientais devastadores que a região enfrenta, os quais podem levar à extinção se as autoridades não agirem rapidamente para mitigar os danos e preservar o que ainda resta.

Diante dessa situação, a Nova Zelândia implementou uma iniciativa de cooperação e solidariedade com as ilhas vizinhas, incluindo Kiribati. Essa iniciativa é representada pelo *Pacific Access Category* (PAC), um acordo de imigração planejada (GOMES, 2018) que estabelece pré-requisitos para os nativos dessas ilhas que desejam migrar para a Nova Zelândia com permissão de trabalho. Os critérios incluem limitações de idade (18 a 45 anos), domínio da língua inglesa e comprovação de boa saúde. Contudo, o PAC apresenta fragilidades e suscita preocupações entre estudiosos sobre a aplicação do princípio clássico do direito internacional das migrações: a não devolução das vítimas ao seu país de origem, onde enfrentam violações (GIL, 2022).

Após anos enfrentando escassez de água potável e conflitos devido à falta de condições dignas de vida, o casal aproveitou a oportunidade oferecida pelo PAC e migrou para a Nova Zelândia. No entanto, ao final do prazo concedido, seus pedidos de renovação de visto foram negados, resultando na permanência ilegal do casal no país. Importante destacar que, durante sua estadia na Nova Zelândia, nasceram três filhos.

Sem opções nas vias administrativas, o casal fez um pedido inovador de asilo, pela primeira vez na história do direito internacional, com base no temor fundamentado dos impactos ambientais que dificultavam o exercício de seus direitos humanos no Kiribati. O pedido foi fundamentado na Convenção de Genebra de 1951, que, em seu artigo 2º, elenca razões de extremo temor de perseguição por raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou opiniões políticas, que poderiam configurar a vítima como refugiada e garantir direitos no estado de acolhimento.

No entanto, o pedido foi negado em várias instâncias do direito interno, sob a interpretação restritiva do tratado internacional, que não reconhece as causas ambientais como agentes de perseguição passíveis de enquadramento no Estatuto dos Refugiados. Também houve temor de que, ao conceder o pedido, a decisão criasse um precedente para milhares de outras pessoas afetadas por questões ambientais. A Suprema Corte da Nova Zelândia, embora tenha mantido as decisões das instâncias inferiores, reconheceu a possibilidade de que causas ambientais que gerem degradações impactantes aos direitos individuais possam, no futuro, ser formalmente reconhecidas como razões para proteção, seja dentro da própria Convenção dos Refugiados ou através da criação de um novo instrumento de proteção.

Frustrados com as respostas obtidas, o casal recorreu ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, desta vez com uma nova estratégia: buscar a tutela ambiental por meio da proteção dos direitos humanos, fundamentando o pedido na violação do direito à vida, conforme o artigo 6º (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O Comitê é responsável por monitorar as obrigações dos Estados Membros que ratificaram o referido Pacto e seus Protocolos Facultativos.

No pedido, o autor destacou as violações dos direitos humanos decorrentes dos impactos ambientais em Kiribati, evidenciando a impossibilidade de viver de forma saudável devido às ameaças iminentes às vidas envolvidas. Ele argumentou que a elevação do nível do mar tornava a ilha inabitável, impactando o direito à habitação. Além disso, a diminuição das áreas habitáveis gerava densidade populacional excessiva e conflitos pelos escassos recursos naturais. O autor também mencionou violações ao direito à saúde, relatando que, após a negação do pedido de asilo e a deportação para Kiribati, enfrentou problemas de saúde significativos, incluindo um grave caso de envenenamento sanguíneo que resultou em furúnculos em um de seus filhos. Embora seus filhos tivessem nascido na Nova Zelândia, eles não tinham direito à ci-

dadania neozelandesa por conta da legislação de imigração da época, sendo deportados com os pais para Kiribati. Como crianças, apresentavam características específicas e vulnerabilidades que os tornavam ainda mais expostos aos danos associados às mudanças climáticas no território ao qual foram forçados a retornar.

O Comitê decidiu que a deportação das vítimas para Kiribati não configurava violação do direito à vida, argumentando que as condições na ilha não apresentavam temor fundado suficiente para justificar a concessão de asilo pela Nova Zelândia. A decisão foi fundamentada principalmente pela alegada falta de provas sobre as ameaças específicas que o Sr. Ioane estaria enfrentando.

Embora a decisão não tenha sido favorável ao Sr. Ioane e sua família, uma vez que não foi reconhecida a deportação como uma ameaça direta à vida, trouxe inovações ao reconhecer que as alterações climáticas podem induzir a violações dos direitos humanos, considerando-as fatores intercessores que ameaçam tanto os direitos das gerações atuais quanto os das futuras. Outro ponto destacado pela decisão foi o entendimento de que, quando há provas de que os direitos humanos básicos da vítima estão em risco, o Estado que a acolhe tem a obrigação jurídica internacional de protegê-la, respeitando o princípio da não devolução, conforme as diretrizes do Comentário Geral nº 31, elaborado pelo próprio Comitê em relação ao artigo 6º do Pacto.

Conclusão

Apesar do crescente consenso sobre a urgência dos problemas ambientais, ainda há um longo caminho a percorrer até que a comunidade internacional chegue a um acordo sobre a terminologia adequada para se referir às vítimas de deslocamentos forçados por causas ambientais e para enquadrá-las juridicamente, seja nos instrumentos normativos já existentes ou naqueles que possam ser criados. Esta afirmação é reforçada pelo caso específico discutido aqui, que se combina com um estudo que explora a variedade de fatores que podem levar uma pessoa a migrar, seja internamente ou para outro país, destacando o papel das causas ambientais, como as mudanças climáticas, nesse processo migratório. Esses fatores não apenas aumentam os fluxos migratórios, mas também a frequência com que ocorrem. É importante ressaltar que a distinção mencionada se refere aos diferentes tipos de migração, e não à existência de categorias distintas de migrantes (BLACK, 2011). A complexidade dos fatores que levam à migração dificulta a identificação de um único motivo. Por exemplo, a elevação do nível do mar provoca escassez de recursos e conflitos entre os habitantes de regiões afetadas, como em Kiribati. Delimitar um único fator como responsável pela migração de cada vítima em um mundo globalizado e em constante mutação

exclui diferentes formas de proteção, indo na contramão da defesa dos Direitos Humanos.

O cenário migratório atual desafia os conceitos tradicionais de soberania e exige uma reavaliação constante da proteção dos direitos humanos. O Estado, seja de origem ou de acolhimento, possui a responsabilidade de proteger, prevenir, mitigar e/ou reparar os danos que afetam as populações, independentemente da questão do enquadramento jurídico a ser definido. A complexidade inerente à responsabilidade não permite uma análise exaustiva dentro do espaço limitado deste trabalho. Para uma compreensão mais profunda, seriam necessários pelo menos dois artigos: um para abordar as nuances, desafios e implicações da responsabilidade do Estado de nacionalidade das vítimas, e outro para tratar das mesmas questões em relação à responsabilidade do Estado de acolhimento. Assim, encorajamos futuros estudos para um entendimento mais completo sobre o tema.

Diante dessa complexidade, observamos que o acesso à justiça emerge como um instrumento importante para garantir essa proteção, ganhando espaço na comunidade internacional. Contudo, ao tentar acessar os tribunais, identificamos desafios processuais que, embora não sejam novos, se adaptam a essa nova realidade. Esses desafios foram destacados no Projeto Florença de Acesso à Justiça, baseado na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e incluem: legitimidade ativa, barreiras financeiras, ônus excessivo da prova, jurisdição e competência.

A legitimidade ativa nos casos de violações de direitos ambientais que afetam o livre exercício dos direitos humanos enfrenta desafios significativos, começando pela prova do nexo de causalidade. Em outras palavras, a vítima deve demonstrar a relação direta entre a violação e o dano sofrido para ser reconhecida como vítima direta de acordo com os estatutos dos órgãos competentes por julgar causas de violações de direitos humanos. No entanto, a natureza difusa dos danos ambientais frequentemente impede que a vítima comprove o dano direto e pessoal exigido. Além disso, em casos de violação específica, como o do Kiribati, que envolve o direito à vida, eventos climáticos de início lento de danos progressivos, como a elevação do nível do mar, variam de região para região, tornando difícil estabelecer a conexão direta entre o evento e o dano individual. Isso se reflete no desafio maior de documentar perdas e danos a tempo de coincidir com os prazos legais de prescrição.

Da mesma forma, há um ônus excessivo sobre a vítima, uma vez que frequentemente se exige mais prova da parte ativa do que da parte passiva das ações, mesmo essas possuindo um maior poder econômico e meios para produzir as provas necessárias. As barreiras financeiras também são significativas, pois os processos são custosos e lentos.

Além dos desafios processuais, a influência da soberania dos países sobre os danos ambientais transfronteiriços gera discussões complexas sobre

jurisdição. Em um Estado de Direito, a soberania do Estado deve ser respeitada, conforme o princípio clássico do Direito Internacional. No entanto, isso não deve resultar na negligência da proteção de indivíduos que se encontram em situações de vulnerabilidade ou invisibilidade legal, como é o caso dos migrantes climáticos. À medida que mais deveres são reconhecidos, surgem obrigações adicionais para os Estados que ratificam os documentos que os positivam. Ao reabrir a discussão sobre os artigos que devem constar na Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado, devemos considerar os riscos enfrentados pelas vítimas que já têm seus direitos reconhecidos. Os Estados, ao exercerem sua soberania, podem tentar negociar a fim de restringir a amplitude da letra da lei. Mesmo nas decisões judiciais, como a que estamos analisando, os tribunais reconhecem as conexões de alguns fatores migratórios, mas optam por não ampliar os pré-requisitos de proteção, temendo abrir precedentes.

A discussão sobre a proteção jurídica das vítimas de deslocamentos forçados devido a causas ambientais revela não apenas lacunas nas normas internacionais - especialmente no que diz respeito ao reconhecimento dessa categoria -, mas também a urgência de uma interpretação mais ampla dos casos levados a litígios. Utilizando as robustas estruturas dos direitos humanos, essa abordagem ampliada fortaleceria a proteção das populações vulneráveis.

Além disso, este estudo incentiva a continuidade da pesquisa, buscando soluções mais específicas para os desafios processuais. A urgência de encontrar respostas eficazes nunca foi tão evidente, considerando os impactos recentes causados por fenômenos ambientais em várias partes do mundo, como no Brasil, na Espanha, nos Estados Unidos, na Itália e na França. O clima não escolhe suas vítimas, mas os Estados, em conjunto com outros atores relevantes, devem assumir a responsabilidade de garantir que essas populações vulneráveis recebam o amparo necessário. Apenas com uma ação coordenada será possível promover um futuro mais justo e resiliente para todos.

Referências

ACSELRAD, Henri. **Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental**. Dossiê teorias socioambientais. Estud. av. 24 (68). 2010. Rio de Janeiro. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142010000100010>

BLACK, Richard. *The effect of environmental change on human migration*. Global Environmental Change, Volume 21, 2011, p. s3-s11.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988.

GIL, Ana Rita. Compêndio de direitos humanos. **Os direitos humanos nos fluxos migratórios “massivos”: da crise migratória de 2015 à crise de deslocados da Ucrânia de 2022**. Portugal: Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados, 2022, p. 13-28.

GOMES, Carla Amado. **Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 348.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Summary for Policymakers. In: Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. Geneva, Switzerland, p. 1-34, doi: 10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Working Group I. First Assessment Report (FAR)**. Cambridge University Press, 1990.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **IOM Constitution**. Disponível em <https://www.iom.int/iom-constitution> Acesso em 03 de abril de 2024.

OCHA. *Guiding Principles on Internal Displacement*, 1998.

OIM. **Mudança do clima, meio ambiente e migração. Conceitos básicos e fontes de dados**. Brasil, 2023.

UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Ioane Teitiota v. New Zealand (advance unedited version)*. CCPR/C/127/D/2728/2016. 2020.

LEGITIMIDADE DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS DO RIO MADEIRA: COMO PROPORCIONAR EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA?

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestra em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia, Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo:

Este artigo examina a legitimidade das comunidades ribeirinhas do Rio Madeira como sujeitos coletivos no acesso à justiça, em face das violações ocorridas durante a implantação das usinas hidrelétricas na região. A pesquisa evidencia que o deslocamento compulsório dessas comunidades desconsiderou sua identidade coletiva e desrespeitou o direito à consulta prévia e informada, conforme previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Com base na teoria do reconhecimento, de Axel Honneth e Charles Taylor, e em jurisprudências de cortes nacionais e internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o estudo analisa as dimensões culturais, jurídicas e sociais do acesso à justiça. São propostas soluções para superar a invisibilidade jurídica das comunidades tradicionais, incluindo instrumentos como o *amicus curiae*, audiências públicas e o fortalecimento do pluralismo jurídico e do multiculturalismo. Conclui-se que o reconhecimento formal dessas comunidades como sujeitos de direito é essencial para a reparação das violações sofridas e a preservação de suas redes sociais, culturais e territoriais. O estudo destaca ainda a necessidade de medidas legislativas que promovam a legitimidade processual das comunidades ribeirinhas, assegurando sua participação efetiva em processos que impactem diretamente seus direitos.

Palavras-chave: Comunidades ribeirinhas; Acesso à justiça; Teoria do reconhecimento; Pluralismo jurídico; Multiculturalismo.

Introdução

A implantação de grandes empreendimentos hidrelétricos no Brasil tem suscitado debates sobre o impacto ambiental e social das intervenções.

No caso das usinas hidrelétricas no Rio Madeira, observou-se a exclusão das comunidades ribeirinhas das discussões sobre planejamento e execução, apesar da previsão de consulta e participação nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essas comunidades, criadas a partir da ocupação tradicional e relação simbiótica com o território, foram negligenciadas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA RIMA), o que resultou em sua vulnerabilização social e desestruturação cultural.

O deslocamento compulsório dessas populações, realizado de forma individual e familiar, desconsiderou o caráter coletivo e peculiaridades culturais das comunidades. Esse processo infringiu direitos básicos previstos no ordenamento jurídico nacional e internacional, incluindo o direito ao reconhecimento e à participação. O presente artigo investiga a possibilidade de legitimação processual dessas comunidades como coletividades, visando assegurar o acesso à justiça e promover a reparação das violações sofridas. Utilizando como referência a teoria do reconhecimento, de Axel Honneth e Paul Taylor, e julgados de cortes nacionais e internacionais, a pesquisa propõe instrumentos que garantam a resistência e a preservação das identidades coletivas.

A hipótese explorada é de que a ausência de um dispositivo legal específico no Brasil para reconhecer a legitimidade das comunidades tradicionais dificulta o exercício de seus direitos, perpetuando a invisibilidade dessas populações no processo judicial. Ao longo do texto, serão analisadas alternativas para superar esse obstáculo, inserindo-se a discussão no âmbito do multiculturalismo, do pluralismo jurídico e dos direitos humanos.

A pesquisa baseia-se no método indutivo, com abordagem qualitativa e exploratória. A análise bibliográfica inclui obras sobre direitos humanos, multiculturalismo, pluralismo jurídico e teoria do reconhecimento. Complementarmente, foi realizada uma análise documental, abrangendo legislações nacionais, instrumentos internacionais, como a Convenção 169 da OIT, e jurisprudências relevantes de tribunais brasileiros e estrangeiros. A pesquisa considera os aspectos sociológicos e psicológicos que compõem a identidade coletiva dessas comunidades, buscando integrá-los ao contexto jurídico e político.

O recorte do estudo prioriza a análise do impacto das usinas hidrelétricas no Rio Madeira, mas as conclusões podem ser aplicadas a outras situações em que comunidades tradicionais enfrentem violações semelhantes. Essa perspectiva comparativa é enriquecida por estudos de casos em outros países da América Latina, onde as cortes têm reconhecido o direito à autor-representação das comunidades tradicionais, reforçando o multiculturalismo e o pluralismo jurídico como fontes normativas.

Acesso à justiça e comunidades tradicionais

O conceito de acesso à justiça transcende a simples possibilidade de ingressar no Poder Judiciário. Conforme defendido por Cappelletti e Garth (1988), ele envolve remover barreiras institucionais, econômicas, culturais e sociais que dificultam o exercício pleno de direitos. No caso das comunidades ribeirinhas do Rio Madeira, essas barreiras se agravam pela falta de reconhecimento jurídico de sua identidade coletiva, o que as impede de atuar como sujeitos processuais.

A ausência de uma legitimidade processual formal para comunidades tradicionais expõe um paradoxo: enquanto o ordenamento jurídico brasileiro reconhece direitos difusos e coletivos, os mecanismos de efetivação desses direitos frequentemente excluem os grupos que deveriam protegê-los. Para as populações ribeirinhas, o deslocamento compulsório desconsiderou a integridade de suas redes sociais, culturais e econômicas, ignorando princípios fundamentais da Convenção 169 da OIT, como o direito à consulta prévia e informada.

Além disso, a fragmentação das comunidades enfraqueceu sua capacidade de mobilização e resistência. A judicialização de questões ambientais e sociais, como os impactos das hidrelétricas, poderia ter se tornado um espaço de participação democrática, permitindo que as comunidades fossem reconhecidas como atores legítimos. A experiência brasileira em casos envolvendo povos indígenas e quilombolas, como nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), demonstra que o Judiciário tem o potencial de promover essa inclusão, desde que instrumentos adequados, como o *amicus curiae* e audiências públicas, sejam utilizados para amplificar as vozes dos grupos afetados.

Nesse sentido, o acesso à justiça não é apenas um direito, mas uma condição essencial para a sobrevivência cultural e social das comunidades tradicionais. Reconhecer sua legitimidade processual é um passo crucial para assegurar voz e participação a estas identidades coletivas.

Teoria do Reconhecimento e Identidade Coletiva

A teoria do reconhecimento, desenvolvida por Axel Honneth (2003), estabelece que a identidade individual e coletiva é formada e sustentada pelo reconhecimento recíproco entre os membros de uma sociedade. Quando grupos ou indivíduos são negados em sua dignidade e identidade, ocorre o que Honneth chama de desrespeito, um fenômeno que pode levar à invisibilidade social e política. Essa abordagem é particularmente relevante para analisar o impacto da deslegitimação das comunidades ribeirinhas.

Charles Taylor (1992), por sua vez, reforça que o multiculturalismo requer o reconhecimento das diferenças culturais como parte integrante de uma sociedade plural. No contexto das comunidades ribeirinhas do Rio Ma-

deira, o deslocamento territorial e a desestruturação social não apenas violaram direitos humanos fundamentais, mas também destruíram elementos essenciais de sua identidade coletiva. Esse processo desrespeitou os modos de vida, as práticas culturais e as redes de solidariedade que sustentavam essas comunidades.

Além das dimensões sociológicas e psicológicas, a questão da identidade coletiva também tem implicações jurídicas e políticas. Como propõe Barth (2011), a etnicidade não é uma característica fixa, mas uma construção social que depende de interações entre grupos. Reconhecer as comunidades ribeirinhas como sujeitos coletivos no sistema jurídico brasileiro é um passo necessário para garantir sua proteção. Esse reconhecimento deve incluir dimensões jurídicas (como legitimidade processual), sociológicas (como identidade de grupo) e etnográficas (como historicidade e relação com o território).

Na prática, a ausência desse reconhecimento levou à exclusão das comunidades do processo decisório e ao enfraquecimento de sua capacidade de resistir às violações. No entanto, experiências internacionais, como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das Constituições Equatoriana e Boliviana, oferecem precedentes importantes para promover o direito à autorrepresentação e reforçar a legitimidade das comunidades tradicionais.

Jurisprudência e instrumentos jurídicos

O reconhecimento jurídico de comunidades tradicionais como sujeitos coletivos tem sido uma questão central em diversas cortes nacionais e internacionais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenhou um papel importante no fortalecimento desse reconhecimento, especialmente em casos envolvendo povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. A aplicação de princípios previstos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em julgados do STF (Pet 3388, ADI 4269, ADI 3239, ADI 5783, RE 1017365, ADI 7008) exemplifica avanços no reconhecimento das peculiaridades das comunidades tradicionais, mesmo que estas não possuam personalidade jurídica formal.

Um exemplo relevante é a inclusão do *amicus curiae* (art. 138, do CPC) nos processos judiciais. Este mecanismo permite que indivíduos ou grupos diretamente afetados por uma decisão judicial apresentem suas perspectivas, enriquecendo a compreensão do contexto e das implicações do caso. No contexto das comunidades ribeirinhas, o *amicus curiae* pode ser uma ferramenta poderosa para garantir sua participação em processos que impactam diretamente seus direitos e modos de vida.

Além disso, o uso de audiências públicas (CNJ, Recomendação n. 158, de 15 de outubro de 2024) tem sido um meio eficaz para democratizar o

acesso à justiça e promover o diálogo entre diferentes atores sociais, em demandas cuja eficácia da decisão possa atingir um grande número de pessoas. Essas audiências permitem que as comunidades expressem suas demandas e relatem os impactos sofridos, criando um espaço para a construção de soluções coletivas. No caso das hidrelétricas do Rio Madeira, a ausência de consultas públicas efetivas e transparentes reforçou a exclusão das comunidades ribeirinhas do processo decisório, contrariando os princípios da Convenção 169 da OIT.

No âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem desempenhado um papel crucial no fortalecimento do direito à autorrepresentação de comunidades tradicionais. Em casos como o do povo Saramaka vs. Suriname (2007), a CIDH reconheceu que os direitos territoriais e culturais de comunidades tradicionais estão intrinsecamente ligados ao seu direito à existência e à autodeterminação. A decisão da CIDH estabeleceu que: povos indígenas e tradicionais têm o direito à consulta prévia, livre e informada em qualquer decisão que impacte seus territórios; a consulta deve ser realizada de maneira culturalmente adequada, respeitando os processos de tomada de decisão do grupo; os Estados têm o dever de garantir que as comunidades sejam autorrepresentadas, sem a necessidade de intermediários externos ou de personalidade jurídica formal.

Essa decisão reforçou o entendimento de que o direito à autorrepresentação é essencial para preservar a identidade coletiva dos povos, assegurando sua participação ativa em processos que afetam seus direitos.

Outro precedente relevante é o caso do povo Kichwa de Sarayaku Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012), envolvendo a concessão de exploração petrolífera em terras indígenas sem consulta ou consentimento, em que a CIDH determinou que: a falta de consulta prévia viola o direito à integridade cultural dos povos indígenas; o processo de consulta deve ser realizado com base na boa-fé e incluir a autorrepresentação do povo afetado, considerando suas formas tradicionais de organização e decisão; o território dos povos indígenas não é apenas um recurso econômico, mas um elemento central de sua identidade cultural e espiritual. A Corte destacou que a consulta deve ser vista como um mecanismo de empoderamento, garantindo que as comunidades tenham uma voz ativa na definição de seu futuro e na proteção de seus direitos.

No Caso Comunidad Indígena Maya Q'Eqchi' Agua Caliente vs. Guatemala (2023) e Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs. Honduras (2023), reafirmou a CIDH o direito à autorrepresentação, destacando que as comunidades têm o direito de se organizar e se representar de acordo com suas próprias tradições e estruturas.

As decisões da CIDH estabelecem precedentes importantes para a proteção dos povos tradicionais, com implicações diretas para casos como o das comunidades ribeirinhas do Rio Madeira. Entre os principais impactos,

destacam-se o reconhecimento da identidade coletiva (a autorrepresentação como parte fundamental de participação das comunidades, oportunizando que sejam ouvidas em sua pluralidade), a consulta prévia, livre e informada (obrigação dos Estados de garantir que qualquer decisão que afete territórios tradicionais seja precedida de consulta realizada segundo os valores e métodos próprios das comunidades), a valorização do pluralismo jurídico (reconhecendo o direito das comunidades de se organizarem e se representarem de acordo com suas tradições) e preservação cultural e territorial (identificando os territórios tradicionais é indissociável da garantia da identidade cultural e da sobrevivência física e espiritual dos povos originários).

Multiculturalismo e pluralismo jurídico

O multiculturalismo, enquanto abordagem teórica e prática, desempenha um papel central na argumentação sobre o acesso à justiça das comunidades ribeirinhas do Rio Madeira.

Baseado em autores como Charles Taylor (1992), o multiculturalismo enfatiza o reconhecimento das diferenças culturais como condição indispensável para uma sociedade justa e inclusiva.

No caso das comunidades ribeirinhas, a ausência de um reconhecimento efetivo de suas práticas, valores e modos de vida no processo de implantação das hidrelétricas reflete uma falha estrutural no diálogo entre o Estado e essas populações.

A desconsideração de sua identidade coletiva, marcada por laços históricos com o território e práticas culturais específicas, é uma manifestação de uma política assimilacionista que invisibiliza os direitos dessas comunidades em prol de um modelo desenvolvimentista homogêneo.

A inclusão de um olhar multiculturalista exige, portanto, a adoção de mecanismos que respeitem e integrem as especificidades culturais dessas comunidades no âmbito jurídico e administrativo.

A perspectiva multiculturalista também reforça o pluralismo jurídico (Wolkmer, 1997), reconhecendo que sistemas normativos diversos, como os das comunidades tradicionais, podem coexistir com o ordenamento jurídico estatal.

Isso implica um compromisso com o diálogo intercultural e a valorização das formas tradicionais de organização, deliberação e resolução de conflitos.

No caso do Rio Madeira, a ausência de consultas prévias, culturalmente adaptadas, evidencia a desconexão entre o sistema legal hegemônico e as realidades locais das comunidades ribeirinhas. Incorporar o multiculturalismo à argumentação jurídica implica superar a visão monista de direito e adotar práticas que assegurem a participação efetiva dessas comunidades como atores legítimos nos processos de decisão que afetam seus territórios e mo-

dos de vida. Dessa forma, o multiculturalismo não apenas amplia o acesso à justiça, mas também garante que as soluções jurídicas reflitam a diversidade cultural e social do país, promovendo uma justiça verdadeiramente inclusiva.

Como evidenciado no tópico anterior, a jurisprudência da CIDH valoriza o pluralismo jurídico, reconhecendo que os sistemas normativos tradicionais devem coexistir com os sistemas legais nacionais, representando um marco para a promoção do multiculturalismo e do pluralismo jurídico, sendo amplamente aplicáveis ao contexto das comunidades ribeirinhas brasileiras.

No caso do Rio Madeira, a falta de reconhecimento das formas tradicionais de organização das comunidades ribeirinhas refletiu a negação desse pluralismo, impondo uma visão única e tecnocrática sobre a gestão dos impactos ambientais e sociais.

A implantação das usinas hidrelétricas no Rio Madeira resultou em uma série de violações aos direitos das comunidades ribeirinhas, entre elas a desconsideração de sua identidade coletiva (SOUZA, 2023) e a falta de consulta prévia e informada. Esses aspectos encontram correspondência direta com os princípios estabelecidos pela CIDH em casos envolvendo povos indígenas e tradicionais

Análise crítica e proposta

A análise das experiências brasileiras e internacionais revela uma lacuna significativa no ordenamento jurídico brasileiro: a ausência de um dispositivo legal que reconheça explicitamente a legitimidade processual de comunidades tradicionais. Essa omissão perpetua a invisibilidade dessas comunidades, dificultando o acesso à justiça e a reparação de violações de direitos humanos.

Para superar esse desafio, é essencial adotar uma abordagem jurídica que considere as especificidades culturais, históricas e sociais das comunidades tradicionais. Como proposta, este artigo sugere a implementação de instrumentos legais e processuais que garantam a inclusão dessas comunidades como sujeitos coletivos nos processos judiciais, independentemente da constituição formal de personalidade jurídica.

Entre as propostas estão: a) inclusão do *amicus curiae* (estabelecer a participação de representantes comunitários e movimentos sociais como *amicus curiae* em todos os processos que envolvam impactos socioambientais); b) ampliação de audiências públicas (realização de audiências públicas com ampla participação das comunidades afetadas, assegurando que suas demandas sejam devidamente consideradas); c) criação de normas específicas (elaborar legislação que reconheça explicitamente a legitimidade processual das comunidades tradicionais, integrando princípios do pluralismo jurídico); d) incorporação do Direito à Natureza, com a adoção do conceito de natureza como sujeito de direitos (ACOSTA, 2012 e GUDYNAS, 2017), conforme prece-

dentes da Bolívia e do Equador, para fortalecer a relação intrínseca entre as comunidades tradicionais e seus territórios.

Com base nas decisões da CIDH necessário ainda que se adote reparações culturais para reconstrução das redes sociais e culturais das comunidades, fortalecimento de espaços democráticos de efetiva participação prévia, como obrigatória nos em todos os processos de licenciamento ambiental, com ampla participação das comunidades afetadas, além da capacitação e empoderamento comunitário para que as comunidades possam exercer sua autorrepresentação de maneira efetiva, com apoio técnico e jurídico quando necessário.

Conclusão

O estudo evidenciou que as comunidades ribeirinhas do Rio Madeira enfrentam barreiras estruturais para acessar a justiça, decorrentes de sua deslegitimação como sujeitos coletivos. A desconsideração de sua identidade coletiva, associada à ausência de mecanismos legais específicos, resultou em violações de direitos humanos e no enfraquecimento de suas redes sociais e culturais.

A pesquisa apontou que o reconhecimento jurídico das comunidades tradicionais é uma condição essencial para garantir sua participação no sistema judicial e reparar violações sofridas. Experiências internacionais e nacionais demonstram que a adoção de instrumentos como o *amicus curiae*, audiências públicas e norma específica pode ampliar o acesso à justiça, fortalecendo o pluralismo jurídico e o multiculturalismo.

Para garantir o acesso à justiça e o direito ao reconhecimento, em eventual implantação de grandes projetos que envolvam o território de povos originários, quilombolas e comunidades tradicionais, e mais especificamente para as comunidades ribeirinhas do Rio Madeira, impõe-se a necessidade do reconhecimento formal das comunidades como sujeitos de direito, alteração da legislação brasileira para incluir comunidades ribeirinhas entre os sujeitos coletivos reconhecidos formalmente, com base nos precedentes da Convenção 169 da OIT, além da criação de procedimento específico para litígios socioambientais.

Como se espera ter demonstrado nesta pesquisa, é imperativo que o Brasil avance na criação de dispositivos legais que reconheçam explicitamente a legitimidade processual das comunidades tradicionais, assegurando sua proteção e resistência diante de intervenções que impactem seus modos de vida. A luta por reconhecimento é, em última análise, uma luta por inclusão, justiça e dignidade.

Referências

ACOSTA, Alberto. **Buen Vivir - Sumak Kawsay**. Una oportunidad para imaginar

otros mundos. Quito: Ediciones Abya-Yala. 2012.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Caso Raposa Serra do Sol. **Petição 3.388/RR**. Brasília, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 7008**. Brasília, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 1017365**. Brasília, 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 5783**. Brasília, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3239**. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 4269**. Brasília, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CIDH. Decisão no **Caso Saramaka People vs. Suriname**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em 15 mar. 2024

CIDH. Decisão no **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/dd8acea-6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>. Acesso em 15 mar. 2024

CIDH. Decisão no **Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros vs. Honduras**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_496_esp.pdf. Acesso em 15 mar. 2024.

CIDH. Decisão no **Caso Comunidad Indígena Maya Q'Eqhi' Agua Caliente vs. Guatemala**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_488_esp.pdf. Acesso em 15 mar. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 158**, de 15 de outubro de 2024. 2024.

EQUADOR. **Constituição da República do Equador**. Artigo 71: Direitos da Natureza. Quito, 2008.

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la Naturaleza: Ética Biocéntrica y Políticas Ambientales**. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones, 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Genebra: OIT, 1989.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Trad. Elcio Fernandes. 2. Ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

SOUZA, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria. **'Beiradeiros' no Complexo Rio Madeira: (in) sustentabilidades e (in) visibilidades de identidades coletivas**

ribeirinhas no planejamento e implantação das usinas hidrelétricas. Disponível em <https://biblioteca.univali.br/pergamumweb/vinculos/pdf/Úrsula%20Faria%20Souza%202023.pdf>. Acesso em 20 mar. 2024.

TAYLOR, Charles Taylor et al. **Multiculturalism and “The politics of recognition”**. Princeton: Princeton University Press, 1992.

WOLKMER, Antonio C. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

JUSTIÇA MULTIPORTAS E A VÍTIMA HIPOSSUFICIENTE

Rogério Filippetto

Doutor em Direito e Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

Resumo:

O acesso à jurisdição é uma garantia constitucional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal da República), que pode não ser eficaz, no caso de reparação do dano causado por crime, se a vítima é vulnerável. A Defensoria Pública defende os necessitados (art. 134/CR), mas o Ministério Público pode ajuizar ações reparatórias em favor dos pobres (art. 68 do Código de Processo Penal). O réu é o vértice da estrutura punitiva e a teoria do Garantismo Penal maximiza as garantias negativas, para barrar excessos de punição. A vedação de proteção deficiente não admite que as garantias sejam consideradas negativas ou positivas, mas sim de forma Integral. Assim, surgem obrigações processuais positivas, como a proteção integral da vítima. A lei processual brasileira sustentava o sistema da separação e independência das jurisdições, exigindo que a reparação de danos fosse discutida fora da jurisdição criminal, admitindo efeitos panprocessuais, com a exportação da coisa julgada penal para a esfera cível. Hodiernamente, fala-se no sistema da interdependência, fixando-se a indenização na sentença condenatória (art. 387, IV/CPP). O Ministério Público é o detentor da ação penal pública (art. 129, I/CR), defendendo secundariamente o interesse da vítima. Na busca da reparação na esfera penal, o Ministério Público se legitima pela proteção integral da vítima. E na órbita cível, a representação dá-se como complemento da atuação da Defensoria Pública, incidindo a *inconstitucionalidade progressiva*.

Palavras-chave: Acesso; Jurisdição; Reparação; Vítima; Hipossuficiente.

Introdução

Chi há subito un danno ingiusto deve essere resarcito, chi há frutto di un arricchimento illecito deve restituire il maltolto: (MATHIEU/2007, p. 97)

Este estudo parte da orientação de uma política criminal vítima-cêntrica para verificar a eficácia da garantia constitucional de acesso à Justiça.

Considera-se a visão clássica incidente sobre as ciências criminais, que tomam o acusado como vértice, bem como a formação de uma cultura estrutural de sua defesa, que tem como efeito colateral uma deficiência na proteção da vítima, especialmente na perspectiva da reparação do dano.

Impõem-se uma leitura da questão reparatória a partir das necessidades da vítima, não só na sua perspectiva individual, como também social, uma vez que a reparação se soma aos fins da pena, assumindo foros de retribuição e prevenção de ações antissociais.

Então, o clássico enfoque decorrente de afirmações provindas da Teoria do Garantismo devem se projetar não só na forma mais difundida: garantismo negativo, mas também abrir espaço para um garantismo que se mostre integral, abrangendo também aspectos vitimológicos.

O histórico da materialização dos instrumentos reparatórios atravessa os sistemas processuais identificados quanto à indenização da vítima de crime, denotando a preocupação de se contemplar tanto na esfera criminal como civil, uma necessidade de garantir a proteção reparatória da vítima.

Por fim, aborda-se a questão da legitimidade do Ministério Público na representação processual da vítima, sobretudo hipossuficiente economicamente, como instrumento suplementar de garantia da eficácia do acesso à Justiça, cotejando a previsão legal dessa missão institucional, com o arcabouço constitucional que privilegia a defesa de direitos individuais disponíveis dos carentes pela Defensoria Pública.

Por uma justiça multiportas

A partir de uma visão instrumental do processo, é possível adotar como uma referência que ele se presta à reconstrução de um fato pretérito, isto é, de que por meio dos procedimentos adotados, viabiliza-se conhecer um fato histórico de modo a possibilitar a incidência do Direito material.

No Brasil, uma visão da importância social do processo resultou no empoderamento do juiz como sujeito processual encarregado de buscar uma verdade que fosse real, imediatamente correlacionada com a afirmação do justo. É possível dizer que isso provocou uma diminuição gradual do poder das partes na relação processual, inclusive por influência histórica de ideologias autoritárias, que influenciaram a segunda grande guerra e que se amoldaram para continuar a ter influência na contemporaneidade, mas sobretudo no período que antecede a redemocratização brasileira, com o advento da Constituição da República de 1988.

O fenômeno da redemocratização possibilitou que a Constituição adotasse diretrizes que se refletiram no processo, tais como a publicidade, o contraditório, a amplitude do direito de defesa, tudo no âmbito de um *due*

process of law. A diminuição do poder de iniciativa do juiz foi compensada pela necessidade de se garantir que pudesse analisar toda ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV). Portanto, a certa contenção do ativismo judicial não diminuiu a importância do juiz ou do Poder Judiciário.

Esse conjunto de garantias derivadas do que se almeja como Estado Democrático de Direito representa a adoção de um modelo de processo democrático, que dentre seus aspectos há de promover o pleno acesso ao Poder Judiciário, como forma de realização do atributo da cidadania.

Contrariamente ao que se diz, portanto, não foi a reviravolta democrática de 1988 que legitimou uma compreensão de processo menos formalista e a valorização do juiz como agente centralizador dos valores axiológicos da sociedade. O que a “Constituição cidadã” provocou na ciência processual não foi um movimento pela valorização do viés garantístico do processo - como a recém incorporação da linguagem de direitos faria supor - mas novamente sua instrumentalização, agora para outros fins: a garantia do acesso à justiça, o socorro à explosão de litigiosidade, a recuperação da crise do Judiciário. (NUNES e TEIXEIRA/2013, p. 51)

Como costumeiramente sucede, há uma distância entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, vale dizer, a garantia formal que emerge do texto da Superlei, nem sempre se transforma em garantia que se materializa no mundo fático. O desafio que se impõe a todo exegeta é exatamente realizar os preceitos normativos para que possam ser objetos de transformação social.

Nessa perspectiva, é importante estabelecer instrumentos que possibilitem a vítima de crime ter acesso à jurisdição. É preciso observar que o fato delituoso projeta sobre o ordenamento jurídico uma múltipla influência (fenômeno da *incidência múltipla*), que não fica restrita à esfera penal. É como a ilustração atribuída a IHERING da pedra lançada e que afunda num lago, gerando ondas concêntricas que migram em direção às margens, sendo que seu volume e força vão se perdendo aos poucos (SANTOS/1994, p. 73).

Dessa forma, o crime, como fato jurídico, suscita o interesse público na punição da ação desviante que compromete a higidez gregária, por meio da persecução penal que culmina na imposição de uma pena de natureza criminal. Mas por outro lado, o mesmo fato jurídico repercute na esfera não criminal, mais especificamente para este trabalho, no campo civil, demandando uma reparação do estado anterior, por meio de uma indenização à vítima. Essa providência decorre de seu interesse privado diante do atentado à sua esfera patrimonial e/ou moral, mas também compartilha um viés de interesse público como realização acessória dos fins penais, sobretudo de retribuição e prevenção. *En resumen: la responsabilidad reparatoria mira al pasado, la penal al futuro* (CREUS/1995, p. 11).

Numa concepção de Direito Criminal clássico, podemos tomar os ilícitos como marcadamente vulneradores de bens jurídicos de matiz individual, tais como a vida, o patrimônio e a liberdade sexual, entre outros. As vítimas desses e outros ilícitos tradicionais são de duas ordens, aquelas que podem patrocinar judicialmente seus interesses, constituindo advogado para tanto e aquelas que não são assim afortunadas. Esta segunda categoria ordinariamente é acometida de uma hipossuficiência econômica ou se encontra em vulnerabilidade social. Carece, portanto, do patrocínio estatal para fazer valer o seu direito.

A Constituição brasileira garantiu a assistência jurídica desses hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), instituindo a Defensoria Pública (art. 134).

Noutra vertente criminal, há ilícitos que atingem uma pluralidade de bens jurídicos pertencentes a uma coletividade, que pode ser determinável, ou não. O certo é que esses bens assumem uma natureza *meta* ou *transindividual*, tais como o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, dentre outros vários. Nestas hipóteses, nem sempre a hipossuficiência econômica legitimará processualmente a representação da Defensoria.

Tome-se o possível crime contra o patrimônio público, hábil a provocar não só o dano material decorrente da malversação do erário, como também um dano moral coletivo, suportado pela comunidade prejudicada pela ausência do serviço ou obra pública que deixou de existir. Bem, o titular do direito reparatório, pessoa jurídica de Direito Público Interno, pode deixar de buscar a reparação, ante os interesses menos republicanos do agente público que a administra. Embora o direito possa assumir conotação patrimonial, é de todo inconveniente que se reconheça esse direito como disponível, já que pertencente a toda uma coletividade e não só ao ente estatal que a representa.

É importante que a garantia formal de acessibilidade à jurisdição, como instrumento de realização de direitos, não se dissolva no hiato que pode haver entre a garantia formal e sua transformação em garantia material.

Idealizando um sistema de reparação que contemple as variadas formas de vítimas, é possível que o Ministério Público figure como co-legitimado subsidiário, habilitando-o a lidar com a reparação tanto na esfera criminal quanto na cível. Essa experiência não é estranha ao modelo brasileiro e pode ser ajustada ao formato das novas necessidades.

Reucentrismo, garantismo e a vítima

O Direito Criminal se desenvolveu tomando como vértice a figura do réu. Partindo-se de uma perspectiva de que a pena constitui uma violência em relação ao indivíduo e que no processo de punição, a figura do Estado surge como onipotente, com capacidade de investigação, de provas e de punição em proporção muito superior à do indivíduo. Em função disso, foi

preciso estabelecer peias de contenção ao poder de punir. Esses freios evitam a tirania e os excessos nos julgamentos, objetivando estabelecer patamares de igualdade entre o Estado-acusador, Estado-julgador e o indivíduo acusado.

São instituídas verdadeiras garantias individuais (*safeguards*) que ganham corpo e se materializam nas Constituições como direitos individuais fundamentais. Isso tudo ganha uma dimensão mais acentuada a partir da Teoria do Garantismo e sua projeção sobre o Direito Penal e Processual Penal, potencializando a proteção cogitada.

O Garantismo não é privativo do Direito Criminal, mas foi nele que ganhou notoriedade, graças aos interesses maiores objeto do Direito Criminal, a vida e a liberdade.

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Por se tratar de modelo ideal (e ideológico) apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas. (CARVALHO/2002, p. 22)

Sob essa inspiração, há adeptos de que o garantismo penal seja enxergado exclusivamente como um escudo protetor de investigados e acusados.

Isso diz respeito a um primeiro sentido da expressão, tomada numa construção polissêmica, que tem como objetivo maximizar a liberdade contraposta à diminuição da violência do Estado, por meio do processo. É como sentencia FERRAJOLI (2002, p. 746): *A função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade.*

Mas esse sentido se relaciona com outra abordagem sobre o garantismo, a que o coloca como filtro de validade e efetividade, de modo a autorizar a não aplicação de leis que se opõem ao sistema de garantias, porque carentes de validade segundo a Constituição.

Há uma terceira acepção de garantismo, que se relaciona e interage com as anteriores. O garantismo também corresponde a uma verdadeira filosofia política, que se vale dos bens (jurídicos) e interesses para validação ou legitimação externa do direito e do Estado (FERRAJOLI/2002, p. 689-686).

O garantismo pode ser compreendido, então, como a articulação sinérgica dessas três vertentes, que pela só contenção da atividade estatal, assume uma perspectiva de *garantismo negativo*.

É possível perceber, dessa forma, a existência de uma verdadeira cultura estrutural estabelecida em favor do acusado que, a partir de postulados científicos e ideológicos, eleva sua proteção e não enxerga outros vieses próprios e decorrentes do fato criminoso, imperando um verdadeiro *reucentrismo*.

O acolhimento exclusivo do garantismo negativo, que poda a atuação

estatal pode ensejar uma radicalização, avessa às proposições iniciais, caracterizando uma espécie de deturpação do sistema e da própria teoria do garantismo. A única preocupação em proteger apenas o indivíduo e a não aplicação da teoria garantista em sua totalidade gera uma espécie de *garantismo hiperbólico monocular* (FISCHER/2017, p. 67).

É *hiperbólico*, porque é exagerado, demasiado intenso. É *monocular*, porque restrito a um dos lados da moeda, isto é, voltado à maximização da contenção estatal (garantismo negativo), em favor do indivíduo, ainda que em prejuízo do social.

É preciso ponderar que o garantismo não pode se restringir a uma única concepção de natureza negativa, porque há de buscar o resguardo de direitos individuais e sociais. Há de existir uma conciliação entre os postulados liberais e do estado social. Surge o espaço para se buscar uma vertente garantista que propugne por uma proteção que se manifeste como *integral*.

O garantismo somente assumirá sua dimensão exata, na medida em que consiga consagrar não só a vedação de excesso (*übermassverbot*), na perspectiva negativa, mas também a proibição de proteção deficiente ou de omissão (*untermassverbot*), na perspectiva positiva.

Para que se possa ter uma proteção integral de direitos fundamentais, o garantismo penal, além de visar a proteção e respeito às garantias individuais constitucionais, também há de buscar a efetivação da proteção dos demais bens tutelados no ordenamento jurídico, tais como a efetivação de uma persecução penal, a punibilidade dos ilícitos penais, o dever de proteção e a segurança dos cidadãos. Então, essa proteção requer que se instale um diálogo entre a proteção individual (garantismo negativo) e a vedação de impunidade (garantismo positivo), de modo a se conceber o *garantismo integral*.

Não e propõe uma mitigação da proteção do acusado, mas um diálogo que introduza a necessidade de proteção também da vítima, como indivíduo ou como sociedade, lembrando que essas garantias devem ultrapassar a natureza formal, para que sejam materiais, reverberando nas diversas esferas jurídicas, notadamente no Processo Penal.

Sistemas processuais de reparação

O Direito caminhou por uma fase de especialização de seus ramos, mas sempre foram caracterizados como autônomos, vale dizer, que apesar de suas peculiares características, integravam um todo hígido. As interrelações características do mundo moderno acentuaram as relações entre os diversos ramos, mitigando essa autonomia, de modo a fazer com que o Direito Processual Penal, por exemplo, constitua um compartimento estanque dos demais ramos da árvore do Direito.

Nesse sentido, não é nova a busca por uma sistematização em relação à questão reparatória da vítima, reportando-se a doutrina a sistemas proces-

suaís cogitados através do tempo. Da mesma forma, não há unanimidade quanto à terminologia adotada¹ e, para esse fim, trabalha-se aqui com a denominação que parece melhor descrever as características desses sistemas.

O *sistema da confusão* consiste na prestação da tutela jurisdicional civil e penal, numa só ação, isto é, descreve à possibilidade de se buscar a satisfação da pretensão reparatória e do direito de punir, por meio de uma ação com característica penal e civil. Próprio dos tempos primitivos, deixou de existir com a complexidade da sociedade, que passou a se valer da ação penal e da ação civil, por conta da natureza dos interesses em jogo.

O *sistema da solidariedade* consiste na possibilidade de o acusador oficial exercer a pretensão reparatória e a punitiva em um único processo, independentemente de provocação da vítima.

O *sistema da livre escolha* prevê que possa haver a cumulação facultativa das ações civil e penal na jurisdição criminal ou o ajuizamento da ação civil na esfera própria, conforme escolha da vítima.

O *sistema da separação* se caracteriza pela vedação do julgamento de matéria extrapenal no juízo criminal, o que afasta a possibilidade de se fixar a reparação na esfera penal. Foi o que perdurou durante muito tempo no ordenamento brasileiro, embora não em sua forma pura, posto que o resultado do julgamento criminal influenciava a possibilidade de reparação na esfera civil, proporcionando eficácia civil à coisa julgada penal, com a exportação de seus efeitos preclusivos, ou efeitos panprocessuais da coisa julgada penal. (FELIPETO/2001, p. 39-43).

O *sistema da interdependência* surge a partir da influência da vitimologia, com propostas de políticas criminais de resgate da vítima, inclusive na perspectiva dos prejuízos suportados, quer sejam materiais ou morais. Nesse sentido, em diversos diplomas legais há uma preocupação de composição do dano experimentado.² Assim, consiste ele na possibilidade de arbitramento judicial do valor da reparação na esfera criminal, na sentença condenatória, ainda que de forma precária, porque se permite a discussão da integral reparação no juízo cível, assumindo uma posição intermediária entre o sistema da confusão e o da separação (FILIPETTO/2017, p. 48-49), como prevê o Código de Ritos Penais.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela

1 Antonio Scarace Fernandes adota uma classificação resumida dos sistemas: o da união e o da separação. O sistema da união comportaria subdivisões que variam de acordo com o país: confusão, cumulação obrigatória, cumulação facultativa e da livre escolha (FERNANDES/1995, p. 166)

2 A composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo (Art. 74, e 89 da Lei 9.099/95); a pena de prestação pecuniária, como pena substitutiva e na Lei de Crimes Ambientais (art. 45, § 1º do Código Penal e art. 12 da Lei 9.605/98);

infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Em função dessa previsão do Código de Processo Penal, a opção criminológica de resgate da vítima que vinha se processando pelo ordenamento jurídico atinge seu ponto mais avançado, marcando a opção por um novo sistema.

Nada obstante, a opção pela vítima é algo que oscila, por forte influência do pensamento de que a indenização se refere a aspecto patrimonial que é disponível e que por isso escaparia à esfera criminal, voltada para outros interesses sociais relativos à punibilidade.

Assim é que o PLS 156/2009, que trata do projeto de Código de Processo Penal (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>, acesso em 09.11.2024) inova procedimentalmente, prevendo a possibilidade de ingresso na jurisdição penal *da parte civil*.

A iniciativa parece ter inspiração no Código de Processo Penal italiano que prevê a partir do art. 74, matéria semelhante, cogitando prioritariamente da reparação na esfera civil, em ações distintas, mas admitindo a migração da ação para a esfera penal, com a preocupação de evitar decisões diversas sobre o mesmo tema fático.

Il trasferimento dell'azione civile nel processo penale comporterà l'automatica rinuncia agli atti del giudizio civile (art. 75 comma 1 c.p.p.) che, di conseguenza, dovrà essere dichiarato estinto, anche d'ufficio, e l'accertamento concernente i danni proseguirà definitivamente in sede penale. Tutto questo, bem s'intende, nei limiti in cui nelle due azioni, la civile e la penale, sai ravvisabile um riferimento allo stesso fatto illecito danoso e ala responsabilità correlativa. (SURACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ/2011, p. 186-187)

A parte civil difere da figura do *assistente*, porque aquela exercitaria apenas a pretensão reparatória no juízo criminal. O assistente atua ao lado do acusador oficial, o Ministério Público, no que tange à pretensão punitiva do Estado, legitimado por uma *intervenção adesiva facultativa*.

Não se trata propriamente de uma modalidade de *ação penal adesiva*, nos moldes do Direito Alemão, porque o seu objetivo é meramente o de atender à satisfação do dano *ex delicto* no juízo criminal (TOURINHO FILHO/1994, p. 430). Como os objetivos são distintos, cuida-se de uma espécie de assistência litisconsorcial, dada a conexão existente entre as pretensões processuais.

Espera-se que a previsão não venha a mitigar a possibilidade de reparação, notadamente nos casos de hipossuficiência, já que a vítima necessitaria de advogado constituído ou nomeado, providência não cogitada no projeto de lei. Já a lei italiana permite ao Ministério Público a excepcional representação judicial, em caso de incapacidade civil da vítima e de urgência

(SURACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ/2011, p. 188). O Ministério Público atua como representante da vítima e não como substituto processual.

In questo caso a nostro giudizio si trata di *rappresentanza* legale e non di sostituzione processuale, in quanto il pubblico ministero interviene a supplire l'incapacità di um soggetto e non opera invece in virtù di um potere che egli abbia sul patrimonio del medesimo; manca qualsiasi relazione giuridica fra pubblico ministero ed incapace e manca altresì um interesse proprio del pubblico ministero: elementi questi che sono caratteristici dela sostituzione processuale.(LEONE/1988, p. 249).

Portanto, como se percebe, a evolução dos sistemas de reparação tem como princípio a eficiência da reparação da vítima, conciliando os interesses penal e civil, que culminam por guardar convergência e demonstrando a necessidade de um olhar que não contemple a proteção exclusiva do acusado na relação processual.

O Ministério Público como representante da vítima

A transdisciplinaridade da questão resulta da interveniência de aspectos civis e criminais sobre a reparação devida à vítima economicamente hipossuficiente.

De um lado, tem-se que o dano suportado em virtude do crime, como todo dano, é informado pela característica da disponibilidade e tem intrínseca a possibilidade de exercício, que fica ao exclusivo nuto da vítima a escolha.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer o interesse público que ressaí dessa indenização, quando a vítima não tem recursos para viabilizar seu acesso à jurisdição e fazer valer seu direito. Como também surge interesse público complementar às pretensões retributivas e preventivas, próprias da esfera penal, pois a reparação pretende restaurar a situação anterior e viabilizar uma proteção eficiente à vítima.

A partir disso, é possível dizer que a viabilização do direito à reparação constitui verdadeira obrigação processual penal positiva a ser implementada como garantia da vítima.

Nesse sentido, a Constituição brasileira, orientada pelo sistema de freios e contrapesos (*check and balance*) teve a preocupação de institucionalizar a proteção dos menos afortunados, proporcionando o acesso à jurisdição na sua acepção mais ampla.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a

orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Já o Código de Processo Penal, com vigência anterior à Constituição Federal atual, já dispunha que o Ministério Público representaria a vítima pobre.

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Para verificação da validade desta disposição, é preciso filtrá-la, verificando sua receptividade pela Constituição Federal de 1988, uma vez que existe instituição própria para a representação daqueles que não podem viabilizar seu acesso à jurisdição e porque o Ministério Público tem outras funções prioritárias.

É possível dizer que as funções do Ministério Público são típicas e atípicas.

Por funções típicas teremos aquelas que são declinadas expressamente pelo art. 129 da Constituição e que coincidem com as que tradicionalmente foram exercidas em defesa da sociedade, como o manejo da ação penal pública.³

Já por funções atípicas, teremos aquelas que não são prioritariamente exercitadas pelo Ministério Público, mas que poderá exercê-las concorrentemente, de maneira solidária ou subsidiária. Para que isso se dê, é preciso observar que a atuação ministerial tem como escopo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127) e por isso é possível o exercício de outras funções institucionais que não estejam previstas expressamente, como aliás estabelece o art. 129/CR.

3 São funções típicas: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

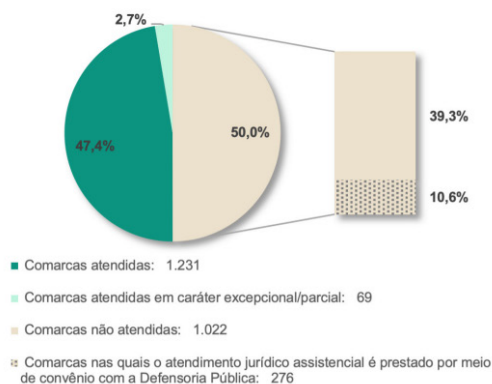
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Nesse contexto, inobstante a Constituição não declinar como função institucional a representação judicial da vítima pobre, nota-se que se trata de função atípica do Ministério Público, porque se coaduna com seus fins. A vedação de proteção deficiente como instrumento de realização de um Processo Penal Democrático, que assegura o acesso isonômico à jurisdição, harmoniza-se com os fins do Ministério Público, notadamente a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, de modo a abranger a defesa do direito da vítima a uma indenização.

Apesar disso, é forçoso reconhecer a existência de uma concorrência, ainda que virtuosa, exercida pela Defensoria Pública.

Diante disso, é preciso considerar uma realidade nacional. Em 2022, apurou-se que o território brasileiro possuía 2.598 comarcas. Destas, 1.231 eram atendidas pela Defensoria Pública, o que representava 47,4% de cobertura. Além disso, nessa porcentagem, 10,6% do atendimento era feito por advogados particulares conveniados (ESTEVEZ, AZEVEDO, GONÇALVES FILHO, JIOMEKE, LIMA, MENEGUZZO, SADEK, SILVA, SILVA, TRAVASSOS, WATANABE/2022, p. 31). Estes advogados não são integrantes da carreira própria. Então, sem se considerar as demais atribuições da Defensoria Pública, apenas 36,8% do território continental brasileiro dispunha de Defensor Público.

COMARCAS ATENDIDAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA - DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL



Fonte: Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal | Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2022). Dados sobre a estruturação geográfica das comarcas obtidos junto aos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal. Dados sobre as comarcas atendidas pela Defensoria Pública obtidos junto aos Defensores Públicos Gerais de cada Estado e Distrito Federal. Informações atualizadas até 15/04/2022.

De outro lado, informações comparativas que remontam a 2004 indicavam que na média nacional existiam 2,09 membros do Ministério Público para cada integrante da Defensoria Pública. Em alguns estados, esse número

chegou a 9,75 (Maranhão); 7,46 (Piauí) e 5 (Bahia), (SADEK, LIMA/2006, p. 72). Infere-se, então, que a despeito do tempo decorrido, a capilaridade e capacidade de atuação do Ministério Público é historicamente superior à da Defensoria Pública, estando mais preparado para a efetividade da reparação à vítima.

A conveniência da representação por meio do Ministério Público não afasta o aparente óbice da defesa de interesse disponível e individual.⁴ Entretanto, não passa mesmo de aparente empecilho, uma vez que a persecução penal surge como uma obrigação processual penal positiva, decorrente do rol de garantias individuais. Essas obrigações impõem aos órgãos estatais a proteção de direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente os ilícitos, promovendo uma repressão formal e simbólica, mas principalmente adequada e concreta (FISCHER, PEREIRA/ 2023, p. 97). Assim, é que a reparação do dano emerge também com finalidade complementar pública e não só de resguardo do direito individual.

Não se pode desprezar também a importância utilitária dessa representação na aplicação dos institutos próprios da Justiça consensual (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal). Nesses negócios jurídicos processuais é de suma importância a proteção da vítima.

Na perspectiva jurídica, cumpre fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, que identifica que o ordenamento jurídico compatibiliza a vedação de defesa de interesse individual disponível com o garantismo voltado para a vítima. Estabelece-se um sistema de camadas de proteção, de modo que ao falhar a primeira linha de proteção, é possível recorrer à segunda. Portanto, é inegável a vocação primeira da Defensoria Pública de defender os mais pobres. É a primeira camada de proteção. Se porventura não houver o atendimento da vedação de proteção deficiente e restar vencida essa primeira camada, a vítima ainda pode acessar o Judiciário. É a segunda camada, com o Ministério Público, legitimado pela necessidade de garantia integral.

A disciplina legal do citado art. 68 do Código de Processo Penal é recepcionada pela Constituição, mas não em sua totalidade, existindo uma verdadeira modulação em sua constitucionalidade. É que a representação da vítima pelo Ministério Público passa a ser submetida a uma *inconstitucionalidade progressiva*.⁵ Estabelece-se que não poderá haver a representação ministerial,

4 O Ministério Público exercita a defesa de interesses individuais, ainda que disponíveis, como função atípica, porém supletiva. É o que sucede com os interesses individuais homogêneos de caráter social, como a assistência de necessitado e, como a substituição processual das vítimas nas ações *ex delicto*, entre outros. Porém, conta-se também com a atuação supletiva ou substitutiva da Defensoria Pública. (MAZZILI/1996, p. 208)

5 A inconstitucionalidade progressiva é uma técnica de decisão judicial, originada da Corte Constitucional Federal alemã (*Appellentscheidung*) que coloca a norma entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, sendo que as circunstâncias fáticas jus-

enquanto e na medida em que a Defensoria Pública não puder exercer o múnus em sua integralidade. A legitimidade processual, então, é subsidiária. Com a impossibilidade da Defensoria Pública, pode o Ministério Público atuar em favor da vítima.

Essa é uma posição que faz a opção necessária por uma visão vítima-centrada, realizadora de garantias fundamentais.

Conclusão

Este não é um espaço em que se pretende esgotar as conclusões que foram lançadas em locais mais acertados, durante a explanação. Porém, registra-se o resumo do que se conseguiu até este ponto.

A evolução do ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma necessidade de consolidação de uma política criminal que contemple não só a proteção clássica do acusado, mas que volte seu olhar para a vítima, reconhecendo sua posição de fragilidade, quer seja quando individualmente vulnerável, quer seja quando se contemple um conflito de interesses em matéria de direito transindividual.

Os sistemas processuais têm marcado esse avanço no sentido de mitigar a separação de jurisdições e admitir que questões reparatórias sejam discutidas e fixadas na esfera criminal, ao lado da reposta penal incidente, em nítida demonstração de que o Direito não pode ser enxergado como compartimentos estanques, mas sim como um todo hígido e harmônico.

Nesse sentido o sistema da interdependência fica ameaçado com a previsão de alteração do Código de Processo Penal para a introdução da Parte Civil que, nos moldes em que proposta, não avança na proteção da vítima, ao contrário, apresenta-se como um retrocesso a ser evitado.

Dessa forma, assume importância viabilizar o acesso à jurisdição. A garantia constitucional se realiza não somente por meio de instituição criada para a defesa dos necessitados: a Defensoria Pública, como também, de maneira supletiva, mantendo a legitimidade do Ministério Público, já que compatível com suas funções institucionais.

Há de existir uma complementariedade, a Constituição da República não só se orienta pela limitação de poderes, como também por garantir proteção eficiente, de modo que não despreza a realidade fática de deficiência institucional da Defensoria Pública. Da conjugação do Texto Maior com a legislação, extrai-se um sistema de dupla camada de proteção da vítima, justificado pela inconstitucionalidade progressiva da atuação do Ministério Público, que em verdade viabiliza a efetividade de acesso da vítima à Justiça.

tificam sua permanência no ordenamento jurídico, considerando-a como “norma ainda constitucional”. (LIMA/2015).

Referências

- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CREUS, Carlos. **Reparacion del daño producido por el delito**. Buenos Aires: Ribinzal - Culzoni Editores, 1995.
- ESTEVES, Diogo. AZEVEDO, Júlio Camargo de Azevedo. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. JIOMEKE, Leandro Antonio. LIMA, Marcus Edson de. MENEGUZZO, Camylla Basso Franke. SADEK, Maria Tereza. SILVA, Franklyn Roger Alves. SILVA, Nicholas Moura e. TRAVASSOS, Gabriel Saad. WATANABE, Kazuo. Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022, Brasília: DPU, 2022.
- FELIPETO, Rogério. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FILIPPETTO, Rogério. **Reparação do dano no processo penal: uma contribuição do sistema acusatório e da teoria do diálogo das fontes**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ago/set 2017. Porto Alegre: LexMagister.
- FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo (Penal) Integral? In Garantismo Penal Integral**, 4ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.
- LEONE, Giovanni. **Diritto Processuale Penale**, 13ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1988.
- LIMA, Rafaella Souza. **Técnica da inconstitucionalidade progressiva evita insegurança jurídica**. <https://www.conjur.com.br/2015-jul-25/rafaella-lima-inconstitucionalidade-progressiva-necessaria/>. Acesso em 16.11.2024.
- MATHIEU, Vittorio. **Perché punire: il colasso della giustizia penale**. Macerata: Liberilibri, 2007.
- MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. 1ª ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Ministério da Justiça: Brasília, 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 3, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SURACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto Processuale Penale**, v. 1, Milano: Giuffrè Editore, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 1, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS E PROCESSUAIS NO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO: GARANTINDO O ACESSO À JUSTIÇA PARA TRABALHADORES VULNERABILIZADOS

Bárbara Delgado Vicente Silva

Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo Advogada e Pesquisadora da Universidade de São Paulo

Resumo:

Este artigo analisa a complexidade do chamado limbo jurídico trabalhista previdenciário, situação em que o trabalhador, após ser considerado apto para retornar às atividades pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ainda é tido como inapto pelo médico da empresa, permanecendo sem remuneração e sem benefícios. O estudo identifica elementos normativos e processuais que envolvem essa condição e avalia os impactos econômicos e sociais decorrentes da suspensão do contrato de trabalho durante o recebimento do benefício previdenciário. A pesquisa examina o papel de instrumentos como o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional, destinado à prevenção de doenças ocupacionais e à manutenção da saúde do empregado, bem como a relevância da Reabilitação Profissional para promover o retorno seguro ao mercado de trabalho. Considera-se a importância de harmonizar as decisões médicas, as normas legais e a responsabilidade da empresa, buscando preservar a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, conforme preceitos da Constituição Federal e da Consolidação das Leis do Trabalho. Por fim, o estudo aponta alternativas normativas, judiciais e consensuais que possam minimizar o desamparo do trabalhador, assegurando direitos, prevenindo conflitos e fortalecendo a justiça social nas relações laborais.

Palavras-chave: Limbo trabalhista; Proteção; Responsabilidade; Reabilitação.

Introdução

As relações laborais, intrinsecamente complexas e dinâmicas, apresentam desafios que ultrapassam a dimensão meramente legal, envolvendo tam-

bém aspectos sociais e econômicos que impactam profundamente a vida dos trabalhadores. Nesse cenário multifacetado, ganha destaque o fenômeno do Limbo Trabalhista Previdenciário, uma condição peculiar e pouco debatida, caracterizada pelas divergências entre os pareceres do médico do trabalho e do médico perito. Este contexto se revela como um ponto crítico que compromete a estabilidade financeira e a qualidade de vida dos empregados.

Este estudo tem como objetivo desvendar as particularidades desse tema, cuja relevância e desafios o tornam essencial no campo das relações trabalhistas. Pretende-se identificar os elementos que definem o limbo, analisar os efeitos concretos da suspensão do contrato de trabalho devido ao recebimento de benefício previdenciário, bem como avaliar as responsabilidades das partes envolvidas. Além disso, são explorados os impactos na vida do trabalhador e propostas estratégias para atenuar os prejuízos enfrentados por ele.

No núcleo da pesquisa, destaca-se a análise do auxílio por incapacidade temporária, incluindo sua natureza acidentária, e do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO). A investigação enfoca as atuações do médico do trabalho e do médico perito, buscando compreender como suas divergências frequentemente levam os trabalhadores a uma situação de vulnerabilidade, privados de remuneração e amparo financeiro.

A estrutura do trabalho foi concebida para abordar sistematicamente os diversos aspectos que envolvem o limbo trabalhista previdenciário. Cada seção explora os pressupostos iniciais, as consequências econômicas e sociais, e a análise de casos amparada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de Tribunais Regionais do Trabalho (TRT 2 e 15), com ênfase no estado de São Paulo.

Ao longo do texto, são examinadas as responsabilidades das empresas nesse contexto, considerando os reflexos sociais e econômicos dessa situação. A pesquisa também apresenta um panorama das posições predominantes na jurisprudência, destacando exceções que exoneram o empregador de responsabilidade, contribuindo para uma compreensão mais ampla e detalhada do tema.

Por fim, propõe-se uma reflexão sobre a viabilidade do afastamento remunerado do empregado como alternativa para minimizar os efeitos do limbo trabalhista. Essa proposta busca não apenas preencher lacunas no campo acadêmico, mas também oferecer subsídios para a formulação de soluções que beneficiem tanto os trabalhadores quanto os empregadores.

Assim, este estudo se dedica a examinar as nuances do limbo trabalhista previdenciário, extrapolando as barreiras legais para abraçar uma visão integral das relações de trabalho, com o intuito de promover avanços sociais e econômicos significativos.

Dinâmica entre empregado, empregador e INSS: aspectos do limbo trabalhista previdenciário

A relação entre empregado e empregador no regime celetista envolve interesses distintos, mas complementares. O trabalhador busca subsistência e estabilidade financeira, enquanto o empregador almeja comprometimento e eficiência na execução das tarefas. Ao contratar no regime celetista, a empresa assume diversas obrigações, como o recolhimento das contribuições previdenciárias destinadas ao INSS, conforme o artigo 30 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991).

O recolhimento do INSS pelas empresas é essencial para financiar benefícios como aposentadoria, auxílio por incapacidade e pensão por morte. Além de cumprir uma obrigação legal, as empresas desempenham um papel social ao assegurar a sustentabilidade do sistema previdenciário e a proteção dos segurados. Esse sistema também reduz a carga sobre o Estado, sendo indispensável para a estabilidade econômica e social do país.

Situações como acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais podem levar à suspensão do contrato de trabalho, que, embora preserve o vínculo empregatício, isenta o empregador de obrigações relacionadas à prestação de serviços, como salário, FGTS, férias e 13º salário. Contudo, as obrigações contratuais acessórias, como plano de saúde e outros benefícios, permanecem vigentes.

O TST consolidou o entendimento de que, durante a suspensão do contrato em decorrência de auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez, o plano de saúde deve ser mantido, conforme a Súmula 440 (BRASIL, 2012). Essa proteção garante a continuidade do suporte médico ao trabalhador, mesmo afastado por motivos de saúde.

Embora os direitos principais fiquem suspensos, princípios como boa-fé e confiança permanecem aplicáveis. No entanto, a suspensão do contrato pode acarretar instabilidade financeira, afetando a capacidade do trabalhador de cumprir obrigações financeiras e ampliando desafios econômicos e sociais, como isolamento e endividamento.

Além disso, a ausência temporária do empregado impacta as operações das empresas e pode gerar efeitos em cadeia na economia, destacando a relevância de políticas que mitiguem tais consequências.

Impactos do auxílio por incapacidade temporária no contrato de trabalho

O Auxílio por Incapacidade Temporária, anteriormente conhecido como auxílio-doença, é concedido a trabalhadores incapacitados por enfermidades não relacionadas ao trabalho. Nos primeiros 15 dias de afastamento, cabe ao empregador pagar o salário, conforme o art. 60, § 3º da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991). A partir do 16º dia, o benefício é assumido pelo

INSS.

Essa dinâmica ressalta a importância do equilíbrio entre as responsabilidades do empregador, a proteção ao trabalhador e a preservação da estabilidade do sistema previdenciário, evidenciando o papel central das empresas e do INSS na manutenção de um sistema funcional e sustentável.

Do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO)

O Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), regulamentado pela Norma Regulamentadora nº 7 (NR-7) da Portaria nº 3.214/1978, estabelece a obrigatoriedade para empresas celetistas de implementarem medidas para promover e preservar a saúde ocupacional dos trabalhadores (BRASIL, 1978).

Conforme o item 7.1.1 da NR-7, o PCMSO abrange a prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce de doenças ocupacionais, gerenciando casos para evitar agravamentos. A Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT) reforça que o programa prioriza a saúde integral do trabalhador, adotando abordagens preventivas e clínicas (ANAMT, 2013).

Estrutura e diretrizes do PCMSO

A NR-7 define diretrizes mínimas que orientam ações das empresas, promovendo boas práticas e integração com outras normas, como a NR-9 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA). Essa integração visa identificar riscos ambientais e determinar exames específicos para funções laborais, garantindo prevenção e diagnóstico precoce.

Segundo Frediani (2020, p. 51), o PCMSO abrange exames admissionais, demissionais e periódicos, realizados por médicos do trabalho, que avaliam condições de saúde e riscos ocupacionais. Já Prado (2018, p. 52) destaca a análise clínico-epidemiológica do programa, que investiga fatores influentes em doenças ocupacionais, permitindo intervenções eficazes e preventivas.

A epidemiologia no contexto do PCMSO analisa quantitativamente os fenômenos de saúde, distribuindo e quantificando problemas e avaliando medidas preventivas. Essa abordagem exige que o médico coordenador possua conhecimento detalhado das condições e do ambiente de trabalho (ANAMT, 2013).

Implementação e responsabilidades

A elaboração e execução do PCMSO devem considerar avaliações in loco e dados como descrições de atividades, informações gerenciais e análise ergonômica. É responsabilidade do empregador arcar com os custos e designar um médico responsável pelo programa, que pode ser interno ou

externo à empresa, conforme o item 7.4 da NR-7 (BRASIL, 1978).

A aplicação do PCMSO inclui exames obrigatórios para admissão, demissão, retorno ao trabalho, mudança de função e avaliações periódicas. Essa obrigatoriedade visa garantir a saúde e segurança do trabalhador ao longo de toda a relação empregatícia.

O PCMSO, com base na análise dos riscos e atividades laborais, representa um instrumento essencial para a saúde e segurança do trabalhador, reforçando o papel das empresas na prevenção de doenças ocupacionais e na promoção do bem-estar no ambiente de trabalho.

Entre normas e lacunas: desvendando o limbo jurídico trabalhista-previdenciário

O limbo jurídico trabalhista-previdenciário ocorre em situações nas quais o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) declara um empregado apto para o trabalho, suspendendo o benefício previdenciário, enquanto o empregador, ao considerá-lo inapto para suas funções, impede seu retorno. Essa discordância deixa o trabalhador sem remuneração e desamparado por benefícios previdenciários, gerando impactos financeiros e sociais significativos.

De acordo com Mendanha (2020), o limbo pode resultar de divergências médicas entre o INSS e a empresa, perda do status de segurado do INSS ou atrasos no requerimento de benefícios. Um exemplo comum ocorre quando o perito do INSS declara capacidade laboral e o médico da empresa discorda, alegando inaptidão. Nesse contexto, o trabalhador não recebe salário ou benefício previdenciário, caracterizando o limbo. A ausência de uma regulamentação clara para esses casos agrava a situação.

Das divergências dos pareceres médicos sobre a incapacidade do empregado

A Lei n. 11.907/2009 atribui exclusivamente ao Perito Médico Federal a emissão de parecer conclusivo quanto à incapacidade laboral para concessão de benefícios previdenciários. Por outro lado, a Norma Regulamentadora n. 7 (NR-7), em seu item 7.5.19.1, determina que o Atestado de Saúde Ocupacional (ASO) deve avaliar a aptidão do trabalhador para suas atividades. Essa sobreposição pode gerar conflitos, principalmente quando há discordância entre os médicos envolvidos.

Segundo Mendanha (2020), o art. 60 da Lei 8.213/1991 estabelece que o auxílio-doença é devido a partir do 16º dia de afastamento, com a empresa sendo responsável pela remuneração nos primeiros 15 dias. Em situações de afastamentos não consecutivos, a Instrução Normativa n. 77/2015 estipula regras específicas, como a responsabilidade da empresa por afastamentos que ocorram em um intervalo de até 60 dias.

Contudo, essas normas não abordam cenários de limbo jurídico, em que há discrepância de laudos médicos e ausência de definição clara sobre as obrigações das partes. O empregador cumpre suas obrigações legais ao pagar os 15 dias iniciais e seguir a decisão do perito do INSS, mesmo que haja discordância entre os médicos do trabalho ou assistentes do empregado.

O papel da Jurisprudência na solução do limbo

A lacuna legislativa força os trabalhadores a buscar solução judicial, onde a jurisprudência desempenha papel crucial. As decisões judiciais, baseadas nos princípios do direito trabalhista e previdenciário, têm procurado equilibrar a relação entre empregadores e empregados em situações de limbo. Princípios como a dignidade da pessoa humana e a proteção ao trabalhador guiam os julgados, determinando, em alguns casos, a obrigação do empregador de reintegrar o empregado ou assegurar o sustento durante o impasse.

Medidas preventivas e propostas de solução

Para mitigar o limbo trabalhista-previdenciário, é essencial adotar medidas preventivas e propor soluções normativas, como a integração entre médicos do Instituto Nacional do Seguro Social e médicos das empresas, a fim de promover o diálogo e reduzir divergências de pareceres, a atualização legislativa para regulamentar a responsabilidade das partes envolvidas em casos de limbo, bem como a criação de mecanismos extrajudiciais de mediação para permitir a resolução de conflitos de forma mais ágil e evitar a judicialização.

A lacuna existente no ordenamento jurídico deixa os trabalhadores vulneráveis em situações de confronto entre laudos médicos, tornando urgente que tanto as partes envolvidas quanto o legislador atuem de forma célere para preencher esse vazio normativo, garantindo a proteção efetiva ao trabalhador e assegurando a segurança jurídica nas relações laborais.

Responsabilidade da empresa no limbo trabalhista previdenciário: perspectivas social e econômica

Nos primeiros 15 dias de afastamento, cabe à empresa pagar o salário do trabalhador. Após o início do auxílio-doença, o INSS é responsável pela renda do segurado, caracterizando suspensão do contrato de trabalho. Entretanto, surge o impasse quando o benefício é encerrado pelo INSS, mas o trabalhador é considerado inapto para o retorno à empresa. Nesse “limbo”, a jurisprudência majoritária atribui à empresa a responsabilidade de assegurar os salários até a solução da questão.

Mesmo que a alta médica do INSS seja questionável, presume-se sua

legitimidade até decisão contrária. Assim, o empregador deve readmitir o trabalhador ou, caso o considere inapto, arcar com os pagamentos, evitando violações legais e danos morais. A negativa de retorno ao trabalho sem remuneração caracteriza falha grave, punível pela Justiça do Trabalho.

A relação contratual impõe à empresa riscos econômicos, incluindo manter trabalhadores em situações complexas. Princípios como dignidade humana, função social da empresa e proteção ao trabalhador reforçam a obrigação empresarial. Além disso, o artigo 4º da CLT determina que, ao cessar o benefício, o empregado está à disposição do empregador.

Jurisprudência majoritária

A jurisprudência majoritária, em especial nos tribunais de São Paulo, tem interpretado a interrupção injustificada de salários durante o período de limbo trabalhista previdenciário como uma violação da dignidade humana e da função social do contrato, atribuindo ao empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários e pela reintegração do empregado. Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (ROT: 01011207720185010010) estabelece que o empregador deve arcar com os salários após a alta previdenciária, bem como readaptar o trabalhador ou buscar os meios adequados para recorrer contra a posição do Instituto Nacional do Seguro Social.

Da mesma forma, o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região no processo nº 10005614420205020060 considera que a negativa de reintegração ou o não pagamento dos salários constitui falta grave, autorizando a rescisão indireta do contrato e a indenização por danos morais em favor do empregado.

Por outro lado, há exceções em que o empregador não é responsabilizado. O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região no processo nº 10006551520215020332 assim o entendeu ao constatar a ausência de recusa por parte do Instituto Nacional do Seguro Social, bem como a inexistência de provas de que o empregador tenha impedido o retorno da trabalhadora.

Ainda no mesmo órgão, o processo nº 10010944520215020067 demonstrou que o indeferimento do benefício por falta de requisitos legais, desvinculado da aptidão laboral, não gera responsabilização do empregador. Já o Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região no processo nº 00101158120215150073 constatou a falta de intenção do empregado em retornar ao trabalho, atribuindo assim ao Instituto Nacional do Seguro Social a responsabilidade pelos problemas financeiros decorrentes dessa situação.

A não apresentação do trabalhador após alta médica pode configurar abandono, conforme Súmula 32 do TST. Contudo, é necessário provar ausência injustificada superior a 30 dias e intenção de não retornar.

A gestão do limbo previdenciário exige equilíbrio entre os direitos dos trabalhadores e as responsabilidades empresariais. A jurisprudência reflete maior proteção ao empregado, impondo ao empregador deveres claros de readmissão ou pagamento. As exceções, contudo, demonstram que cada caso demanda análise detalhada.

O limbo trabalhista previdenciário: reflexões sobre a proteção ao trabalhador e seus impactos econômicos e sociais

O limbo trabalhista previdenciário caracteriza-se pela situação em que o trabalhador, após alta médica, enfrenta dificuldades para retornar ao trabalho e, conseqüentemente, fica sem salários ou benefícios previdenciários. Esse fenômeno levanta importantes questões jurídicas e sociais, contrapondo-se aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como a proteção ao trabalhador, garantida no art. 468 da CLT.

A vulnerabilidade do trabalhador no limbo contraria direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e os direitos de personalidade (art. 12 do Código Civil). Além disso, viola o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e prejudica a ordem econômica e social (art. 170, caput, e art. 193), ao comprometer o pleno emprego e a justa distribuição de renda.

Refletir sobre o limbo trabalhista previdenciário exige considerar não apenas a dimensão legal, mas também os aspectos éticos e sociais. É imprescindível buscar soluções que assegurem a dignidade do trabalhador, respeitem os princípios constitucionais e promovam equilíbrio nas relações de trabalho.

A efetividade do afastamento com remuneração como alternativa ao limbo trabalhista

Para mitigar os efeitos do limbo previdenciário, é necessário explorar medidas que protejam o trabalhador e respeitem sua dignidade. A Reabilitação Profissional, prevista nos arts. 89 a 93 da Lei nº 8.213/1991, é uma solução eficaz. Ela oferece assistência educativa e profissional para reintegrar trabalhadores ao mercado, respeitando princípios constitucionais e sociais.

Segundo Pardo (2018, p. 69), o programa busca habilitar ou reabilitar segurados com capacidade laboral reduzida, promovendo sua reintegração ao mercado de trabalho por meio de avaliação, orientação e acompanhamento. Ao final da reabilitação, o contrato de trabalho é reativado, garantindo ao trabalhador o retorno à função compatível com sua condição, conforme o art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Em muitos casos, no entanto, a alta médica ocorre sem reabilitação, transferindo à empresa a responsabilidade pelo trabalhador considerado inapto. Como alternativa, pode-se manter o trabalhador afastado, com remuneração.

neração, até que esteja apto a retornar, preservando sua saúde, dignidade e sustento.

Além disso, enquanto o trabalhador busca restabelecer o benefício previdenciário, o afastamento remunerado é justificado pela boa-fé objetiva do empregador (art. 422 do Código Civil) e pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do direito à vida (art. 5º, caput). Essa abordagem equilibra os interesses do trabalhador e da empresa, promovendo segurança jurídica e social.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO (ANAMT). Sugestão de Conduta para Médicos do Trabalho em Atestados e Relatórios Médicos. 2013. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/sugestao_de_conduta_131220131223567055475.pdf>. Acesso em: 22 de dezembro de 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n.º 3.214, de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, jun.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 de dezembro de 2023.

BATISTA, Homero. Curso de direito do trabalho aplicado: livro das profissões regulamentadas. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST - RR: 1167009820075150122, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 13/05/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 440. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25/9/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula n. 15. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003.

BRASIL. Lei 8.213 de 24/07/1991 - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 de janeiro de 2024.

BRASIL. Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria.

BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Economia. Norma Regulamentadora nº 04 (NR-04) - Atualizada em 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comis->

sao-tripartite- partitaria-permanente/ arquivos/normas-regulamentadoras/ nr-04-atualizada-2022-2-1.pdf\>. Acesso em: 20 de dezembro de 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Norma Regulamentadora nº 07 (NR-07) - Atualizada em 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/arquivos/normas-regulamentadoras/nr-07-atualizada-2022-1.pdf>\>. Acesso em: 03 de janeiro de 2024.

Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução CFM nº 1851/2008. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2008/1851>\>. Acesso em: 20 de dezembro de 2023. Acesso em: 12 de janeiro de 2014.

Conselho Federal de Medicina (CFM). Parecer n. 02/2013. Processo Consulta. CFM nº 8.355/08 - PARECER CFM nº 2/13. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2013/2_2013.pdf. Acesso em: 12 de janeiro de 2014.

COSTA, Alessandra et al. Rotinas trabalhistas. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/rotinas-trabalhistas/1499774123>. Acesso em: 9 de janeiro de 2024.

CATALDI, Maria. Anexos In: CATALDI, Maria. O Stress no Meio Ambiente de Trabalho. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/o-stress-no-meio-ambiente-de-trabalho/1250395184>. Acesso em: 7 de janeiro de 2024.

FREDIANI, Yone. Saúde e Segurança do Trabalho e Novos Riscos no Ambiente do Trabalho e Poder de Controle do Empregador In: LUDOVICO, Giuseppe; ORTEGA, Fernando; NAHAS, Thereza. Novas Tecnologias, Plataformas Digitais e Direito do Trabalho: Uma Comparação Entre Itália, Espanha e Brasil. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/novas-tecnologias-plataformas-digitais-e-direito-do-trabalho-uma-comparacao-entre-italia-espanha-e-brasil/1196957339>. Acesso em: 7 de janeiro de 2024.

Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Medicina Ocupacional do Trabalho. Disponível em: <https://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/virtual%20tour/hipertextos/up1/medicina_ocupacional_do_trabalho.html\>. Acesso em: 27 de dezembro de 2023.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 14ed. Saraiva Educação. São Paulo, 2019.

MENDANHA, Marcos. Limbo previdenciário-trabalhista. JH Mizuno. Leme-SP, 2020.

PARDO, Fabiano de Oliveira. Limbo jurídico previdenciário-trabalhista no auxílio-doença: responsabilidade do empregador e INSS. LTr. São Paulo, 2018.

RONDONIA. Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. TRT-1 - RO: 01008152220165010024 RJ, Relator: JOSE NASCIMENTO ARAUJO NETO, Data de Julgamento: 04/06/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/06/2019.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. TRT-15 - ROT: 00106382820185150064 0010638-28.2018.5.15.0064, Relator: JOAO BATISTA MARTINS CESAR, 11ª Câmara, Data de Publicação: 23/04/2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. TRT-15 - RORSum: 00101158120215150073 0010115-81.2021.5.15.0073, Relator: OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI, 1ª Câmara, Data de Publicação: 23/07/2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10010285820165020708 SP, Relator: LIBIA DA GRACA PIRES, 11ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 24/08/2020.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10009148920215020047 SP, Relator: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, 18ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 08/02/2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10002625720185020086 SP, Relator: RICARDO APOSTOLICO SILVA, 1ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 24/04/2019.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10006551520215020332 SP, Relator: ADRIANA PRADO LIMA, 11ª Turma - Cadeira 1, Data de Publicação: 16/05/2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10016745720195020322 SP, Relator: BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI, 2ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 21/06/2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. TRT-2 10010944520215020067 SP, Relator: LIANE MARTINS CASARIN, 3ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 12/06/2022.

A COMPLEXIDADE DOS MEIOS NACIONAIS E TRANSFRONTEIRIÇOS DE REPARAÇÃO INTEGRAL DOS ATINGIDOS PELO DESASTRE DE MARIANA NO BRASIL

Paulo Velten

Professor Doutor, na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (Capes). Dedicase às áreas de Direitos Humanos, Direito Ambiental, Legislação Tributária e Tópicos Especiais. Autor do livro *Identidade e contramajoritarismo no STF*, autor do documentário “Sem saída”, co-autor do livro relatório da Comissão da Verdade da Ufes

Pedro Domingos

Doutorando em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-graduado em Direito da União Europeia pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra, advogado civil e ambiental

Resumo:

O artigo analisa a complexidade de alguns mecanismos nacionais e transfronteiriços de reparação indenizatória dos atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão em Minas Gerais, ocorrido em 2015. Considerado o pior desastre ambiental do Brasil, o rompimento da barragem de Fundão causou 19 mortes, desalojou milhares de pessoas e contaminou a bacia hidrográfica do Rio Doce, afetando a vida de milhões. Em âmbito nacional, destaca-se a criação do sistema Novel, um sistema simplificado de indenização instituído por decisão judicial, sem previsão processual no ordenamento, que permitiu que mais de 90 mil atingidos recebessem indenizações. O artigo aponta os méritos do sistema, como a flexibilização dos meios de comprovação de danos e a abrangência da sentença, mas também revela o ativismo judicial que criou o sistema e discute seus problemas operacionais, como falhas no cadastramento, a delimitação geográfica inadequada e incompetência na verificação de fraudes, além da negação ao direito a um cadastro atualizado das reivindicações. No âmbito transnacional, o artigo aborda a ação coletiva movida por cerca de 700 mil indivíduos, municípios, empresas e comunidades tradicionais contra a BHP Billiton PLC na Inglaterra, buscando responsabilizar a acionista majoritária pelos danos causados por sua

subsidiária no Brasil. O caso levanta questões complexas sobre a responsabilidade de empresas multinacionais por danos ambientais e violações de direitos humanos cometidos nos países em que atuam. O artigo evidencia a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de reparação de danos em casos de desastres ambientais de grande escala, tanto no âmbito nacional quanto transnacional, a fim de garantir uma compensação justa e adequada aos atingidos, com participação dos afetados e representação adequada, além da responsabilização efetiva das empresas envolvidas.

Palavras-chave: Desastre de Mariana; Responsabilidade civil; Responsabilidade transnacional; Processos complexos.

Introdução

O Brasil tem sido palco de uma sequência de desastres socioambientais de grandes proporções, como os rompimentos de barragens de rejeitos de mineração em Mariana (2015) e Brumadinho (2019), a contaminação de rios na região de Abaetetuba e Barcarena no Pará, e o desabamento de minas de sal-gema em Maceió, Alagoas. Estes casos complexos têm desafiado as normas existentes de direito processual coletivo, ambiental e internacional, revelando a necessidade de novos mecanismos para garantir a adequada reparação de danos.

A atuação globalizada de empresas mineradoras tem dado azo ao surgimento de novas modalidades de sistemas indenizatórios e uma nova forma de lidar com conflitos transnacionais, especialmente as disputas em torno de competências para julgar as consequências de tragédias ambientais produzidas por estas companhias em países nos quais operam, notadamente nas justiças inglesa e holandesa.

No caso específico do rompimento da barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais, há uma concorrência de métodos judiciais indenizatórios. Neste artigo serão tratados dois métodos, o primeiro surgiu a partir do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no contexto da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. Nele, foi prolatada uma sentença na qual foi determinada o desenvolvimento de um portal eletrônico de indenizações baseado em uma plataforma ODR (*Online Dispute Resolution*), conhecido como “sistema Novel”. Nela, foram estabelecidas categorias de atingidos e valores de indenização, flexibilizando meios de comprovação de danos, de modo a permitir a adesão de “hipossuficientes probatórios”. Concorrentemente, o escritório de advocacia britânico *Pogust Goodhead* criou um sistema de cadastramento e apuração de danos para reivindicar por meio de uma ação coletiva na justiça inglesa, a reparação integral dos atingidos, envolvendo inicialmente 200 mil vítimas e posteriormente mais 700 mil. A ação baseia-se em precedentes de responsabilização de empresas inglesas

por danos ambientais no exterior e no regulamento de Bruxelas. O presente trabalho tem como objetivo descrever estes dois métodos indenizatórios e prospectar possíveis cenários futuros, atualizando o estado da arte destas inovações judiciais.

O contexto do surgimento do sistema novel

Vários anos se passaram da maior tragédia ambiental brasileira, e, pouco ou nada há sido feito para efetivamente reparar integralmente os indivíduos afetados. No caso específico da lama produzida pelas empresas Vale, BHP e Samarco no rio Doce, há uma verdadeira concorrência de métodos judiciais indenizatórios, em primeiro lugar porque, apesar a tragédia ter ocorrido em novembro de 2015, foi em junho de 2016 que o STJ fixou definitivamente¹ o elemento mais básico de qualquer ação judicial - a competência para julgar as inúmeras ações sobre este caso na Quarta Vara Federal de Belo Horizonte, e elegendo o ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, como o processo principal sob o qual todas as demais ações deveriam ser reunidas.

O sistema Novel foi instituído por meio de um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), estabelecendo a criação de uma Fundação com fundos oriundos das empresas poluidoras para administrar o processo de recuperação da bacia hidrográfica do Rio Doce e a indenização dos afetados pela tragédia. Críticas surgiram quanto aos causadores do dano serem os mesmos responsáveis por conduzirem a recuperação, mas estabeleceu-se uma cadeia de governança corporativa como um “antídoto ético” que se julgava capaz de evitar conflitos de interesses.

O Conselho Curador e a Diretoria Executiva da Fundação Renova ficaram responsáveis por contratar assessorias privadas para produzir 42 programas de recuperação da bacia², divididos em eixos de reparação socioam-

1 Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-06-22_19-00_Competencia-para-julgar-aco-es-contr-a-Samarco-e-da-Justica-Federal.aspx. Acesso dia 18 de novembro de 2024.

2 Os programas são: 1-Levantamento e Cadastro, 2- Ressarcimento e Indenização, 3- Proteção e recuperação da Qualidade de Vida dos Povos Indígenas, 4- Proteção e Qualidade de Vida de Outras Comunidades Tradicionais, 5- Proteção Social, 6 - Diálogo, Comunicação e Participação Social, 7-Assistência aos Animais, 8 - Reconstrução de Vilas, 9- Recuperação da UHE Risoleta Neves, 10 - Recuperação das Demais Comunidades e Infraestruturas Impactadas, 11- Reintegração da Comunidade Escolar, 12- Memória Histórica, Cultural e Artística, 13- Turismo, Cultura, Esporte e Lazer, 14: Saúde Física e Mental da População Impactada, 15-Tecnologias Socioeconômicas, 16- Retomada das Atividades Aquícolas e Pesqueiras, 17- Retomada das Atividades Agropecuárias, 18- Diversificação Econômica Regional, 19:- Micro e Pequenos Negócios, 20- Estímulo à Contratação Local, 21- Auxílio Financeiro Emergencial, 22- Gerenciamento dos Programas Socioeconômicos, 23- Manejo dos Rejeitos, 24-Contenção de Rejeitos e Tratamento de Rios, 25- Recuperação da Área Ambiental 1, 26 - Recuperação de APPs, 27- Recuperação de Nascentes, 28- Conservação da Biodiversidade, 29: Recuperação da Fauna Silvestre,

biental e socioeconômico. O Conselho Curador, constituído por representantes das empresas, dos atingidos e do Comitê Interfederativo (CIF) dos entes públicos, aprovou os planos de trabalho, que, podem ser consultados detalhadamente no site da fundação³.

Deste conselho saíram decisões polêmicas, como aquela que decidiu cortar, em plena pandemia de Covid, o auxílio emergencial para aqueles que foram diretamente impactados pela interdição do rio e que de lá tiravam o seu sustento, somente restaurada a partir de liminar deferida em favor do atingidos hipossuficientes manejada pelas defensorias públicas⁴.

A Fundação Renova nasceu de um conserto político entre os governos de Minas Gerais, Espírito Santo e as empresas degradadoras, homologado pela justiça⁵. O Ministério Público Federal, apesar de assinar o TTAC, ajuizou ações requerendo a liquidação da Fundação, pretensão ainda não atendida.

Em pese tenha assinado o TTAC, o Ministério Público Federal, nunca foi muito simpático à criação da Fundação e até ajuizou ações judiciais requerendo sua liquidação, pretensão não atendida até agora pelo sistema judiciário.

A metodologia da sentença

O Sistema Simplificado de Indenização (NOVEL), por decisão judicial no processo sob o número 1000415-46.2020.4.01.3800 - TJMG⁶, determinou a criação de um portal digital, para as vítimas se candidatarem a indenizações de acordo com categorias estabelecidas. O sistema teve grande adesão, com mais de 90 mil indenizações pagas em dois anos, totalizando cerca de 10 bilhões de reais.

A sentença implementou soluções inéditas de responsabilização civil no direito brasileiro, criadas a partir da jurisprudência do juízo, baseando-se

30- Fauna e Flora Terrestre Ameaçada de Extinção, 31- Coleta e Tratamento de Esgoto e Destinação de Resíduos Sólidos, 32- Tratamento de Água e Captação Alternativa, 33- Educação Ambiental, 34- Preparação Para Emergência Ambiental, 35- Informação Para a População, 36- Comunicação Nacional/Internacional, 37- Gestão de Riscos Ambientais, 38- Monitoramento da Bacia do Rio Doce, 39- unidades de Conservação, 40- CAR e PRAS, 41- Gerenciamento dos Programas Socioambientais, 42- Ressarcimento de Gastos Públicos Extraordinários.

3 <https://www.fundacaorenova.org/relato-de-atividades/programas/>

4 Disponível em: <https://www.defensoria.es.def.br/justica-derruba-decisao-que-determinava-pagamento-de-atingidos-com-kit-proteina-e-alimentacao/>. Acesso dia 18 de novembro de 2024.

5 Disponível em: <https://sjmg.trf6.jus.br/caso-samarco-justica-federal-homologa-novel-infraestrutura/#:~:text=A%20homologa%C3%A7%C3%A3o%20foi%20realizada%20no,abaixo%20a%20decis%C3%A3o%20na%20%C3%ADntegra.>

6 <https://apublica.org/wp-content/uploads/2021/02/decisao-itapina-audio-revela-ameacas-e-intimidacao-de-advogada-da-renova-aos-atingidos-pelo-desastre-de-mariana.pdf>. Acesso dia 15 de novembro de 2024.

no conceito de “*Rough Justice*” para simplificar o método e flexibilizar a comprovação de danos, arbitrando-se valores fixos para “hipossuficientes probatórios” em cada categoria.

Para tanto, flexibilizou meios de comprovação material de danos, para que os atingidos pudessem aderir sem as dificuldades típicas da justiça comum ou de provas documentais em que atingidos vulneráveis dificilmente tem condições de produzir. Ficou estabelecido que pessoas que, indubitavelmente, tenham sido vítimas, mas que não tivessem documentos tradicionais para demonstrarem seus respectivos prejuízos, poderiam aderir a este referencial indenizatório fixado pelo Juiz. Esse desiderato é um grande mérito da sentença.

Denominados aqui como “hipossuficientes probatórios”, o juiz arbitrou para esses, valores fixos de indenizações, a partir de uma matriz de danos genérica por categorias de trabalho ou de produção, por exemplo, pescadores, agricultores, pequenos produtores rurais, pequenos comerciantes, ribeirinhos e outros. Como se poder aferir, é um sistema de adesão, ou seja, aqueles que, porventura não se sentissem contemplados com os valores estabelecidos ou pela categoria de atividade arbitrados pelo Juiz, poderiam continuar suas respectivas sagas jurídicas na justiça comum, em busca de sua justa indenização.

A abrangência da sentença também é uma inovação, afinal, é uma sentença por adesão. Sua iniciativa remonta a criação em cartório de registro civil, de uma Comissão de Atingidos do Município de Baixo Guandu, no Espírito Santo. Esta comissão requereu o modelo simplificado e aderiu aos parâmetros indenizatórios propostos pelo Juiz do caso. Por sua vez, a Fundação Renova igualmente não se opôs e igualmente concordou com o sistema, criando e gerenciando uma plataforma ODR a fim de habilitar atingidos e advogados a pleitearem indenizações.

Como resultado dessa flexibilidade, as indenizações começaram a ser pagas aos atingidos e a novidade se espalhou por toda bacia hidrográfica e novas comissões de atingidos de todas as localidades passaram a ingressar no processo judicial a fim de reivindicar os efeitos da sentença precursora referente ao município de Baixo Guandu⁷.

7 O arbitramento baseou-se numa regra simples, para aqueles que não conseguissem provar seus danos contabilmente, como pescadores, artesanais, diaristas rurais, pequenos comerciantes, artesãos e outros tanto, fixou-se o lucro cessante mensal em um salário mínimo, no caso de garimpeiros do alto rio doce 2 salários, que deveriam ser computados desde a data do evento danoso (outubro de 2015) até a data da prolação da sentença (julho de 202), portanto 61 meses, aos quais foram acrescidos de mais 15 meses referentes ao prazo que o juiz estimou que seria necessário para a perícia que atestaria a salubridade do rio, totalizando assim, 71 meses que equivaleriam a 71 salários mínimos. Acrescidos a isso seria pago 10 mil reais por atingido a título de dano moral, mais uma pequena indenização por petrecho de pesca ou do serviço do trabalhador, somados a uma indenização pela perda da proteína do peixe significava na dieta da população. Tudo isso somado, de

É interessante notar que o que provocou a verve criativa do Juiz, conforme narrado por ele na sentença, foi a iniciativa de um grupo de atingidos que reclamou com ele por meio de e-mail, lembrando-lhe que, a tragédia já completava à época, seu quinto aniversário sem resultados práticos quanto ao ressarcimento.

A sentença surpreendeu o universo jurídico, e as empresas não recorreram quanto ao método inovador, dotado de certo ativismo judicial. O Ministério Público recorreu por entender que a sentença não era equitativa e que as comissões não representavam a coletividade local. A Fundação Renova teve que criar um ambiente virtual para os cadastrados aderirem de acordo com as categorias profissionais. Pela primeira vez, uma ação civil pública alcançou tamanho alcance social, com hipossuficientes probatórios recebendo indenizações expressivas.

Os problemas operacionais do sistema

O portal do sistema Novel se alimentou de um cadastro produzido pelas rés, logo após o rompimento da barragem, no início do desastre em 2015. Esse cadastro era constantemente feito desacompanhado de advogado e com perguntas complexas, para o qual atingidos vulneráveis não tinham a dimensão sobre as consequências de suas respostas. Com base nas perdas levantadas com este cadastramento, foi primeiro criado o programa de indenização mediada (PIM) e após, com a decisão de criação do sistema simplificado, foi também utilizado como o documento base para deferimento dos pedidos requeridos pelo NOVEL, até meados de 2021.

O cadastramento

O primeiro problema a ser destacado é que a Fundação não abriu escritórios de atendimento em todos os distritos atingidos, o que obrigava inúmeras vítimas a se deslocarem, muitas vezes de longínquos lugarejos até as filiais da Fundação, excluindo aqueles hipossuficientes que não pudessem se deslocar.

Esse primeiro recorte, separou no universo dos atingidos, aqueles que se cadastraram, daqueles que não conseguiram se cadastrar após o rompimento da barragem para buscar indenização pelos danos sofridos.

Esse abismo de informação levou a situações inusitadas, com pessoas nas mesmas condições obtendo resultados diferentes, inclusive morando na mesma residência. Além disso, naquele momento de desespero, o atingido que conseguiu se cadastrar, deveria responder a um extenso questionário, na maioria das vezes sem a presença de um advogado, mesmo que não compreendesse as perguntas, nem imaginar que as respostas consignadas ali,

acordo com as particularidades de cada caso gerava uma indenização de pouco mais de 94 mil reais.

subsidiariam cinco anos depois, o sistema simplificado de indenização.

Logo, algumas omissões naturais e ingênuas do entrevistado - como não relatar que tinha uma horta no quintal ou que pescava ou garimpava eventualmente no Rio Doce, retiravam dele a possibilidade de ser indenizado pelo NOVEL, em razão de não ter declarado no momento de seu primeiro cadastramento, a existência desses danos.

Foi o cadastro realizado como fotografia no ápice da tragédia, o critério largamente utilizado pelo juízo e pela Fundação para subsidiar todas as outras propostas de indenizações que vieram a surgir e amparou, por exemplo, a definição sobre quem seriam os beneficiários do auxílio emergencial para aqueles que tiveram suas atividades interrompidas em função da poluição do Rio Doce.

Dentro todos os desafios de uma matriz de danos inflexível para divergências entre o primeiro cadastro e novas reivindicações, durante esse período, a empresa contratada para fazer a gestão desses atendimentos e questionários, desistiu do contrato, perdurando uma falta de informação sobre cadastros feitos, mas não confirmados durante este período. Por fim, diante da criação do sistema simplificado e do uso dessa base de informações colhida inicialmente em meados de 2015, foi determinado o marco temporal de abril de 2021 como prazo para novas adesões e pedidos de indenizações perante a plataforma.

A delimitação geográfica do TTAC

Trata-se do seguinte. Quando se estabeleceu o TTAC, fez-se a delimitação da extensão da tragédia apenas geograficamente e não por seu alcance. Isso é um erro com sérias consequências, afinal as consequências ambientais, extrapolam em muito o aspecto territorial.

Os rejeitos da lama chegaram à calha do rio doce pelo afluente denominado rio Gualaxo, entretanto, a bacia hidrográfica na região do alto rio Doce, nas cercanias da histórica cidade mineira de Mariana, também conta com o rio do Carmo, que, inclusive, corta a área urbana da cidade.

De fato, a lama não passou nesse último, mas os efeitos sociais se estenderam por toda bacia hidrográfica, ocorre que, no TTAC, os distritos ribeirinhos do rio do Carmo não foram admitidos como atingidos, pois a lama efetivamente não passou em seu leito logo, as pessoas não puderam ser cadastradas, inclusive em Mariana. No entanto, as consequências sociais da interdição lhes afetam diretamente; e isso se repete em toda a extensão do rio.

A política nacional de recursos hídricos (PNRH), lei 9.433/97, estabelece, há décadas, a bacia hidrográfica como parâmetro ambiental. Somente a malícia pode ter deixado de fora os atingidos nos afluentes do rio Doce. Também aqui são necessárias ações revisionais do sistema.

Pois bem, o STJ, em recente decisão reconheceu estes distritos vizinhos do rio do Carmo como efetivamente atingidos, reconheceu ainda outros no estado do Espírito Santo que, embora não tenham sido atingidos diretamente pela lama, tiveram suas atividades completamente impactadas pelo desastre.

Ocorre que, estes cidadãos que, direta ou indiretamente foram afetados socialmente não tiveram o direito de se cadastrarem à época própria, em função de não fazerem formalmente parte do TTAC. Agora, eis questão, o STJ, reconheceu seus direitos como impactados, mas ainda não como cadastrados. Um primeiro passo foi dado, na medida em que autorizou a contratação de assessoria técnico adequadas para estas comunidades até então excluídas.

Um *compliance* incompetente

Fraudes existiram, mas foram residuais e amadoras, deveriam ter sido debeladas por um sistema acurado de verificação. A incompetência da Renova na verificação gerou frustração e cizânia. Sob alegação de fraudes, a Fundação limitou os efeitos da sentença com exigências documentais descabidas.

A métrica era de desconfiança e presunção de má-fé. O principal fator de sabotagem foi a incompetência no cadastramento. O direito ao devido cadastro legal e a atualização dos danos durante o desenrolar do desastre ambiental é ponto crucial em reparações coletivas. Uma simples informação não compreendida em 2015, possibilitou que membros da mesma família alcançassem ou não indenizações expressivas, impedindo o acesso à direitos por meio de restrições desproporcionais.

É importante considerar, ao lidar com desastres de larga escala, que o nível sociocultural dos atingidos contribui em maior ou em menor medida na capacidade de acessar informações e de justicializar seu direito. No contexto do desastre do caso mariana, determinar como fotografia exclusiva dos danos, um cadastro precoce e prematuro realizado em 2015 por desavisados, é aceitar que uma reparação integral não é possível em casos como esse, uma posição inaceitável diante de violações de direitos fundamentais.

Em casos como esse, onde os danos são percebidos com o tempo e as informações apuradas a partir dos desafios cotidianos, as atualizações cadastrais devem ser uma garantia dos atingidos de que seus danos serão reparados integralmente. Ademais, o modelo indenizatório não pode pressupor má-fé e a fraude como regra nas alegações, pelo ao contrário, ao garantir apoio jurídico e especializado, as alegações das vítimas devem ter presunção relativas, somente capazes de serem invalidadas se comprovado sua contrariedade com base em fatos e não em um cadastro prematuro.

Impedir o acesso à meios de reparação ou aos seus tipos de inden-

zação por incapacidade de manter atualizado a realidade percebida pelos atingidos e os efeitos da contaminação em suas vidas, é violar o direito de acesso à justiça e a tutela integral dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Brasileira, prática que deve ser corrigida mesmo sob a pretensa tentativa da “justiça do possível” como pretendido pelo juízo criador deste sistema.

Outras inovações conceituais do sistema Novel

A sentença considerou como atingidos o núcleo familiar, permitindo que cada membro reclamasse seus direitos. Assim, todos os componentes da família maiores de 16 anos - não somente o eventual titular da propriedade rural ou responsável pela atividade econômica, mas também esposas, filhos, enteados, avós e netos, que pudessem, cada um por si, reclamarem seus direitos.

O machismo procedimental

Neste particular a incompetência e o despreparo do *compliance* da Fundação Renova restaram evidente, uma vez que foram incapazes de lidar com o conceito de família assumido na sentença.

Na análise processual de quem poderia pleitear suas indenizações o machismo foi desconsiderado, pelo contrário os foram instruídos de maneira a ignorar totalmente o conceito legal de família adotado, as análises eram puramente positivistas, no sentido de que, se o pleito não correspondia exatamente à matriz de análise oferecida, era recusada.

O exemplo disso é que dentre os requerimentos negados a grande maioria se deu em função da impossibilidade de a requerente mulher juntar comprovante de residência em seu nome. Afinal, na sociedade patriarcal e machista brasileira os comprovantes de residência quase sempre ficam em nome do homem. Ressalte-se que essa afirmação não é uma opinião pessoal, mas uma constatação reconhecida pioneiramente por sentença.

Outro exemplo do despreparo do *compliance* da Renova ficou evidente quando o juiz, na sentença, admite a possibilidade, em tese, da, autodeclaração como documento probatório do direito. Ora, autodeclaração possibilita seu autor, de afirmar aquilo que não pode demonstrar, sob as iras do código penal. Isso significa que dizer-se ribeirinho, pescador, indígena, quilombola goza uma presunção de validade, que deverá ser descaracterizada à contrário senso. Também aqui, as mesmas observações já feitas quanto ao modo positivista de interpretar o conceito, produziu enormes estragos, na medida em que, para uniões estáveis e conviventes tinham que demonstrar documentalmente essa condição, não se admitindo a autodeclaração ao arrepio do determinado na sentença.

A ancestralidade

Conforme o sistema foi executado, novos desafios se apresentaram, notadamente no que diz respeito aos distritos mineiros do alto rio doce. Afinal, por lá, a lama transbordou a calha do rio. Em alguns distritos, ela efetivamente invadiu casas e ruas; e, em outros, simplesmente passou ao largo.

Como já referido, as comissões de atingidos organizadas em cada distrito, após formalmente constituídas, requeriam ao Juiz da causa, que lhes fosse possibilitado os mesmos direitos deferidos no sistema novel aos moradores de Baixo Guandu.

Assim foi, até a sentença prolatada em favor da comissão de atingidos do município de Rio Doce, em Minas Gerais. Nela, o juiz reconheceu uma série de particularidades daquela região, aceitando a inclusão de algumas categorias alijadas do processo até então, como: os garimpeiros, os donos de bares, os donos de pousadas, os feirantes; além disso, pequenos comércios, fábricas artesanais de queijos, doces e cachaças; e, por fim, categorias que se estabelecem por meio do turismo, como artesanato, música e passeios.

Uma nota deve ser feita especialmente no que diz respeito ao garimpo, pois se relaciona com todos os atos referidos até aqui, e não passou despercebido pelo juiz prolator da sentença.

Garimpa-se no alto rio Doce e seus afluentes, principalmente no rio do Carmo, desde a Invasão do Brasil por Portugal nos idos tempos imperiais. O garimpo era - e ainda é - a solução para a fome, tanto para os pobres imperiais, como para os contemporâneos.

Em que pese haver empresas de garimpo legais em escala, há também o garimpo ilegal em grande escala; entretanto há, também, aqueles que, quando desempregados, vão ao rio garimpar artesanalmente, como forma de sustento alternativo.

Como lidar com essa situação? É razoável exigir-se nova qualificação para pessoas que têm suas vidas fundadas em tamanha tradição ancestral, afinal a lama ferrosa que invadiu a zona rural ainda hoje continua lá, e não há como tirá-la, seus efeitos serão perpétuos. Isso se aplica aos pequenos trabalhadores rurais que sempre trabalharam em cima de áreas de proteção permanentes.

Como já citado, essa atividade é ancestral na região. Embora os argumentos da Fundação alegassem que a atividade garimpeira fosse ilegal, o Juiz novamente foi corajoso ao admitir que esse fator não elidia o direito dos garimpeiros de receberem seus lucros cessantes.

Ele estabeleceu, nesse caso específico, dois salários-mínimos mensais - e não apenas um - como valor arbitrado de indenização a título de lucros cessantes aos garimpeiros. Essa consideração eleva a indenização do garimpeiro ao patamar de mais de 174 mil reais, aos quais, outras atividades poderiam ser acrescidas, conforme tivesse sido descrita na entrevista do cadastro.

Essa foi e é, uma atividade que caracteriza aquela região, há quinhentos anos garimpa-se lá, tanto em pequena quanto em larga escala. Principalmente os escravos e os pobres. O que nos transporta para um dilema existencial. Já se vão 9 anos que não se pode usar o rio, e caso, a perícia algum dia atestar a impossibilidade de continuidade da atividade garimpeira lícita. Como indenizar a extinção de uma atividade humana ancestral?

Extingue-se por enquanto, com isso, a possibilidade de continuação da experiência que indenizou, conforme informa o próprio juiz, mais de 90 mil atingidos, e que remeteu para a perícia contratada, 320 mil recursos de negativas de indenização, proferidas no sistema novel. Esses números são um desafio civilizatório. Eles demonstram que a justiça pode adotar critérios mais céleres de resolução de conflitos.

As indenizações no sistema novel trouxeram um alento para os atendidos e enorme frustração para os rejeitados. No entanto, não representaram um fim do processo de indenização, já que, encontra-se sob recurso e que é imprevisível se a sua extinção será mantida; para além, o sistema todo prevê ainda o programa de indenização mediada (PIM) dentro do esquema multiportas que a tragédia impôs, que a qualquer momento pode ser potencializado.

Ainda há muito a comentar sobre o sistema, mas a exiguidade deste espaço impõe que passemos par o segundo objeto de estudo, o sistema denominado aqui como inglês.

O sistema inglês

O recente acórdão do Tribunal Superior de Justiça do Reino Unido no caso *Município de Mariana e outros v BHP Group (UK) Ltd e BHP Group Ltd [2022] EWCA Civ 951*⁸ envolve o mesmo fato - o desastre ambiental de grandes proporções ocorrido no Brasil. Em 5 de novembro de 2015, a barragem de rejeitos de Fundão, operada pela Samarco Mineração SA em Mariana, Minas Gerais, se rompeu, causando o vazamento de cerca de 40 milhões de metros cúbicos de lama tóxica no rio Doce.

A avalanche de rejeitos percorreu mais de 600 km, atingindo o oceano Atlântico 17 dias depois. Considerado o pior desastre ambiental da história do Brasil, o incidente causou 19 mortes, desalojou milhares de pessoas e contaminou a bacia hidrográfica do rio Doce, afetando dramaticamente a vida de mais de milhões de pessoas.

Atualmente, cerca de 700.000 indivíduos, 46 municípios, 7 empresas de serviços públicos, quase 2.000, empresas, 69 instituições religiosas, 12, comunidades quilombolas e membros das comunidades Krenak, Pataxó, Tupi-

8 Município de Mariana and others v BHP Group (UK) Ltd (formerly BHP Group PLC) and BHP Group Ltd [2022] EWCA Civ 951 (08 July 2022) <<https://www.judiciary.uk/judgments/municipio-de-mariana-v-bhp-group>> acesso em 11 de Janeiro de 2024.

niquim e Guarani são autores na Ação Inglesa.

Embora o procedimento seja regido pelo direito processual inglês, aplica-se o direito material brasileiro, incluindo as normas de responsabilidade ambiental e civil. Nesse contexto, os municípios têm personalidade jurídica própria e ajuizaram, por direito próprio, ação civil na Inglaterra e pleiteiam indenização, por direitos próprios e em nome da coletividade, por danos materiais e morais a direitos coletivos e difusos.

A Samarco Mineração SA é uma *joint venture* entre a BHP Billiton Brasil Ltda, subsidiária da empresa anglo-australiana BHP Group Ltd, e a Vale SA. Os autores da ação no Reino Unido, que incluem o município de Mariana, empresas, instituições religiosas e milhares de indivíduos afetados, alegam que a BHP, juntamente com sua subsidiária brasileira, foi diretamente responsável pela tragédia devido a falhas de segurança, manutenção inadequada e um plano deficiente de resposta a emergências. Nesse caso, os autores argumentam que, apesar dos processos judiciais em andamento no Brasil, incluindo a “Ação Civil Pública de 155 bilhões”, ainda não receberam compensação adequada pelos danos sofridos, incluindo o sistema simplificado indenizatório (NOVEL).

Por isso, decidiram processar a BHP na Inglaterra, buscando responsabilizar a empresa-mãe pelos atos de sua subsidiária no exterior. A ação foi proposta contra a BHP Group PLC, com sede na Inglaterra, e sua coirmã australiana BHP Group Ltd, que os autores afirmam formar uma única entidade econômica sob uma estrutura de empresa de dupla listagem. A jurisdição sobre a BHP inglesa baseia-se no artigo 4º do Regulamento (UE) nº 1215/2012 (Bruxelas I Reformulado), enquanto a jurisdição sobre a BHP australiana decorre do fato de ela conduzir seus negócios a partir de escritórios no Reino Unido. O caso levanta questões complexas sobre a responsabilidade de empresas multinacionais por danos ambientais e violações de direitos humanos cometidos por suas subsidiárias no exterior, bem como sobre a aplicação das regras de jurisdição do Regulamento Bruxelas I em litígios envolvendo réus domiciliados na UE e danos ocorridos em um Estado terceiro⁹.

A Ação na Inglaterra está em julgamento desde outubro de 2024, com uma audiência de julgamento que começou em 14 de outubro de 2024 e durará 11 semanas. Uma sentença é esperada entre abril e junho de 2025. O julgamento tratará de quatro questões principais com base no direito material brasileiro: (i) a responsabilidade dos Réus pelo Desastre, (ii) a extensão das cláusulas de quitação nos acordos celebrados no Brasil, (iii) a prescrição

9 Domingos P, ‘Evaluating the Administration of Justice and Abuse of Process: A Critical Analysis of the Mariana Jurisdiction Challenge [2022] and the European System of Law for Civil and Commercial Matters for a Third State’ (2024) 7(2) Access to Justice in Eastern Europe 410-426. Last published 1 May 2024 <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-7.2-a000204>

aplicável e (iv) a legitimidade dos municípios para ajuizar ações no exterior.

Se os autores forem bem-sucedidos em provar que a BHP é responsável pelo Desastre no julgamento nesta primeira fase que se inicia em outubro de 2024, um julgamento, em uma segunda fase, ocorrerá em relação às perdas e danos dos autores (ou seja, quantificação e demais questões relacionadas aos danos propriamente ditos, como causalidade), podendo sempre haver uma composição civil entre as partes antes do pronunciamento judicial final.

Conclusões

Ao detalhar a complexidade dos meios nacionais e transfronteiriços de reparação dos direitos individuais homogêneos dos atingidos pelo desastre de Mariana, ocorrido em 2015, buscou-se apresentar os mecanismos disponíveis atualmente para essa compensação.

Ao destacar a criação do sistema Novel, um sistema simplificado de indenização, que permitiu que mais de 90 mil atingidos recebessem indenizações no Brasil, buscou-se apontar os problemas operacionais do sistema, incluindo a falta de escritórios de atendimento em todos os distritos atingidos, a delimitação geográfica inadequada dos territórios contemplados e a inflexibilidade da Fundação Renova na verificação de fraudes e atualização das reivindicações das vítimas, negando o direito a um cadastro atualizado de suas reivindicações.

Além disso, buscou-se explicitar os principais pontos em andamento sobre a ação coletiva movida por cerca de 700 mil indivíduos, municípios, empresas e comunidades tradicionais contra a BHP na Inglaterra, buscando responsabilizar a acionista majoritária da SAMARCO/SA pelos danos causados por sua subsidiária no Brasil. O caso levanta questões complexas sobre a responsabilidade de empresas multinacionais por danos ambientais e violações de direitos humanos cometidos por suas subsidiárias no exterior e aguarda desfecho por meio do julgamento sobre a responsabilidade da companhia no desastre.

Em suma, o artigo evidencia a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de reparação de danos em casos de desastres ambientais de grande escala, tanto no âmbito nacional quanto transnacional, a fim de garantir uma compensação justa e adequada aos atingidos e responsabilizar efetivamente as empresas envolvidas. Os desafios enfrentados no caso de Mariana demonstram a importância de se estabelecer sistemas eficientes, abrangentes e equitativos para lidar com as consequências de tragédias ambientais e assegurar a proteção dos direitos fundamentais das comunidades afetadas.

A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DESLOCADOS FORÇADOS HAITIANOS NO BRASIL COMO PONTO DE PARTIDA PARA O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA MIGRATÓRIA E OS REFLEXOS NA ACOLHIDA HUMANITÁRIA DOS AFEGÃOS

Giovanna Saldanha Araujo

Advogada. Mestranda em Direito Europeu e Direito Internacional pela Universidade Católica de Lisboa. Formada em Direito pela PUC-Campinas. Membro da Comissão de Direitos Humanos da e da Comissão de Direito Internacional da Ordem dos Advogados do Brasil - Campinas

Resumo:

O contexto migratório é marcado pelas imprevisibilidades de situações propulsoras e pelas variabilidades dos deslocados forçados, como é o caso das vítimas do terremoto ocorrido em 2010 no Haiti. Em que pese os instrumentos de direito internacional dos refugiados não tratem de desastres ambientais como situação propulsora para refúgio, urge necessária proteção. Com o fluxo migratório de haitianos ao Brasil a legislação migratória foi aprimorada, resultando no visto humanitário, acolhida humanitária e pela reunião familiar. A delimitação ser positivada é um avanço, porém deve ser acompanhada com políticas públicas que, ainda, se mostram insuficientes. Assim, parte-se da hipótese de que embora existente, a proteção jurídica não tem demonstrado efetividade, à medida que as políticas se direcionam ao gerenciamento da crise. Os contornos das novas diretrizes, passados mais de dez anos da criação do visto humanitário, ainda emergem análise para assegurar direitos, dessa vez aos afegãos. Tal fato é indício de que a política migratória tem se desenvolvido advinda da proteção aos haitianos. Com o propósito principal de delimitar a proteção jurídica aos deslocados forçados, desde os haitianos até os afegãos no Brasil, o presente trabalho foi desenvolvido a partir do método de pesquisa documental das normas de direito internacionais e brasileiras. Relevante a abordagem dessa problemática, pois desde a Resolução Normativa nº 97/2012 e até a Portaria Interministerial nº 42/2023, percebe-se a urgência pela efetividade material da lei e, por outro, a adaptação das normas nacionais às internacionais e às especificidades de

cada grupo.

Palavras-chave: Política migratória brasileira; Deslocados forçados haitianos; Deslocados forçados afegãos; Refúgio; Efetividade das normas.

Introdução

De certo, as calamidades ambientais desafiam as normas do direito, seja pela peculiaridade de cada caso, seja pela imprevisibilidade de circunstâncias futuras, as quais, em sua maioria, desencadeiam crises políticas, econômicas e sociais. É nesse contexto que o direito internacional dos refugiados enfrenta dificuldades quanto a normatização sobre a proteção jurídica às vítimas de terremotos, tsunamis e outros temperes naturais.

Os tratados internacionais discorrem sobre a necessária proteção à pessoa humana, vislumbram um parâmetro a ser seguido e não regras específicas. É nesse sentido que os Estados devem criar suas próprias normas de proteção específicas, tendo os tratados como elemento basilar, como ocorreu com o Brasil, ante ao fluxo de haitianos que adentraram na fronteira brasileira após o terremoto de 2010.

A falta de regulamentação específica no sistema global de proteção e no sistema interamericano de direitos humanos influencia diretamente nas legislações específicas, como é o caso Haiti-Brasil. A imprevisibilidade de uma crise migratória de pessoas saindo de seu país e emigrando para o Brasil surpreendeu o governo brasileiro que não possuía estrutura normativa e, muito menos, políticas públicas básicas para o acolhimento de imigrantes. Foi a partir desse cenário que normas em prol dos deslocados forçados foram elaboradas e as proteções jurídicas concedidas foram se emoldurando no país.

Desde 2010 o governo brasileiro vem desenvolvendo uma política migratória para delimitar de forma clara e concisa a proteção jurídica aos haitianos no Brasil. Isso porque não se inserem de forma clara em nenhuma delimitação jurídica internacional de proteção, restando, pois, um limbo legislativo.

Mostra-se relevante indagar como o contexto dos deslocados haitianos no Brasil influencia o acolhimento dos afegãos. A problemática da efetividade relacionada às políticas públicas para conceder o direito à proteção jurídica aos deslocados forçados é, ainda, inerente ao acolhimento dos migrantes e, na presente abordagem, dos afegãos. Esse impasse fica claro quando observa-se milhares de afegãos nas zonas de fronteira do Brasil, sem probabilidade de mudança, seja pela suspensão dos vistos devido à falta de abrigo, seja pela ausência de acolhimento devido.

Para tanto, no primeiro capítulo dissertaremos sobre o desenvolvimento da legislação migratória brasileira. No segundo capítulo, será abordada a

situação propulsora que leva milhares de afegãos a migrarem, bem como a política de acolhimento. Por fim, será apresentado a ingerência das políticas utilizadas para o acolhimento dos haitianos na recepção dos afegãos, demonstrando os pontos de desenvolvimento e a inércia dos órgãos de controle migratórios.

O propósito principal deste trabalho é delimitar a herança da proteção jurídica aos deslocados forçados haitianos no Brasil aos demais grupos que necessitam de recepção. Além disso, tem como objetivo a importância da efetividade da incorporação efetiva dos tratados internacionais. Tendo como acontecimento basilar a retomada Talibã ao poder do Afeganistão, o presente trabalho foi desenvolvido a partir do método de pesquisa documental das normas de direito internacionais e brasileiras.

A influência do acolhimento dos haitianos na legislação e na política migratória brasileira

Necessário um breve contexto das normativas internacionais migratórias. Neste diapasão, a Convenção de Genebra define o instituto do refúgio, por meio do estabelecimento de critérios e âmbito de aplicação. Em que pese a referida Convenção uniformizou a proteção ao instituto, novos desafios aos deslocados forçados surgiram, sendo necessária expansão da proteção de acordo com as especificidades de cada região. Foi nesse panorama que a Convenção de Cartagena ampliou o conceito do refúgio para abranger os deslocados forçados no contexto que está inserida.

O Brasil ratificou a Convenção de Genebra e o Protocolo Adicional à Convenção de 1967, tendo promulgado internamente a Convenção pelo Decreto 50.215/61. Portanto, àquela época o país somente aceitava migrantes advindos de solo europeu. Com o advento do Decreto 98.602/89, houve a desistência da limitação territorial (anteriormente estipulada pela Convenção), possibilitando aplicação irrestrita da Convenção e de seu Protocolo (RAMOS, 2011).

Perceptível que as legislações e políticas migratórias são inerentes ao contexto histórico e social do país e com o Brasil não foi diferente. Nesse sentido, o contexto da época ditatorial no Brasil também deixou registros na legislação migratória brasileira, sendo editado o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/80) com a finalidade de resguardar a soberania nacional e os interesses brasileiros por uma possível ameaça estrangeira, em detrimento do fornecimento de proteção internacional a quem dela precisava. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a referida Lei se tornou obsoleta, ocasião em que se ascendeu a tutela absoluta de direitos humanos no Brasil (ALVES, 2019, p. 10).

Pela análise do texto constitucional, percebe-se marcas da Declaração de Cartagena, no que tange ao Estado Democrático de Direito como digni-

dade da pessoa humana. Embora a Constituição não aborde de forma expressa o refúgio, o insere em seu texto, ainda que indiretamente, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), na prevalência dos direitos humanos e no princípio da igualdade (art. 5º da CF).

Com o processo de redemocratização, surgiu a Lei 9.474/97 que, frente aos preceitos constitucionais e em consonância aos tratados, estabeleceu os critérios para que aos imigrantes pudesse ser concedido o status de refugiado. Nesse sentido, no artigo 1º da Lei 9.474/97 são normatizados os motivos propulsores à concessão desse status.

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Pela leitura do artigo, percebe-se a integração da conjunção desta Lei com a da Convenção de Genebra (inciso I e II) com a definição mais abrangente da Declaração de Cartagena (inciso III), abarca-se diversos cenários imagináveis (CHIAPETTI, 2010). A referida Lei também foi a responsável pela criação do CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), órgão administrativo que delibera sobre as solicitações de reconhecimento do instituto do refúgio no Brasil, sendo de sua competência a análise do pedido e o reconhecimento da condição de refugiado.

Semelhante ao processo de refúgio, a solicitação do visto humanitário, que passaremos a discorrer mais adiante, também deve ser requerida ao CONARE, que a partir da análise, pode concedê-lo ou denegá-lo. Para a última hipótese, na Resolução Normativa no 13 do CONARE, é previsto que uma solicitação de reconhecimento da condição de refúgio que não adentra aos requisitos legais, pode ser encaminhada ao CNIg (Conselho Nacional de Imigração) para concessão de visto de permanência por razões humanitárias. Após os cinco anos de sua concessão, o visto humanitário pode ser renovado caso comprovado vínculo laboral. O CNIg foi criado pela Lei 6.815/80 com o viés de deliberar, realizar consultas e instituir normas no contexto migratório.

Foi em meio a este contexto migratório que milhares de haitianos chegaram ao Brasil buscando acolhimento devido ao terremoto ocorrido em 2010 que reforçou a crise política, econômica e social do Haiti. A decisão de

receber estes deslocados em território nacional por meio da proteção internacional, amparada em normas internacionais e no próprio direito interno, é indiscutível. Contudo, levantou-se a questão sobre qual seria o cabimento específico de proteção a ser adotado para receber esses deslocados forçados.

Inicialmente, os haitianos entraram em território brasileiro solicitando refúgio às autoridades migratórias nas cidades fronteiriças, no qual a abertura desse processo levava à emissão de uma carteira provisória de estrangeiro, com validade de um ano, prorrogável por igual período até a decisão final. Ocorre que, os pedidos de refúgios eram negados, pois a situação propulsora do deslocamento não se enquadra nas hipóteses de refúgio (FARIA; FERNANDES, 2017).

Diante desse panorama, o CNIg, em janeiro de 2012 anunciou a criação dos vistos de permanência por motivos humanitários para os haitianos (OLIVEIRA, 2017, p. 125), o que se deu pela Resolução Normativa no 97/2012 em seu artigo 1º:

Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art.16 da Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

Com o prazo de cinco anos, o visto humanitário é um visto de permanência no Brasil que possui um processo mais célere do que o refúgio (OLIVEIRA, 2017), concedido ao migrante, advindo do Haiti, solicitante de refúgio em necessidade humanitária que não atende aos requisitos estabelecidos para ser reconhecido como refugiado. Contudo, diferente do planejado pelo governo, posteriormente a criação do visto, houveram profundas instabilidades, afinal a quota de vistos emitidos pelo Consulado do Brasil em Porto Príncipe se revelaram insuficientes, pois o visto humanitário aumentou o fluxo migratório e acabou por não conter a atuação de coites (FARIA E FERNANDES, 2017).

A situação de urgência levou a redefinição da política migratória brasileira. Afinal necessitou-se de planejamento na emissão dos vistos, desenvolvimento de abrigos e que conseguissem controlar o fluxo migratório a fim de evitar migrações irregulares (FARIA E FERNANDES, 2017).

Essa redefinição da política migratória brasileira foi de suma importância para concessão de visto humanitário aos solicitantes e, consequentemente, pela questão da reunião familiar. O CONARE em 2013, na Resolução Normativa de nº 16, estabelece procedimentos para pedidos de reunião

familiar garantindo a extensão da condição de refúgio, além dos ascendentes e descendentes, aos “*demais integrantes do grupo familiar que dependam economicamente do refugiado*”.

Ante a necessidade de uma lei brasileira que disciplinasse de forma específica as migrações internacionais, foi criada a Nova Lei de Migração, que revogou o Estatuto do Estrangeiro (GUERRA, 2017). Pelo próprio nome já anuncia a “*premissa da acolhida da pessoa em mobilidade*” (CLARO, 2019, p. 43), em detrimento do termo “*estrangeiro*” utilizado no Estatuto do Estrangeiro, o que, segundo o dicionário Michaelis, significa forasteiro ou estranho.

A Lei 13.445/2017 abrange, de todo modo, o imigrante, definido como “*pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil*”; o emigrante sendo “*brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior*”; o residente fronteiriço como aquela “*pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho*”; o visitante como a “*pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional*”; por fim, o apátrida sendo a “*pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto no 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro*”.

Em seu artigo 3º e 4º, a Nova Lei de Migração também trata da garantia ao direito à reunião familiar. Afinal, o deslocamento forçado de um indivíduo pode ser agente propulsor de vários traumas ao indivíduo, como a diferença cultural e, principalmente, a separação familiar. Pois, na maioria dos casos apenas um membro da família emigra para que, após se reerguer em outro país, consiga retornar ao país que residia ou, ainda, fazer com que sua família venha a seu encontro no país de acolhida.

Um ponto essencial para o direito dos refugiados no que tange ao processo de acolhida, é a formalização de vistos temporários, de acordo com o art. 14, I, da Lei 13.445/2017, determinando a concessão aos imigrantes que adentrem ao Brasil com o intuito de permanecer por tempo determinado e que se enquadre em uma das hipóteses, não taxativas do inciso. Com o advento dessa Lei, a proteção humanitária é concedida por meio do visto temporário e há a consagração do princípio da acolhida humanitária, o qual é essencial para os procedimentos de regularização e de acolhimento migratório.

Posteriormente, outra alternativa se deu pela Portaria Interministerial nº 9 de 2018 que “*regulamenta a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados*” por dois anos, o que é comumente conhecida como Operação Acolhida. A princípio a Operação Acolhida foi criada para a regularização do crescente fluxo de venezuelanos que adentravam na fronteira brasileira em 2018,

com três pilares de atuação (acolhimento, abrigo e interiorização), porém o Poder Executivo reconheceu a possibilidade de aplicação da operação para nacionais do Haiti e apátridas residentes do país, por meio da Portaria Interministerial no 10 de 6 de abril de 2018. Assim, a Operação Acolhida foi estendida especificamente aos haitianos, a qual esclarece em seu artigo 1º os procedimentos “*em relação à tramitação dos pedidos de visto temporário e autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes na República do Haiti?*”.

Por meio desta portaria poderia ser concedido o visto temporário para acolhida humanitária com prazo de validade de 90 dias ou a autorização de residência por dois anos. Importante esclarecer que o acolhimento humanitário já era previsto com o advento da Lei 13.445/2017, contudo ganhou aspectos específicos direcionados aos deslocados forçados haitianos por meio das portarias, as quais regulamentam o art. 3º da Lei de Migração que prevê as hipóteses que ensejam a acolhida humanitária.

Inúmeras revogações ocorreram após a Portaria Interministerial no 10 de 6 de abril de 2018, seja para estender seu prazo de validade, seja para regulamentar a emissão de vistos temporários. Isso porque a instabilidade social, política e ambiental do Haiti segue vigentes, o que inerentemente proporciona a atualização da legislação, a qual deve caminhar com a atuação das redes de controle migratório.

Crise no Afeganistão e a política de acolhimento

O contexto de crise no Afeganistão já era observado, desde 2 de dezembro de 2020, como sendo de ordem generalizada pelo governo brasileiro. Foi nesse momento que o Brasil reconheceu a situação do Afeganistão como grave e de generalizada violência de direitos humanos, o que permite que os nacionais desse país tenham procedimento facilitado de reconhecimento da condição de refúgio.

Desde 15 de agosto de 2021, a situação do país sofreu proeminente declínio, marcado pela fuga do então presidente Ashraf Ghani e a marcha das forças do Talibã para a capital e, conseqüentemente, a desintegração do Governo. A crise enquadrada deu origem ao colapso da economia e dos serviços de assistências sociais no país, isto porque, como resposta à tomada de poder do grupo houve corte de assistência estrangeira e a retirada em massa de bancos privados. O relatório da Human Rights Watch de 2021 sobre a situação da crise registrou que a população carece de alimentos, mesmo com doações internacionais e auxílio humanitário, pois não há dinheiro físico, fazendo com que os bancos do país não consigam cobrir os saques feitos por organizações humanitárias.

Contextos como esse desencadeiam e acentuam o deslocamento forçado de pessoas pelas inúmeras violações generalizadas de direitos humanos,

seja pela ausência de necessidades básicas, seja pelas perseguições políticas e religiosas. A necessidade de migração tornou-se um fato para os afegãos e, muitos, encontraram no Brasil um deslocamento facilitado pela viabilidade das políticas oferecidas pelo governo brasileiro (CAMPOS, 2024). Isto porque, por meio da Portaria Interministerial nº 24 de setembro de 2021, foi concedido “*o visto temporário e autorização de residência para fins de residência de acolhida humanitária para os nacionais afegãos*”. Ao passo que essa regulamentação da política migratória significaria a recepção dos afegãos e a consequente acolhida dos afegãos, o Brasil recebeu cerca de 13.000 pedidos de vistos humanitários (ACNUR, 2024).

Como já mencionado no capítulo anterior, pedidos de vistos humanitários são realizados em autoridades consulares em cidades designadas pelo governo, como foi o caso das embaixadas de Doha, Abu Dhabi, Ancara, Teerã e Islamabad (OIM, 2022). A requisição nas embaixadas agilizaria o acolhimento de migrantes e preveniria a espera por documentação em postos de acolhimento, em comparação com o pedido de refúgio que pode levar demasiado tempo. É de se supor que assim que um migrante chegue ao Brasil, como em sua maioria não possuem local para acomodar-se, a rede pública do governo e de organizações da sociedade civil possam oferecer opções de abrigo, ainda que temporário. De 3 de setembro de 2021 a 17 de novembro de 2022, 6.302 vistos humanitários foram autorizados, de acordo com o levantamento obtido pelo Ministério das Relações Exteriores. Ocorre que, pela ausência de abrigos imediatos, os afegãos que chegavam ao Brasil ficavam acampados pelos corredores do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em São Paulo, não raras foram as notícias a respeito da situação.

Em novembro de 2022, o número de afegãos que ficavam acampados no aeroporto ultrapassou a faixa de 300 pessoas que não possuíam condições mínimas de acolhimento, seja pela falta de higiene, escassez de comida, dando causa a doenças como sarna, piolhos e gripes (DINIZ, 2023). Perceptível gravosa a situação, tanto que o governo brasileiro na falta de controle das políticas de acolhimento, vinculou a concessão do visto humanitário temporário aos afegãos à garantia de apoio e acompanhamento por organizações da sociedade civil. Essa medida foi tomada pela Portaria Interministerial nº 42, de 22 de setembro de 2023 a fim de remediar a falta de efetividade dos centros de acolhimento. Por meio desta, em seu Artigo 3º é estabelecido que a concessão do visto somente seria possível em caso de existência de capacidade de abrigamento “*por organização da sociedade civil com a qual a União tenha celebrado acordo de cooperação*”. Contudo, o Edital de Chamamento Público nº 01/2024, referente a Portaria apenas foi publicado em 03 de setembro de 2024, um ano após a suspensão dos vistos pela falta de abrigos.

Essa lacuna entre a concessão dos vistos e a capacidade de abrigamento geraram consequências cada vez mais alarmantes. Diante desse panorama, era de se esperar que a situação do Aeroporto de Guarulhos, principal en-

trada dos afegãos no Brasil, que já estava degradante, se tornasse ainda pior. *“Lençóis e cobertores transformam-se em paredes improvisadas e delimitam em linhas divisórias os espaços das famílias afegãs. Assentos de espera transformam-se em utilidade multiuso para acomodar refeições, roupas ou transformaram-se em berços de crianças. O saguão do aeroporto tornou-se um campo de refugiados”* (DINIZ, 2023).

Conclusão

Possível observar as similaridades e o desenvolvimento da política migratória desde a recepção dos deslocados forçados haitianos. Na época do agravamento da crise do Haiti, milhares de haitianos chegaram ao Brasil sem possibilidade de obter refúgio ou outro status de proteção, visto a falta de enquadramento em uma das hipóteses. Apenas após dois anos o governo brasileiro adotou a possibilidade de concessão de visto humanitário com o objetivo principal de permitir a entrada dos haitianos o que, consequentemente, evitaria a aglomeração de deslocados nas fronteiras. Comparando com a entrada dos afegãos em território brasileiro, por mais que aos afegãos fosse concedido refúgio tendo em vista a situação propulsora da migração, o visto humanitário foi adotado um mês após o ápice da crise no Afeganistão. Percebe-se que o Brasil agiu de forma rápida, ao passo que, dois anos no processo de acolhimento dos haitianos foi demasiado tempo para inúmeras pessoas ficarem em situações degradantes.

Perceptível que o desenvolvimento da política migratória está em progresso pela viabilidade da migração e a rápida resposta do governo, contudo ainda é uma política voltada ao gerenciamento de crise. Isso porque, assim como o ocorrido com a entrada dos haitianos, a concessão do visto humanitário é um ponto de partida, porém se exige medidas para o devido acolhimento. No caso do Haiti, os vistos não foram o suficiente e os deslocados continuavam a chegar na fronteira do país; no caso do Afeganistão, os vistos não possuíam quota, porém pela ausência da reflexão se existiria abrigos suficientes, os vistos foram suspensos até que novas vagas surjam em centros de acolhimento. Durante este período, os deslocados forçados que já obtiveram vistos chegam ao Brasil e se estabelecem nos aeroportos e, os deslocados que ainda não obtiveram vistos, continuam tentando sobreviver às situações degradantes no Afeganistão.

O quadro da política reativa dos deslocados forçados haitianos é novamente pintado com os afegãos. Não somente quanto ao visto humanitário e demais formas de proteção aos migrantes, mas também no que tange a questão da reunião familiar, com o sistema de vistos suspensos e a ausência de abrigos temporários, familiares são separados por tempo indeterminado.

Portanto, a delimitação jurídica é apenas um ponto de partida para a efetivação do direito fundamental de ser acolhido. Afinal, a política migratória prevista nas normas internacionais abarca, não somente, a delimitação

da proteção concedida aos imigrantes, mas também é relacionada ao efetivo acolhimento, por meio da autorização de ingresso no país acolhedor e, pelas políticas públicas eficientes em prol da inserção.

Referências

ACNUR. **Convenção Relativa dos Refugiados (1951)**. Genebra: Organização das Nações Unidas. 28 jul 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 20 abr. de 2023.

ACNUR. **Afganistão**. 2024. Disponível em: <https://www.acnur.org/br/emergencias/afganistao>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ALVES, Thiago. A (Nova) Política Migratória Brasileira: Avanços e Desafios no Contexto da Crise Humanitária Venezuelana. **Repositório Digital Institucional UFPRB**, v.9, n.01, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/cg.v9i1.72550>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. 24 mai. 2023. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto 98.602 de 19 de dezembro de 1989**. Dá nova redação ao Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961 que promulgou a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. **Diário Oficial da União**. 20 dez. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98602.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.474/97, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. 23 jul 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. **Diário Oficial da União**. 24 ago. 2001. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/1541/1/REN_CNIG_2012_97.pdf. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 10 de 6 de abril de 2018**. Dispõe sobre a concessão do visto temporário e da autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes na República do Haiti. **Diário Oficial da União**. 09 de abr. 2018. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/portarias/PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%2010,%20DE%206%20DE%20ABRIL%20DE%202018.pdf>. Acesso em: 25 de abr. 2023.

BRASIL. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Promulgada pelo Decreto n. 50.215 de 28 de janeiro de 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50215-28-janeiro-1961-389887-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Fe-

deral, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

CAMPOS, Mariana. **Nan Man**. Um olhar a partir das diferentes camadas de véu na acolhida de imigrantes e refugiados afegãos no Brasil e a dinâmica da alteridade. Tese Mestrado - Faculdade de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024.

CHIAPETTI, Thatiane. **O Direito Internacional dos Refugiados e o seu Reflexo no Ordenamento Jurídico Brasileiro na Análise da Lei nº 9.474/97 de 2010**. Tese Monografia - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

CIDH. **Declaração de Cartagena**. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional da Justiça. Brasil, 2008. Disponível em: https://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/declaracao_de_cartagena.pdf. Acessado em: 16 abr.2023

CLARO, Carolina. **Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: Avanços e Expectativas**. Boletim de Economia e Política Internacional, nº 26, p. 43-53, 2019.

CONARE. **Resolução Normativa CONARE nº 16 DE 20/09/2013**. Estabelece procedimentos e Termo de Solicitação para pedidos de reunião familiar. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4045a6317.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

DINIZ, ISABEL, et al. **“DOSSIÊ**. Contribuições Acadêmicas no Eixo Portugal - Brasil Diálogos e Intersecções. 2023.

FERNANDES, D.; FARIA, A. V. de. **O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos**. Revista Brasileira de Estudos de População, [S. l.], v. 34, n.1, p. 145 - 161, 2017. DOI: 10.20947/S0102-3098a0012. Disponível em: <https://rebepe.emnuvens.com.br/revista/article/view/1055>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GUERRA, Sidney. **A Nova Lei de Migração no Brasil Avanços e Melhorias no Campos dos Direitos Humanos**. Revista de Direito da Cidade, v. 9, nº 4, 2017, p.1717-1737.DOI: 10.12957/rdc. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937/21967>. Acesso em: 20 abr. 2023.

OIM. **Informe Migração Afegã**. 2022. Disponível em: https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/Informe_MigracaoAfega_Set-21-Out22.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024.

OLIVEIRA, C; DURÃES, M. **A Condição Jurídica dos Haitianos no Brasil: Análise da Resolução Normativa 97/2012 do Cnig. Pacífico**. Florianópolis: 2014.

RAMOS, André; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme. **60 Anos da ACNUR: Perspectivas de Futuro**. São Paulo: ACNUR, 2011.

WORLD Report 2022: Afeganistão. Events of 2021. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2022/country-chapters/380600>. Acesso em: 20 nov.2024.

A CORRELAÇÃO ENTRE A SEGREGAÇÃO E AS TRAJETÓRIAS DELITIVAS DOS ESTIGMAS DISCRIMINATÓRIOS

Flávia do Espírito Santo Batista

Advogada da União. Advocacia-Geral da União. Máster em Direito Público pela Universidad de Sevilla

Resumo:

A desigualdade social e os comportamentos criminosos estão interligados na sociedade contemporânea, especialmente nos países do hemisfério sul. A criminologia crítica destaca como as disparidades econômicas e sociais perpetuam a vulnerabilidade de grupos marginalizados, reforçando estigmas discriminatórios. A discriminação e a segregação tornam as pessoas em situações de extrema precariedade mais propensas a se envolverem em atividades delitivas, em grande parte devido à ausência de perspectivas de proteção social. Nesse contexto, a etiquetagem social e a criminalização da pobreza dificultam o acesso aos direitos básicos, como moradia, emprego e educação, tornando esses recursos inatingíveis para mulheres, pessoas negras, pardas e LGBTQIAPN+. Nesta perspectiva, a criminologia crítica argumenta que a criminalidade não é apenas um comportamento desviante, mas uma resposta a condições estruturais de opressão e exclusão. Para enfrentar essas questões, é crucial que as políticas públicas se tornem mais inclusivas, garantindo-se dignidade e oportunidades para esses grupos vulneráveis, rompendo com ciclos de exclusão e criminalização e promovendo uma sociedade mais justa e equitativa

Palavras-chave: Segregação; Estigmas; Discriminatórios; Grupos; Vulnerabilizados.

Introdução

Em razão do etiquetamento social, juntamente com a criminalização da pobreza, o aluguel de um apartamento, a inserção no mercado de trabalho e até mesmo a matrícula de um filho em uma escola privada se tornam inatingíveis para as pessoas que integram grupos vulnerabilizados, com destaque para mulheres, pretos, pardos e pessoas LGBTQIAPN+.

A raça, o gênero e outras dimensões da estratificação social não apenas influenciam a criminalização, mas também moldam a forma como a justiça é aplicada ou negada a diferentes grupos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) abordou esses temas no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, que tratou do sistema carcerário brasileiro, destacando a relação entre desigualdade social e justiça. O Ministro Luís Roberto Barroso, relator da referida ADPF, também se referiu à questão em outras decisões, como nas ADIs 4.357 e 4.425, enfatizando a necessidade de atualizações na abordagem sobre os direitos dos presos, incluindo a possibilidade de indenizações por danos morais devido à superlotação carcerária.

Esses debates ressaltam a urgência de implementação de políticas públicas inclusivas que enfrentem a desigualdade social e promovam a dignidade das populações vulneráveis, buscando romper os ciclos de exclusão e criminalização, os quais perpetuam a marginalização. A interseccionalidade se torna crucial ao examinar como fatores como classe social, orientação sexual, identidade de gênero e raça, interação e influência na experiência de indivíduos e comunidades em relação à criminalização e à aplicação da justiça.

Neste viés, a proposta de políticas públicas inclusivas não é apenas uma resposta a essas questões, é necessidade urgente que visa não apenas a redução da criminalidade, mas também a promoção da dignidade e dos direitos das populações que faceam historicamente a discriminação. Tais políticas devem ser fundamentadas em dados que consideram a complexidade das múltiplas identidades dos indivíduos afetados, verificando que a exclusão e a criminalização não são específicos isolados, mas sim parte de um ciclo contínuo de opressão que requer intervenções coordenadas e sensíveis às particularidades de cada grupo.

Além disso, é essencial que essas políticas contem com o envolvimento direto das comunidades impactadas, garantindo que suas vozes sejam ouvidas e que suas necessidades sejam atendidas de forma adequada.

Para tanto, a inclusão de perspectivas diversas na formulação de políticas públicas é essencial para garantir que as soluções sejam realmente eficazes e promovam a justiça social. A interseccionalidade, portanto, não apenas enriquece o entendimento das dinâmicas sociais, mas também orienta a criação de respostas mais justas e abrangentes, capazes de efetivamente desmantelar as estruturas de opressão que perduram em nossa sociedade.

Desigualdade e vulnerabilidade. Um olhar sobre a América Latina

A América Latina é um continente marcado por profundas desigualdades sociais, econômicas e de acesso a serviços básicos. Essa realidade contribui significativamente para a ausência de cuidado entre as populações mais vulneráveis, perpetuando-se um ciclo de pobreza e criminalidade que se au-

toalimenta. Neste contexto, é crucial compreender como essas desigualdades se manifestam e quais os impactos na vida das pessoas, especialmente entre os grupos mais marginalizados.

Em muitos países da América Latina, a exclusão social é um problema típico que afeta especialmente crianças e adolescentes de famílias de baixa renda. A falta de políticas públicas eficazes para garantir o acesso à educação, saúde e proteção social exacerba a vulnerabilidade dessas questões, deixando-as mais suscetíveis ao envolvimento com atividades delitivas. A ausência de um ambiente seguro e estruturado, aliada ao desprezo institucional, cria um terreno fértil para a criminalização da pobreza.

No mesmo norte, a violência e o crime organizado são problemas generalizados na América Latina, afetando desproporcionalmente as comunidades mais carentes. A convivência com a violência não afeta apenas a saúde mental e física dos indivíduos, mas também molda suas expectativas e oportunidades de vida. Jovens que crescem em ambientes violentos, muitas vezes sem o cuidado parental ou educativo, têm maior probabilidade de seguir trajetórias delitivas, atraídos pela promessa de acessibilidade e proteção oferecida por grupos de violências. Esta importância não é apenas uma questão de escolha individual; é, em grande parte, uma resposta a uma estrutura social que falha em proteger e garantir oportunidades.

Enfatiza-se que a realidade latino-americana é marcada por uma profunda desigualdade social, que perpetua a vulnerabilidade de grande parte da população. Uma região, uma das mais desiguais do mundo, enfrenta desafios estruturais que afetam diretamente as condições de vida de milhões de pessoas. A pobreza, a falta de acesso a serviços básicos como saúde, educação e segurança, e a concentração de riqueza nas mãos de poucos criam um ambiente onde as oportunidades são limitadas e a mobilidade social é restrita.

A penalização da precariedade (WACQUANT, 2019) como produção de realidade aborda como as condições de vulnerabilidade social e econômica são tratadas por meio de um enfoque punitivo, levando-se à marginalização de indivíduos e comunidades. Essa criminalização não apenas intensifica as dificuldades enfrentadas por essas populações, mas também perpetua um ciclo de exclusão e desamparo.

Sob a perspectiva sociológica, a análise pode incluir a forma como as estruturas sociais e econômicas contribuem para a precariedade, ao criar um ambiente onde os indivíduos são frequentemente vistos como culpados por sua situação. Já sob a perspectiva jurídica, deve-se examinar as leis e linhas de atuação estatal que sustentam essa criminalização, enquanto à perspectiva política convém investigar as implicações de tais práticas na formulação de políticas públicas para densificação dos direitos sociais.

A vulnerabilidade social, por sua vez, refere-se às condições que tornam certos grupos mais suscetíveis a crises econômicas, desastres naturais, e outras formas de adversidade. Essa vulnerabilidade é frequentemente exa-

cerbada por fatores como a falta de acesso a serviços básicos, educação, e oportunidades de trabalho, contribuindo para um ciclo de pobreza e marginalização.

Além disso, as desigualdades vivenciadas geram um ciclo de vulnerabilidade que se agrava para as mulheres pretas e para os demais grupos marginalizados. Essas situações são frequentemente expostas a riscos como violência de gênero, trabalho informal e exploração, tornando-se alvos simples em um sistema que muitas vezes ignora suas necessidades. A interseccionalidade é um conceito chave para entender essas dinâmicas, pois revela como raça, gênero e classe de interação social para criar experiências únicas de opressão e vulnerabilidade.

A falta de políticas públicas eficazes para combater esses problemas, aliada à corrupção e à ineficiência das instituições, agrava ainda mais a situação, tornando difícil a superação das barreiras sociais e econômicas. O desinteresse político e a falta de investimento em programas sociais perpetuam um ciclo vicioso de exclusão e marginalização. Como Lélia Gonzalez afirma, “*a chamada América Latina, que, na verdade, é muito mais ameríndia e amefricana do que outra coisa, apresenta-se como o melhor exemplo de racismo por denegação*” (GONZALEZ, 2020).

Essa afirmação ressalta a necessidade de um reconhecimento crítico das realidades raciais e étnicas que moldam a sociedade latino-americana. Portanto, para que haja uma transformação pública significativa, é imperativo que as políticas incluam uma perspectiva interseccional que aborde as diversas possibilidades de desigualdade e de vulnerabilidade¹. Só assim será possível romper com os ciclos de exclusão e promover uma sociedade mais justa e equitativa. A criação de programas que priorizem a educação, a saúde e a proteção social, bem como a promoção da igualdade de gênero e raça, é essencial para mudar a trajetória das populações vulneráveis e construir um futuro mais inclusivo para todos.

O encarceramento no Brasil

O encarceramento no Brasil tem se tornado um dos pontos mais críticos e debatidos nos âmbitos de direitos humanos, segurança pública, política criminal e na alocação do Estado brasileiro no cenário internacional. A situação das prisões em nosso país revela um paradoxo alarmante: por um lado, a gravidade estrutural do sistema prisional é frequentemente destacada por diversos atores do sistema de justiça criminal, que desempenham um papel vital na fiscalização da execução penal.

A realidade carcerária brasileira é marcada por condições desumanas

1 Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a pesquisa ao *site* <https://mulheres-paz.org.br/site/wp-content/uploads/2021/06/feminismo-afro-latino-americano.pdf>, Acesso em 28 de novembro de 2024.

e pela violação sistemática dos direitos humanos, um fato que não é apenas uma abstração teórica. O próprio Poder Judiciário tem reiterado que o Brasil vive um estado de coisas inconstitucional, *ex vi* o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao seu sistema prisional.

Essa afirmação ressalta a gravidade da situação em exame, indicando que as violações são tão profundas e generalizadas que configuram um verdadeiro estado de exceção, onde os direitos dos detentos são amplamente desconsiderados. A superlotação, a falta de assistência médica adequada, a escassez de alimentos e a ausência de programas de reabilitação são apenas algumas das questões que ilustram a gravidade do problema.

Nos últimos anos, a atuação da Sociedade Civil, envolvida no debate em voga, tem se concentrado, acertadamente, em dar visibilidade a essa crise vivenciada, ao questionar as estruturas de poder e as narrativas que perpetuam esse cenário. O foco tem sido não apenas expor as falhas do sistema, mas também desafiar as explicações que são frequentemente consideradas imutáveis. Além disso, é fundamental que propostas concretas sejam elaboradas para enfrentar a questão carcerária, buscando alternativas que promovam a dignidade e o respeito aos direitos humanos. A promoção de políticas que priorizem a reabilitação em vez da punição, juntamente com a criação de programas de educação e capacitação profissional para os detentos, são passos essenciais para transformar o sistema prisional em um espaço de recuperação e reintegração social.

Outro aspecto crucial que emerge dessa discussão é a desigualdade racial que permeia o sistema carcerário. A violação dos direitos das pessoas em privação de liberdade não é um fenômeno isolado e parte de um contexto mais amplo de injustiça social. A desproporção na quantidade de jovens negros encarcerados no Brasil é um reflexo claro de um sistema de justiça que opera de maneira sistematicamente racista. Segundo dados recentes, a população negra é significativamente mais propensa a ser presa em comparação com seus pares brancos, o que evidencia como a criminalização é frequentemente dirigida a grupos já marginalizados. Essa realidade evidencia como as desigualdades sociais e raciais se entrelaçam, resultando em um ciclo de marginalização e criminalização que afeta desproporcionalmente as populações mais vulneráveis.

Além disso, a questão da criminalização da pobreza é o ponto nodal das assertivas lançadas. Fatores como a falta de acesso à educação, a ausência de oportunidades de emprego e a precariedade nas condições de vida contribuem para que jovens, especialmente os de comunidades periféricas, se vejam empurrados para o crime como uma forma de sobrevivência. Portanto, é fundamental que o debate sobre a violência e a criminalidade no Brasil inclua a devida análise sobre a segregação social.

Assim, a discussão sobre a temática carcerária deve ser ampliada para

incluir o cotejo das políticas públicas e das estruturas sociais que perpetuam essas desigualdades. É imperativo que se busquem soluções que não apenas enfrentem as condições precárias do sistema prisional, mas que também abordem as raízes das desigualdades sociais e raciais que o sustentam. Isso implica a necessidade de um compromisso sério e contínuo das autoridades e da sociedade civil para construir um sistema de justiça que promova a equidade, respeite os direitos humanos e, em última instância, contribua para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Portanto, o desafio é grande, mas a urgência da situação exige ações concretas e a implementação de políticas que efetivamente promovam a reforma do sistema carcerário. Isso inclui a necessidade de investir em alternativas ao encarceramento, como medidas socioeducativas e programas de monitoramento que possam garantir a responsabilização sem a necessidade de privação de liberdade. Além disso, é crucial que haja uma mudança de paradigma na forma como a sociedade enxerga os detentos: em vez de serem vistos apenas como criminosos, devem ser entendidos como indivíduos com potencial para a reintegração social².

O estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347

As disparidades econômicas e sociais reafirmam o caminho para a perpetuação de violência contra grupos vulnerabilizados, aqui ilustrados por mulheres, pretos e pardos e pessoas LGBTQIAPN+ . A discriminação e a segregação social contribuem diretamente para que estes grupos, que se encontram ao longo de suas vidas em situações de extrema precariedade, se tornem mais suscetíveis à participação em atividades e organizações criminosas. Assim se entende o porquê do aumento significativo do número de detentos no Brasil.

Decerto, quando as condições prisionais violam sistematicamente os direitos fundamentais dos indivíduos, tais como superlotação, falta de acesso a cuidados médicos, e abuso por parte das autoridades penitenciárias, inegável é a configuração do estado de coisa inconstitucional. Neste contexto, cita-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, em 27 de maio de 2015, cujo pleito fora o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

O julgamento da ADPF 347 foi finalizado em outubro de 2023, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela criação do Plano Pena Justa. Este plano visa combater o estado de coisas inconstitucionais nas prisões

2 Para consulta sobre os relatórios gerados sob o encarceramento do Brasil, <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2024.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2024.

brasileiras e foi desenvolvido com a colaboração dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Nesta oportunidade, o STF reconheceu a violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro.

Com a conclusão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, foi concedido prazo de seis meses para que o governo federal elaborasse um plano de intervenção para resolver a situação, com diretrizes para reduzir a superlotação dos presídios, o número de presos provisórios e a permanência em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena.

A solução proposta para enfrentar os desafios do sistema prisional é dividida em três eixos temáticos, a seguir citados.

Para o *Eixo Temático 1 - Combate à Superlotação Carcerária e à Má Qualidade das Vagas* teve foco a necessidade de reduzir a superlotação e melhorar as condições das vagas no sistema prisional. Para isso, são necessárias ações que garantam a qualificação das vagas disponíveis, promovam cidadania intramuros, como educação e assistência social, e assegurem o acesso à Justiça. Além disso, é essencial abordar a questão da prisão provisória, estabelecer Centrais de Regulação de Vagas e prestar atenção a grupos específicos, como pessoas indígenas, idosas, com deficiência, estrangeiros, mulheres e LGBTQIA+. A qualificação dos profissionais que atuam nas unidades prisionais, o controle externo e a modernização da coleta de dados do sistema prisional também são aspectos cruciais.

O *Eixo Temático 2 - Controle Racional do Ingresso no Sistema Prisional* propõe o controle mais racional sobre a entrada de indivíduos no sistema prisional. Isso envolve a individualização da pena, a implantação de serviços de atendimento à pessoa custodiada e o fortalecimento da Política Nacional de Alternativas Penais. A qualificação da Política Nacional de Monitoração Eletrônica e o fortalecimento das escolas de serviços penais são igualmente relevantes, assim como a promoção da Política Nacional de Justiça Restaurativa.

Por sua vez, o *Eixo Temático 3 - Controle Racional da Saída do Sistema Prisional* visa assegurar uma saída controlada e digna para os indivíduos que deixam o sistema prisional. Isso inclui a criação de um sistema de gestão de serviços penais, ações de cidadania e políticas sociais voltadas para a reintegração. A qualificação da soltura e a mobilização de pessoas pré-egressas são fundamentais, assim como a implementação da Política Nacional de Atenção da Pessoa Egressa do Sistema Prisional (PNAPE). Além disso, a composição de equipes multidisciplinares nas unidades prisionais e a ocupação adequada das vagas devem ser priorizadas³.

3 Para cotejo das informações, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/04/resumo-adpf-7.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2024.

O encarceramento no Brasil sob a perspectiva de gênero. O aprisionamento feminino

A população carcerária feminina sempre representou uma fração reduzida do total de encarcerados. Entretanto, essa realidade tem se alterado de forma significativa, com um aumento expressivo no número de mulheres submetidas ao regime prisional, especialmente em decorrência de delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes. Muitas dessas mulheres se veem envolvidas em atividades ilícitas como um meio de garantir sua subsistência econômica, ou como resultado de sua precariedade social.

Entre os anos de 2000 e 2020, o Brasil observou um crescimento desproporcional da população carcerária feminina, ultrapassando 600%, enquanto a população masculina não apresentou uma elevação semelhante. Esse fenômeno é impulsionado por políticas penais severas, notadamente aquelas voltadas para o combate ao tráfico de drogas. Na América Latina, a situação se assemelha, com um aumento superior a 400% no encarceramento feminino no mesmo período. Tais políticas, muitas vezes, desconsideram as condições socioeconômicas que levam essas mulheres a se envolverem em práticas ilícitas, culminando em uma criminalização exacerbada de delitos de menor potencial ofensivo.

O tráfico de drogas figura como a principal causa do encarceramento feminino na região, respondendo por aproximadamente 62% das prisões de mulheres no Brasil. Essas mulheres, em sua maioria, exercem funções de baixo escalão na estrutura do tráfico, como o transporte de pequenas quantidades de substâncias entorpecentes, frequentemente sob coação ou em situações de vulnerabilidade. A criminalização desproporcional desses delitos, sem a devida consideração das condições sociais e econômicas que permeiam sua realidade, constitui um dos fatores centrais para o crescimento da população carcerária feminina⁴.

Do perfil da mulher encarcerada no Brasil

A maioria das mulheres encarceradas no Brasil e na América Latina é composta por jovens na faixa etária de 18 a 35 anos, sendo muitas delas mães e responsáveis primárias pelo cuidado de seus filhos. Estas mulheres, em geral, provêm de contextos de pobreza, apresentam baixa escolaridade e enfrentam a carência de oportunidades laborais. Esse perfil evidencia uma correlação entre vulnerabilidade social e o envolvimento em atividades ilícitas, com um número considerável de mulheres ingressando no tráfico de drogas como um meio de sobrevivência.

Portanto, é imprescindível que a análise do encarceramento feminino

4 Sobre os dados citados, Organização dos Estados Americanos, OAS, <https://www.oas.org/en/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-PO.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2024.

considere as múltiplas dimensões da desigualdade social, sob a perspectiva de gênero, visando uma abordagem que promova a justiça social e a equidade, além de refletir sobre a necessidade de reformas nas políticas penais que levem em conta as realidades sociais que permeiam a vida dessas mulheres, que são mães e filhas, sendo ainda responsáveis por toda a relação de cuidado e parentalidade.

As mulheres em cumprimento de pena restritiva de liberdade enfrentam uma confluência de fatores sociais e econômicos que as colocam em situações de vulnerabilidade. COLLINS (2022) argumenta que as opressões de classe, raça e gênero não podem ser analisadas isoladamente, pois se entrelaçam e se reforçam mutuamente. No contexto do encarceramento feminino, essa interseccionalidade se manifesta nas vidas de mulheres que, na sua maioria, pertencem a classes sociais baixas e sofrem discriminação em razão de seu gênero e raça.

O aumento do encarceramento feminino, especialmente por crimes relacionados ao tráfico de drogas, pode ser interpretado como um reflexo de políticas penais que não levam em conta as realidades sociais que levam essas mulheres a cometer tais infrações. Muitas delas se veem envolvidas no tráfico como uma estratégia de sobrevivência, motivadas por condições de pobreza e pela falta de oportunidades. Essa dinâmica, conforme Hill Collins destaca, é uma consequência de uma opressão sistêmica que não apenas criminaliza, mas também perpetua a marginalização e a exclusão social dessas mulheres.

É crucial, portanto, que as políticas públicas considerem as complexas realidades enfrentadas por essas mulheres, promovendo abordagens que busquem não apenas a punição, mas a reabilitação e a reintegração social. A compreensão das intersecções entre classe, raça e gênero é fundamental para desenvolver soluções que realmente atendam às necessidades dessas populações vulneráveis e contribuam para a transformação das estruturas sociais que perpetuam suas condições de precariedade. Cabe, assim, à criminologia crítica exercer o seu papel, para a compreensão das relações entre crime, poder e desigualdade social.

Além disso, o fato de que muitas dessas mulheres são mães e cuidadoras principais de seus filhos adiciona uma camada extra de complexidade à sua situação. O encarceramento não apenas afeta suas vidas, mas também tem um impacto profundo sobre suas famílias e comunidades. COLLINS (2022), irretocável, enfatiza a importância de entender como a opressão se desdobra em níveis individuais e coletivos, e o aumento do encarceramento feminino exemplifica essa interconexão.

Da despenalização e das medidas adequadas à reinserção social

A infraestrutura prisional não considera as responsabilidades maternas

das mulheres. Muitas estão encarceradas com seus filhos pequenos, mas não há programas adequados para o cuidado infantil ou para a reintegração familiar. Isso resulta em um ciclo de trauma tanto para as mães quanto para as crianças, que podem ser separadas em situações de vulnerabilidade.

Os direitos básicos das mulheres encarceradas são frequentemente desrespeitados, e a falta de políticas públicas direcionadas para a população carcerária feminina perpetua essa realidade. Para promover mudanças significativas, é necessário implementar reformas estruturais no sistema prisional, com foco na humanização das condições de detenção e no respeito aos direitos humanos das mulheres. Isso inclui a criação de programas que atendam às suas necessidades específicas, além de um maior investimento em saúde, educação e reabilitação.

Entre as medidas recomendadas, destaca-se a despenalização de delitos de baixa gravidade, bem como a redução da criminalização de delitos menores, especialmente aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Além disso, é importante promover alternativas ao encarceramento, como penas restritivas de direitos e programas de reabilitação.

As melhorias nas condições carcerárias são igualmente urgentes, visando garantir condições dignas nas prisões femininas. Isso inclui um foco especial na saúde reprodutiva, cuidados com os filhos e a criação de uma infraestrutura adequada. Essas mudanças não podem mais ser adiadas. Também é fundamental desenvolver programas de reintegração social que ofereçam apoio na educação, capacitação profissional e suporte psicológico, com o objetivo de reduzir a reincidência. A justiça restaurativa pode ser uma abordagem valiosa nesse contexto, pois busca restaurar o vínculo social e promover a responsabilização, oferecendo uma alternativa mais eficaz e humanizada ao sistema penal tradicional.

A Justiça Restaurativa aplicada a mulheres encarceradas busca oferecer penas mais adequadas e justas, levando em consideração as circunstâncias específicas que elas enfrentam. Essa abordagem não se limita à punição, mas foca na reparação de danos, na reintegração social e na promoção de um ambiente mais humano dentro do sistema penal.

Uma das diretrizes centrais dessa prática é a avaliação individualizada, que considera o contexto pessoal de cada mulher, incluindo fatores como histórico de violência, traumas, e condições socioeconômicas que podem ter contribuído para sua situação. Ao invés de aplicar penas uniformes, a Justiça Restaurativa propõe soluções que atendam às necessidades específicas de cada detenta. Isso pode incluir a oferta de programas de tratamento para questões de saúde mental, dependência química, e apoio psicológico.

Outra prática importante é a promoção de círculos de diálogo, onde as mulheres têm a oportunidade de se expressar, compartilhar suas experiências e ouvir as vozes das vítimas, se houver. Essa interação pode ajudar a criar um senso de responsabilidade e empatia, facilitando a reparação dos

danos causados. Além disso, a Justiça Restaurativa enfatiza a construção de redes de apoio que podem incluir familiares, comunidades e profissionais, visando a reintegração social das mulheres após a sua liberação.

Na aplicação da Justiça Restaurativa, também é fundamental garantir que as mulheres tenham acesso à educação e capacitação profissional dentro das prisões, o que pode contribuir para sua autonomia e reduzir a probabilidade de reincidência. A abordagem restaurativa busca não apenas tratar as condutas delitivas, mas também as causas subjacentes que levaram as mulheres a situações de conflito com a lei, promovendo uma justiça mais equitativa e eficaz.

Conclusão

A análise dos fatores de estratificação social, como raça, gênero e classe socioeconômica, revela um impacto significativo na criminalização e na (ina) aplicação da justiça, especialmente em relação aos grupos vulnerabilizados. A criminologia crítica se destaca como uma abordagem fundamental para promover reformas no sistema de justiça penal, pois desafia as desigualdades estruturais que permeiam a sociedade e questiona o papel das instituições sociais na perpetuação dessas desigualdades.

Nesse contexto, é crucial entender que a criminalização não ocorre de maneira uniforme; ela é profundamente influenciada por condições sociais e econômicas. Os indivíduos pertencentes a grupos marginalizados, frequentemente, enfrentam uma maior exposição a práticas de criminalização, enquanto suas vozes e realidades são sistematicamente silenciadas.

É inegável o controle social perverso perpetrado pelo por todos e também pelo Estado (BATISTA, 2003). O acesso limitado a recursos, como educação, saúde e oportunidades de emprego, agrava essas desigualdades, levando a uma maior incidência de ações punitivas sobre esses grupos.

Além disso, a eficácia dos programas de reabilitação preventiva é uma questão central que merece atenção. Enquanto algumas iniciativas têm se mostrado promissoras na reintegração social de indivíduos anteriormente encarcerados, muitas áreas ainda carecem de recursos e infraestrutura adequados. A falta de investimento em programas de reabilitação preventiva resulta em um ciclo vicioso de reincidência, o que não só perpetua as desigualdades existentes, mas também sobrecarrega o sistema de justiça penal.

A desigualdade na aplicação da justiça é outra dimensão crítica a ser considerada. As disparidades nas sentenças, nos processos judiciais e na disponibilidade de defesa legal eficaz demonstram que a justiça muitas vezes não é cega, mas sim influenciada por fatores sociais. Isso levanta questões importantes sobre a legitimidade do sistema judicial e a necessidade de reformas que garantam um tratamento justo e equitativo para todos os indivíduos, independentemente de sua origem.

Diante dessas questões, é fundamental que políticas públicas sejam implementadas para oferecer alternativas ao encarceramento. A promoção de programas que priorizem a reabilitação e a reintegração social, bem como o investimento em educação e oportunidades de emprego para grupos vulnerabilizados, são passos essenciais para a construção de um sistema de justiça mais justo e equitativo. Assim, a conclusão é que a estratificação social não apenas impacta a criminalização, mas também a eficácia dos programas de reabilitação preventiva e a desigualdade na aplicação da justiça. Portanto, é imperativo que a sociedade e os formuladores de políticas trabalhem juntos para desafiar essas desigualdades e promover a justiça social, garantindo que todos tenham acesso a um sistema de justiça que funcione de maneira justa e equitativa.

Referências

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos simples: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. (Pensamento criminológico; v. 2).

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. ISBN 978-85-98349-73-2.

CEZIMBRA, G. S.; TERRA, R. B. M. Delinquência feminina, criminologia e política criminal: uma abordagem com perspectiva de gênero. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 1, n. 2, p. 144-163, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322598919_Delinquencia_Feminina_Criminologia_e_Politica_Criminal_Uma_Abordagem_Critica_com_Perspectiva_de_Genero. Acesso em 29 de novembro de 2024.

COLLINS, Patricia Hill. *Bem mais que ideias: a interseccionalidade como teoria social crítica*. Tradução Bruna Barros, Jess Oliveira; orelha: Elaini Cristina Gonzaga da Silva. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022. ISBN 978-65-5717-138-7. Tradução de: Intersectionality as critical social theory.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2020. Disponível em: <https://mulherespaz.org.br/site/wp-content/uploads/2021/06/feminismo-afro-latino-americano.pdf>, p. 118. Acesso em 29 de novembro de 2024.

SANTOS, Thandara (org.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopenmulheres*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. 79 p. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em 30 de novembro de 2024.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 3. ed. revista e ampliada, agosto de 2007. 4. Reimpressão, setembro de 2019.

REPRESIÓN SEXUAL EN LAS PRISIONES EN MÉXICO

Rogelio Barba Álvarez

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor investigador y Jefe del departamento de Ciencias penales de la Universidad de Guadalajara

Resumen:

La investigación busca responder a una necesidad fisiológica de las personas privadas de su libertad en México, como lo es la salud sexual, pues como estado federado, algunos estados consideran la visita íntima como beneficio, y no como derecho es decir se tienen que lograr a partir de ciertos comportamientos dentro del centro penitenciario, aunque la Ley Nacional de Ejecución Penal en su artículo 9 fracción VIII, establece el derecho a visitas íntimas para las personas que se encuentran dentro de los centros penitenciarios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 59 de la propia Ley, que señala que las visitas se limitarán en la medida necesaria para favorecer la gobernabilidad y el buen funcionamiento del Centro Penitenciario, debiendo permitirse por lo menos un tiempo mínimo de visita de cinco horas semanales y máximo de quince horas semanales. Se pretende exponer una realidad mediante el cual se pueda obtener un diagnóstico del panorama que se observa en cuanto a la salud sexual de los internos en los centros penitenciarios de Jalisco, con la finalidad de conocer cómo viven los internos su sexualidad mientras se encuentran purgando una pena. Los objetivos del trabajo de investigación, es responder a las necesidades de salud sexual y mental de los internos, y provocar un verdadero diagnóstico en todo el país para resolver este problema que al gobierno por medio de las políticas públicas no le interesan.

Palabras-clave: Represión; Sexual; Prisiones; Derechos Humanos.

El reconocimiento de la privación de la libertad, como pena, fue un gran acierto que permitió la concreción de la humanización del derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de los tiempos pasados, demandados por un pueblo ávido de distracciones bárbaras y sangrientas (Roxin, 2002). Este gran invento social tuvo su origen en la imperecedera obra de (Beccaria, 1764) en su opúsculo *dei delitti e delle pene*, quien

formuló las más duras críticas contra el cruel y deshumano sistema de justicia penal de aquella época, aplicado por la justicia inquisitiva del poder eclesiástico y civil de la monarquía absolutista; donde el sistema punitivo fungía particularmente como instrumento coercitivo sancionador incoherente con las penas establecidas y su relación con el hecho; figuras de homicidio según la categoría de autores, sujetos a diversas sanciones y jurisdicciones; las amputaciones de brazos, piernas, ojos, lengua, mutilaciones diversas, el quemar las carnes a fuego y muerte, en sus más variadas formas constituyen el espectáculo favorito de las multitudes, (Gúzman, 1983) la indefinición de los delitos, consecuente incertidumbre entre delitos, arbitrariedad del monarca y de los jueces-funcionarios en la punición, en la investigación después de la denuncia anónima, el reconocimiento de los tormentos para confesar y delatar, eran las constantes para que el reo no importando el género ni el delito cometido, por lo que podían convivir locos, enfermos, delincuentes sexuales, ancianos, niños primodelincuentes, mujeres, etc., todos apiñados entre sí terminarían en el mejor de los casos, en las lúgubres mazmorras que abundaban en la Europa del siglo XVII, sin defensa ni derechos que pudieran asistirlos, sufriendo el suplicio y espera de la muerte (Sanson, 2020).

Con el desarrollo del siglo XIX se dio un verdadero giro al sistema de prisiones con procedimientos para clasificar en zonas, medir, encauzar a los individuos y hacerlos a la vez “dóciles útiles. Vigilancia, ejercicios, maniobras, calificaciones, rangos y lugares, clasificaciones, exámenes, registros, una manera de someter a los presos, de dominar las multiplicidades humanas y de manipular fuerzas, se ha desarrollado en el curso de los años hasta nuestros días, las cárceles, hospitales psiquiátricos, en la justicia militar se incorporaron las escuelas, los colegios o los talleres; en síntesis, se impulsó la disciplina.

En el siglo XIX se reconoció, sin duda, la función de la pena privativa de libertad, pero le dio un sentido profundo y sólido la sociedad disciplinaria (meramente retribucionista) de la que seguimos pendiendo, y de la que es nuestro gran lastre.

Por ejemplo, Estados Unidos es el país con más presos en el planeta, tiene menos de 5% de la población mundial, pero casi la cuarta parte de los presos del mundo, un reflejo de un criterio ante el crimen y el castigo relativamente reciente y ahora totalmente diferente, desproporcionado e incomprensible.

Los 10 países con mayor población prisionera en el ranking mundial

Núm.	País	Total de presos
1	Estados Unidos	2'228,424
2	China	1'701,344
3	Federación Rusa	675,000
4	Brasil	548,003
5	India	385,135
6	Tailandia	307,924
7	México	242,754
8	Irán	217,851
9	Sudáfrica	157,394
10	Indonesia	154,000

Fuente: International Centre for Prison Studies. http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply

En 2023, los centros penitenciarios del Estado de México albergaron a casi 21.600 prisioneros, con una capacidad que apenas superaba los 14.900 espacios. Con ello, la entidad federativa registró la mayor tasa de sobrepoblación de cárceles con un 236,8%, es decir, 2,36 prisioneros por cada espacio. Otros estados con tasas alarmantes son Nayarit y Durango con un 144% y un 134,3% de hacinamiento respectivamente. Durante 2023, los crímenes más comunes registrados en territorio nacional fueron la violencia familiar, el robo con violencia y las lesiones dolosas (Statista Research Department, 2024).

A las personas privadas de libertad, además de restringirles este derecho cuentan con otro tipo de castigo accesorio: la limitación a la salud sexual, pues la cárcel aún se sigue considerando en la práctica como un lugar de castigo (García, 1980); basta señalar que en algunos estados de la República Mexicana se considera como beneficio y en otras como derecho; asimismo, cuando se establece como derecho la visita íntima se restringe por el comportamiento del interno (véase cuadro). El artículo 59 de la ley nacional de ejecución penal en México señala que la visita conyugal o íntima tiene como finalidad:

- [...] el que tengan la posibilidad de mantener las relaciones sexuales con su pareja, de manera sana y moral [...]
- [...] mantener las relaciones maritales del interno [...]
- [...] sostenimiento de las relaciones maritales del interno [...]
- [...] tendrá por objeto preservar las relaciones maritales del interno, así como su sana sexualidad [...]

En el mismo estudio podemos observar que las únicas posibilidades de

mantener relaciones sexuales en las prisiones de México, es cumpliendo los requisitos de relación conyugal, el reconocimiento del concubinato, o pareja estable, siempre y cuando las partes interesadas acrediten en el primer caso con certificado de matrimonio y en el segundo con constancia de concubinato expedida por el Ayuntamiento de la localidad que corresponda o por las instancias respectivas, de tal manera que coadyuve en su reinserción, con autorización del director previa aprobación del Consejo Técnico y en términos del instructivo correspondiente; a nivel federal el Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social (artículo 92) señala: que las internas sólo podrán recibir al concubinario, prohibiendo las visitas íntimas con parejas eventuales; sólo de manera excepcional en Jalisco se reconoce y se autoriza la visita íntima de una pareja “no estable”, es decir deberá comprobar una relación sentimental de por lo menos seis meses.

En este sentido, las recientes investigaciones en el derecho penitenciario (Zaragoza, 2007) han señalado que la obligada abstinencia sexual que la legislación impone al recluso puede originar graves daños a la salud, produciendo entre otros la desviación de la sexualidad normal que le conduce en muchos casos a la homosexualidad, como lo podemos advertir, que al no tener los presos contacto con mujeres, sus únicas posibilidades en el campo sexual son: la falta de apetito sexual, masturbación compulsiva o algún tipo de contacto sexual homosexual, conductas que son muy parecidas a las padecidas por las mujeres reclusas.

La abstinencia sexual no debe ser mantenida por periodos de prolongados, porque contribuye a desequilibrar y a favorecer conductas inadecuadas; los pretendidos beneficios como el endurecimiento corporal, no son tales en individuos normales, quienes al no tener las necesidades elementales sexuales satisfechas, pueden convertirse en verdaderas obsesiones; en general la castidad presenta más inconvenientes que ventajas, además de que la bondad o la maldad de las personas no tiene nada que ver con ella (Garrido, 1983); como ya lo había afirmado un gran criminólogo italiano: “el instinto sexual revive, se hace vigoroso y en algunos casos irresistible como consecuencia del reposo precedente (Tullio, 1925)

La sexualidad insatisfecha crea un clima tenso en el establecimiento penitenciario que termina por exacerbarse, siendo uno de los principales motivos que originan graves disturbios en las penitenciarías del mundo; en los últimos cinco años se han registrado 20 motines en cárceles mexicanas que han dejado un saldo de más de 300 muertos; en Brasil, como ya lo señalamos, actualmente hay 548,000 presos y hacen falta 207,000 plazas suplementarias para evitar el hacinamiento, que en lo que va del año se han cobrado tres decapitaciones en las cárceles de este país. Es ilustrativo ya que al analizar las causas de este tipo de crímenes que han llegado a horrorizar a los líderes mundiales, los especialistas señalan como posibles motivos la hipertrofia penitenciaria y el régimen cerrado que facilita la aparición de este

tipo de crímenes relacionados con la abstinencia sexual.

Violencia sexual en las prisiones

En las cárceles de varones de todo el mundo el contacto sexual entre hombres es un fenómeno habitual; la mayoría de los países no cuenta con datos oficiales acerca del predominio del abuso sexual en prisión, y pocos internos se atreven a reportar que han sido abusados. Sin embargo el Departamento de justicia de Estados Unidos (2020), señala que la mayoría de los observadores en prisiones reconocen que la falta de reportes formales no significa que las prisiones sean seguras o estén libres de la violencia sexual, al contrario, ex prisioneros, personal de prisiones y defensores de los derechos humanos alrededor del mundo coinciden en que la mayoría de las víctimas de abuso sexual en prisión todavía se abstienen de hablar acerca de sus experiencias, algunas veces por sentimientos de vergüenza, algunas veces por temor a represalias y otras veces simplemente porque ellos creen que no hay ninguna ayuda disponible para ello.

Los datos varían considerablemente; según datos de la Onusida, por ejemplo en una encuesta realizada en 1993 en Río de Janeiro Brasil) pareció indicar que 73% de los presos varones habían tenido relaciones sexuales con otros hombres en la cárcel, mientras que varias encuestas recientes llevadas a cabo en Zambia, Australia Canadá arrojan cifras que oscilan entre 6 y 12%. Las relaciones pueden ser de común acuerdo, pero pueden ser asimismo forzadas mayor o menor grado.

En 2012 el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó un reporte estimando que más de 209,400 personas fueron sexualmente abusadas en prisiones en Estados Unidos en 2008. Este estimado, basado en una extensiva y rigurosa colección de información, ha ayudado a atraer ampliamente la atención al problema en Estados Unidos.

La violación también es un hecho. En algunas cárceles la violación es un “fenómeno habitual”: a veces a modo de iniciación institucionizada, que puede adoptar la forma de violación tumultuaria; muchos reclusos se hallan en la cárcel por delitos violentos, algunos son psicológicamente inestables. En el ambiente tenso y claustrofóbico de las cárceles, con sus propias reglas, jerarquías, alianzas y enemistades entre los presos, pueden producirse con facilidad agresiones de tipo sexual entre reclusos, siendo el coito anal las más practicadas

El coito anal sin protección es un factor de alto riesgo de transmisión del VIH. El riesgo es incluso mayor sin lubricación o si el coito forzado, como en el caso de violación. En las cárceles no se dispone por regla general de preservativos. En las cárceles de mujeres en qué hay funcionarios varones también pueden darse las relaciones sexuales entre ambos sexos.

Masturbación

El análisis de este tipo de prácticas sexuales es casi inexistente en las prisiones de todo el mundo; sin embargo, Francia ha hecho un estudio muy interesante y válido para ejemplificar satisfacción sexual, pues en cárceles francesas 77% de los internos se masturba, respecto al 38% de las personas en libertad; un cierto número de presos revela que experimentan disturbios que antes no manifestaban: eyaculación precoz, eyaculación sin erección, eyaculación sin placer están entre los casos más recurrentes entre los entrevistados (Gallo, 1994).

Otros internos señalan de la imposibilidad de una eyaculación masturbándose, esto hace temer una impotencia incipiente, el fin de la virilidad, con los disturbios que aparejan este tipo de experiencias, después de un cierto periodo de reclusión los internos pueden experimentar otros disturbios como la eyaculación precoz o ausencia de eyaculación, comportamientos ante la ausencia de la única privación: la mujer real, que puede tener una dislocación de la realidad entre lo imaginario afectivo y el acto sexual.

La masturbación individual es considerada en general por los internos como un acto fisiológico higiénico; la eyaculación es un mecanismo de compensación sexual, que necesita de un arte imaginario de una realidad virtual que en el curso de los años pierde siempre más atracción por el detenido, si esto llega a ocurrir, es decir la falta de incentivos psicológicos, puede aparecer un auténtico síndrome de privación, generador de importantes cuadros neuróticos con ansiedad, somatizaciones y aumento de agresividad, liberando actitudes a veces crueles¹; ésta es la razón por la que en las cárceles, la soledad y a carencia de contacto compensa con algunos ritos de masturbación en grupo, cargados de fantasías eróticas.

Para otros la masturbación-privación puede conducir a prácticas ligadas al voyeurismo y al narcisismo en una práctica para los más solitarios, estando sólo con sí mismo se termina por ver sólo el rostro o partes del propio cuerpo.

Pero el placer robado al control de las emociones sexuales inducidas por el proceso de prisionización (Andrade, 1989), decanta en las emociones del propio cuerpo en las propias sensaciones secretas, que puede determinar en poco tiempo formas de autoflagelación o autolesiones que representan a veces la determinación al suicidio.

El derecho a la salud en el sistema penitenciario

Los derechos sexuales son fundamentales y son derechos humanos universales. Así se estableció en la declaración del 13º Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Valencia, España en 1993.

Concepto y reconocimiento de salud sexual

Para la Organización Mundial de la Salud Revisada aprobada en la Asamblea General de la WAS, el 26 de agosto de 1999, durante el 14° Congreso Mundial was de Hong Kong, República Popular China, la salud sexual es: un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos.

De esta manera podemos destacar los elementos esenciales para que una persona esté sana sexualmente:

- La integración de los elementos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual para que sean positivamente enriquecedores y que potencien en las personas la comunicación y el amor.
- En la sexualidad intervienen las emociones y/o sentimientos, el cuerpo y los conocimientos que sobre ella tengamos.
- La sexualidad no es estática, sino que es un proceso dinámico que cambia y se manifiesta de forma distinta a lo largo de nuestra vida y pasa por etapas diferentes dependiendo de nuestra edad.

El derecho a la salud encuentra reconocimiento en la Constitución de la siguiente manera: “[...] Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud [...]”

En dicha expresión vienen contenidas las situaciones subjetivas y diferenciadas, a saber: a) del derecho a la propia integridad psicofísica; b) del derecho a la prestación de la salud; c) a una alimentación sana y na y de calidad, y d) un medio ambiente saludable. Para el presente trabajo nos centraremos en los dos primeros incisos, toda vez que los últimos dos no forman parte del tema central, pues queremos analizar el problema sexual en las prisiones desde el punto de vista normativo, doctrinal y político-criminal.

La salud en cuanto a la integridad psicofísica se trata de un verdadero y propio derecho de la persona, cualificado por la Ley General de Salud como un “estado de completo bienestar físico, mental social”, y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación específicamente como un derecho fundamental del individuo primario y absoluto (Mantovani 2008), consistente en la reclamación que los terceros hacen a los poderes públicos y privados, y que éstos estén atentos a no perjudicarlos, por lo que constituye también un bien con rango inferior a la vida.

La integridad psicofísica coincide también, si no completamente, con los más amplios conceptos de “integridad personal” tutelada por el Código Penal en el sentido de la relación a la unidad de la persona en el significado global de “integridad física y psíquica funcional” y a la relación de la variabilidad de persona a persona, en el significado relativo y concreto de funcionalidad psicofísica determinado a un singular sujeto relacionado con una pluralidad de factores, edad, raza, enfermedades, sexo, etc., siendo la salud plena como un bien merecedor de tutela contra cada acto perjudicial, es decir; como derecho a gozar del propio estado de salud, de la funcionalidad psicofísica.

El derecho a la salud, en su concepto integral psicofísico ha sido objeto de creciente interés por parte de la doctrina penal más reconocida en este tema, no sólo con afirmar que ya hemos visto la naturaleza del derecho absoluto de la persona y su tutela en la confrontación de particulares y de los poderes públicos, con la consecuente posibilidad del juez ordinario de inhibir actos para disponer de mecanismos disuasorios tanto en inmuebles particulares como públicos; estamos hablando de los medios para contener los delitos contra el patrimonio, colocando campos eléctricos en la barda perimetral de las propiedades, cristales en las bardas, puertas eléctricas, perros feroces, etc., y que en otras legislaciones se les conoce como ofendícula, los cuales dañan a las personas que tratan de introducirse las propiedades causando daños a su integridad física, aun sin usar daños patrimoniales, según la Norma Oficial Mexicana 016-de la Secretaría de Salud, publicada el 21 de junio de 2000.

Sustento dogmático-normativo de la salud sexual en la prisión

Se ha señalado el lugar que ocupan las prisiones a escala mundial sobre la población penitenciaria en México; a continuación, analizaremos la parte legislativa que permite la protección de la salud en las prisiones. Para empezar, cabe señalar desde la óptica constitucionalista, que el artículo 18, pondera la salud como medio para lograr la reinserción social; existen instrumentos internacionales que respaldan este valor como imprescindible para lograr la prevención especial y general (Beccaria, 1764) y del que nuestra legislación adoptó en este mismo apartado constitucional; de esta manera, el documento Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas establece en su apartado décimo que:

[...] Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de

La ONU ha destacado la protección de la salud de las personas en prisión de la siguiente manera²:

En virtud de lo dispuesto por el legislador en este nuevo sistema acusatorio, que incide también en el sistema penitenciario, es necesario conocer las condiciones en las que el interno dentro del centro penitenciario se encuentra con relación al ámbito de la salud sexual, a efecto de cumplir con lo dispuesto en la propia Ley Nacional de Ejecución Mental, y al mismo tiempo proteger dicho derecho, pues como el propio legislador estableció, este derecho a visita íntima, debe ser informada. Así mismo, también es importante conocer qué pasa con los internos que no cuentan con el acceso a la visita íntima; si los internos se pueden considerar saludables en el ámbito sexual.

Conclusiones

La sexualidad es una parte integral de todas las personas a lo largo de su vida, tanto si son sexualmente activas como si no. Las personas experimentan la sexualidad a través de sus sensaciones físicas, emociones, pensamientos, identidad y relaciones. Sin lugar a dudas la sexualidad influye sobre nuestra salud mental y física y, puesto que la salud es un derecho fundamental, de esto se deriva que el derecho a la salud sexual también debe ser fundamental. Los derechos sexuales son derechos humanos relativos a la sexualidad, que emanan de los derechos humanos, como el derecho a la libertad, la igualdad, la privacidad, la autonomía, la integridad y la dignidad de todas las personas. Este hecho no puede ser ignorado, limitado o sujeto a “beneficios penitenciarios”, como actualmente es considerado en muchas legislaciones en México.

Esto ocasiona que la disgregación del individuo prisionero padezca el progresivo menoscabo de la insensibilidad de los cinco sentidos y que pueda avanzar rápidamente con efectos negativos.

Expresiones de sexualidad afectiva que en sí no tienen nada de normal en la vida libre, aunque de vez en vez puedan ser censuradas o condenadas por la moral dominante en prisión, pueden generar distorsiones con efectos imprevisibles sobre el futuro del detenido.

En realidad, la castidad forzada es una violencia institucional que ninguna ley ha autorizado formalmente pero que sin embargo en la práctica mexicana prevalece este sistema de castigo.

El problema de la sexualidad efectiva en prisión amerita en cambio atención porque se conflictúan el ánimo, los instintos, las sensaciones, las emociones, los sentimientos íntimamente radicales en cada hombre.

Referencias

BECCARIA Cesar, Dei delitti e delle pene, Livorno 1764.

DI TULLIO B., Spunto sulla vita e sulla patologia sessuales nelle carceri. Roma1925.

GARCÍA Andrade, J., A., La Soledad del hombre, Edersa, Madrid, 1989

ERMANNNO, Gallo, il sesso recluso: un'indagine sulle carceri francesi. Marginalità e societa. Milán: Franco Angeli, 1994

GARRIDO Guzmán, L.. Manual de ciencia penitenciaria. Madrid: Edersa, 1983.

SANSON Henri, C., Le memorie dei canefici di parigi, un secolo e mezzo di esecuzioni capitali 1688-1847, ed Ghibi, Milano, 2020 V-VI.

MANTOVANI, F. Umanità e razionalità del diritto penale. Milán: CEDAM, 2008

ZARAGOZA Huerta, J. Derecho penitenciario español. Monterrey: editorial Lazcano, 2007.

Documentos

Onusida. http://data.unaids.org/publications/irc-pub05/prisons-tu_es.pdf 1977.

Resu National Standards to Prevent, Detect, and Respond to Prison Rape, Department of Justice, 17 de mayo de 2020.

Statista Research Department, 2024.

CÔMPUTO DA PENA EM DOBRO: UMA RESPOSTA ÀS CONDIÇÕES DEGRADANTES DO CÁRCERE

Marianna Salvão Felipetto

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Professora, Advogada e Relatora na Comissão de Defesa de Direitos Humanos e na Comissão da Advocacia Criminal, ambas da OAB/PR

Resumo:

A determinação do cômputo diferenciado da pena pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, evidencia uma importante resposta às condições degradantes enfrentadas por presos em sistemas carcerários superlotados. Diante de uma ocupação de 200% da capacidade no estabelecimento prisional, a Corte estabeleceu que o tempo de pena cumprido fosse contabilizado em dobro, reconhecendo que a superlotação e as graves violações à dignidade humana exigem medidas compensatórias para além das indenizações financeiras, nomeadamente no tempo de pena. Essa abordagem destaca que o impacto da privação de liberdade em condições cruéis vai muito além de prejuízos materiais, alcançando a saúde, a integridade e a vida dos detentos. A Resolução paradigmática da Corte, ao apontar a superlotação como um problema estrutural que compromete não apenas a função ressocializadora da pena, mas também a legitimidade do Estado de Direito, abre precedentes que podem influenciar decisões internas e pressionar pelo enfrentamento do encarceramento em massa. Mais do que uma resposta a um caso específico, essa decisão representa um convite para repensar o sistema penitenciário brasileiro, onde as violações de direitos são a regra. O cômputo diferenciado surge, assim, como instrumento que reforça a responsabilidade estatal e reafirma os compromissos constitucionais e internacionais com os direitos humanos.

Palavras-chave: Cômputo diferenciado da pena; Pena em dobro; Condições degradantes do cárcere; Superlotação carcerária; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

A Lei n.º 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), estabelece as disposições gerais que regulamentam o cumprimento das penas

no Brasil. De acordo com a norma, salvo nos casos em que ocorre a remição da pena, a regra geral é que cada dia de pena previsto na sentença corresponda a um dia efetivo de privação de liberdade. Trata-se de uma diretriz objetiva, cuja clareza, em princípio, não deixaria margem para controvérsias.

No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro revela um descumprimento sistemático de normas objetivas pelo Estado. Violências às disposições mais básicas, previstas na Constituição Federal, são frequentes: presos provisórios mantidos junto a condenados, tratamentos cruéis, desrespeito à dignidade da pessoa humana, entre outras. Tais violações se tornaram tão recorrentes que, por muito tempo, passaram a ser vistas como normais, deixando de ser reconhecidas como absurdas e inconstitucionais até mesmo por setores do Judiciário.

Nesse cenário, Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), têm sido acionados para tratar de ilegalidades reiteradamente ignoradas pelas instâncias brasileiras. Essas intervenções resultam em decisões relevantes que merecem análise aprofundada.

Um exemplo significativo é o caso do Instituto Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Rio de Janeiro. A Corte Interamericana constatou inúmeras violações de direitos humanos no local e, em razão, sobretudo, da superlotação de 200% no estabelecimento, determinou que o cômputo da pena dos custodiados fosse realizado em dobro.

Essa decisão é audaciosa e merece uma análise mais detalhada, especialmente porque as violações aos direitos humanos e a superlotação são características generalizadas no sistema prisional brasileiro. Assim, a determinação da Corte IDH tem o potencial de produzir reflexos concretos em decisões judiciais em todo o país, representando uma possível ferramenta para a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

A pena e o tempo

Foi sobretudo com a revolução francesa e com o iluminismo que a pena de prisão se institucionalizou nos modos que conhecemos hoje (MELERO, 2012, p. 403). A presunção iluminista de passar a tomar as decisões de forma racional, retirando-as do corpo, do impulso e da natureza animal do homem, gerou reflexos também na forma como a sociedade via a punição: era necessário acabar com a “barbaridade” das penas corporais e tornar a pena o mais objetiva possível, combinando com o novo modelo de sociedade, “baseada na razão”.

Junto disso, o sistema de produção contava com uma aceleração crescente, sendo necessária cada vez mais mão de obra e, de preferência, com o mais baixo custo possível (CALDEIRA, 2009, p. 268).

Estavam aí, portanto, duas razões perfeitas para que o aprisionamento do tempo, com o uso da mão de obra dos delinquentes dentro do cárcere,

fosse a maneira escolhida pelo Estado como sendo a forma de punição ideal nas sociedades “modernas”.

Já de nascença, a pena privativa de liberdade veio com uma característica paradoxal: embora tenha surgido com a justificativa de abandonar a punição direta do corpo, o “novo modelo” de pena passou a centrar-se no seu aprisionamento físico, utilizando o tempo como moeda de troca para equilibrar a gravidade do crime e a punição aplicada.

A relação entre o tempo e a privação da liberdade, contudo, resulta em uma dissociação da própria experiência temporal. Essa ideia, que pode parecer abstrata ou filosófica, torna-se clara quando consideramos a percepção prática de que o tempo passa muito mais devagar para aqueles que estão privados de liberdade.

Isso ocorre porque o sistema prisional é estruturado para criar uma dependência social extrema. Privado de liberdade, o indivíduo perde quase toda autonomia sobre sua própria vida: a alimentação ocorre nos horários determinados pelo sistema; o banho de sol é permitido somente quando a administração decide; e, mesmo em casos de urgência médica, o custodiado depende da decisão de autoridades externas para ter acesso a cuidados de saúde (BENELLI, p. 34-35).

A perda da liberdade de locomoção impacta diretamente outras esferas de liberdade, afetando profundamente a capacidade do indivíduo de autodeterminação e tornando-o cada vez menos apto a tomar decisões de forma independente. Cada aspecto de sua rotina é rigidamente controlado por uma autoridade externa e, para além disso, tem-se o óbvio: a monotonia e a falta de atividades para quem está encarcerado.

Essa conjugação de fatores faz com que o tempo no cárcere corra de forma completamente diferente daquele vivido “fora das grades”. Ainda que todos vivam com alguma rigidez em termos de horários (imposta sobretudo pela estrutura do trabalho), fato é que indivíduos que gozam de liberdade são detentores de uma infinidade de possibilidades, podendo preencher seu tempo de forma muito mais subjetiva e significativa.

A Ciência contemporânea, por intermédio da Teoria da Relatividade, já se encarregou de demonstrar que o tempo é medido de maneira diferente conforme o observador (HAWKING; MLODINOW, 2005, p. 108). Alguns milênios antes disso, porém, durante a Antiguidade Grega, já existem registros de palavras que davam ao tempo conotações distintas: *chronos*, como sendo o “tempo do relógio”, aquele que é possível marcar e contar por meio de instrumentos socialmente aceitos; e *kairós*, com um aspecto qualitativo, subjetivo e imensurável do tempo, que não podia ser medido por calendários, cronômetros ou relógios (ROQUE; DUARTE, 2012).

A diferença na percepção do tempo é evidente e, sendo o tempo a moeda de troca utilizada como punição pela prática de crimes, é claro que o tempo passado em privação de liberdade será sentido de forma muito mais

intensa por aqueles que estão restritos ao ambiente do cárcere - e disso decorre a conclusão lógica de que os cinco anos previstos como pena mínima para o tráfico de drogas (*chronos*), por exemplo, fluem de forma incalculavelmente mais rápida para o legislador que estabeleceu a regra do que para o condenado que os cumpre (*kairós*).

Naturalmente, seria inviável adaptar a contagem do tempo penal à percepção subjetiva de cada indivíduo para alcançar um montante exato e “justo” de punição. A uniformização do tempo de pena é indispensável (ainda que, por vezes, os parâmetros fixados pelo legislador sejam desproporcionais ao delito praticado). Não há discordância nesse ponto. A questão crucial é reconhecer que, mesmo dentro desse montante de tempo unificado, o ritmo subjetivo da passagem do tempo é significativamente mais lento para quem está preso.

Já que não possui formas de contar o tempo de pena de acordo com a subjetividade de cada observador, o papel do Estado, diante dessa realidade, é garantir o mínimo dentro dos critérios objetivos: o cumprimento do tempo de pena em um ambiente que esteja em conformidade com a Constituição Federal, com respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF), à saúde (art. 6º) e à dignidade da pessoa humana - pilares fundamentais de qualquer sociedade que pretenda se afirmar como justa.

O estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro

Há décadas a inconstitucionalidade do sistema prisional é digerida pelos brasileiros como se fosse o arroz com feijão cotidiano: a sociedade já não se surpreende com notícias sobre superlotação carcerária, alimentos estragados sendo servidos aos presos ou rebeliões internas que resultam na perda de dezenas de vidas. Para muitos, a prisão é percebida como uma narrativa distante, quase como um filme, uma realidade restrita às telas que parece não trazer consequências tangíveis para a vida fora dos muros do cárcere.

Como resumido por informes do próprio Supremo Tribunal Federal, dentre os fatos que exemplificam o tratamento desumano dado aos presos no Brasil, estão “*celas superlotadas e imundas, falta de água e de materiais de higiene básicos, proliferação de doenças, mulheres dando à luz nas próprias penitenciárias, agressões e estupro, bem como a ausência de oportunidades de estudo e trabalho*” (STF, 2023).

Mesmo para quem lida de forma direta com o ambiente prisional (seja a trabalho, seja por questões pessoais), o assombro da realidade acaba tomando contornos de normalidade com o passar do tempo - situação incentivada até mesmo pela mídia que, ao retratar casos inaceitáveis ocorridos dentro do ambiente prisional, costuma fazê-lo como se fossem “supostas manifestações da violência natural da delinquência” (ZAFFARONI, 2020, p. 11), o que afasta qualquer possibilidade de empatia por parte da população.

Modificar tal realidade depende de um processo longo, complexo e possivelmente eterno, que não possui receita pronta e que precisará de muitas adaptações enquanto decorre. Não se trata de um processo único (tendo em vista que existem diferentes frentes que visam a modificação do sistema prisional), mas é um processo que certamente precisa de um início.

Nesse cenário, a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347), pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, em 2015, pode ser vista como um marco inicial de processo de transformação no sistema prisional brasileiro, pois foi o incidente responsável por levar o STF a se debruçar de forma prática sobre as inconstitucionalidades que vinham ocorrendo sistematicamente. A ação é importante na medida em que foi além da arguição de ilegalidades em um caso concreto, ressaltando o fato de que as ilegalidades ocorrem de forma generalizada, em todo o território nacional e há décadas.

Após 8 anos da propositura da ADPF 347, o STF concluiu seu julgamento em 04/12/2023 e reconheceu, de forma unânime, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. A Corte determinou a atuação do Poder Executivo, abrangendo a União, os estados e o Distrito Federal, e estabeleceu um prazo para a apresentação de um plano de intervenção destinado a corrigir as inconstitucionalidades no sistema prisional. As prioridades definidas incluem a redução da superlotação, do número de presos provisórios e da permanência em regimes mais severos ou por períodos superiores ao da pena (STF, 2023).

Esse plano, denominado “Pena Justa”, encontra-se atualmente em fase de elaboração e aprovação¹, o que impede, até o momento, uma análise de seus impactos práticos. Portanto, a situação atual do sistema carcerário brasileiro segue sendo reconhecidamente inconstitucional, mas agora com uma pitada de esperança: a de que o Plano Pena Justa de fato seja implementado e alcance os seus objetivos.

O caso do Instituto Plácido de Sá Carvalho, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o cômputo da pena em dobro

Em 2016, apenas 1 ano após o protocolo da ADPF 347 no STF brasileiro, um estabelecimento em específico foi levado à análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): o Instituto Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), inserido no Complexo Penitenciário de Bangu e localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro/RJ.

O estabelecimento em questão era o exemplo perfeito do extremo ao qual havia chegado a realidade prisional no Brasil: degradação absoluta,

¹ O presente artigo foi escrito em novembro de 2024, momento no qual o plano Pena Justa elaborado pela União já foi apresentado e homologado pelo STF. Falta, para além da conclusão do julgamento e homologação do plano da União, a apresentação dos planos estaduais e do Distrito Federal (PODER 360, 2024).

superlotação em níveis assustadores, ausência de assistência médica, saneamento precário, infraestrutura inadequada, violência por parte dos agentes públicos e dezenas de relatos de mortes ocorridas dentro do próprio estabelecimento.

As condições colocavam em risco iminente a saúde e a vida dos detentos, e demonstravam uma situação de vulnerabilidade inaceitável em uma sociedade que, teoricamente, se compromete a proteger os direitos fundamentais de todas as pessoas - incluindo aquelas privadas de liberdade.

Diante desse cenário, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ), em março de 2016, peticionou frente à CIDH, pleiteando a atuação da Comissão com a aplicação de medidas cautelares. Tal pedido se baseava na violação expressa, por parte das autoridades brasileiras, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e onde estão expressamente previstos o direito à dignidade humana, à saúde e à integridade física, psíquica e moral (CIDH, 1969). A superlotação, que alcançava níveis alarmantes, somada à incapacidade do Estado de prover condições minimamente dignas, justificava a necessidade de intervenção internacional.

Em julho de 2016, a CIDH acolheu o pedido e determinou o cumprimento de medidas cautelares, instando o Estado brasileiro a adotar ações imediatas para garantir condições dignas no IPPSC. Contudo, o Brasil não implementou as mudanças exigidas, o que levou a Comissão a submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) - marco importante na responsabilização do Brasil pelas violações de direitos humanos no sistema prisional.

Em 22 de novembro de 2018, a Corte IDH reconheceu as violações a direitos humanos no âmbito prisional brasileiro e determinou, entre outras medidas, que o Estado aplicasse o cômputo duplo dos dias de pena passados no IPPSC, nos seguintes termos:

“121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que imporia que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes. (...)”

124. A via institucional para arbitrar esse cômputo, levando em conta como pena o excesso antijurídico de dor ou sofrimento padecido, deverá ser escolhida pelo Estado, conforme seu direito interno, não sendo a Corte competente para indicá-la. Obviamente, nesse processo decisório, os juízes internos devem dar cumprimento ao determinado pelo STF na Súmula Vinculante No. 56 (Considerandos 110 a 114 supra). Não obstante isso, a Corte re-

corda que, conforme os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado não poderá alegar descumprimento em virtude de obstáculos de direito interno.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018a)

Essa decisão foi importante porque, dentre outros pontos, reconheceu que as condições desumanas constituíam uma violação tão severa que justificava a compensação dos indivíduos afetados não só por meio de indenização - prática que é consideravelmente mais usual, considerando as diversas violações aos direitos humanos em sistemas prisionais ao redor de todo o mundo² - mas sim no tempo da pena.

Desta forma, considerando que a superlotação no Instituto beirava os 200%, a Corte determinou que os dias passados no IPPSC fossem contados também em dobro. Tal cômputo diferenciado da pena deveria ser implementado de forma uniforme e automática para todos os presos, com exceção daqueles que cumprissem pena por crimes contra a vida ou integridade física e crimes sexuais - aos quais deveria ser anteriormente aplicada uma avaliação de boa conduta por parte de uma equipe criminológica de profissionais³.

Tendo em conta que desde 2002 (com o Decreto 4.463/2002) o Brasil reconhece formalmente a competência da Corte IDH para interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, as sentenças da Corte são, obrigatoriamente, vinculantes para o estado brasileiro e seus agentes.

Porém, ao ser instado a aplicar a decisão da Corte, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se limitou a contar a pena em dobro apenas com relação ao período de pena no IPPSC posterior à notificação formal do Governo Brasileiro quanto à Resolução da Corte.

Diante disso, a Defensoria Pública carioca ingressou com o Habeas Corpus Nº 136.961 - RJ perante o STJ (2021), e dele sobrevieram decisões históricas em termos de defesa dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, com destaque à seguinte parte do acórdão da 5ª Turma do STJ:

-
- 2 Veja-se, por exemplo, o caso *Torreggiani and Others v. Italy*, da Corte Europeia de Direitos Humanos, no qual foi determinado o pagamento de quantias entre 10.600€ e 23.500€ a cada requerente a título de danos não patrimoniais (HUDOCH, 2013).
 - 3 Vide DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO, 2018, e o n. 129 da Resolução de 2 de novembro de 2018, da Corte IDH: “Corte entende que a redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica, conforme o cômputo antes mencionado, para a população penal do IPPSC em geral, no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50%”.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível àquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

O caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho expôs à luz o que estava acontecendo no escuro dos porões brasileiros, no submundo do sistema prisional, e obrigou o Estado a dar uma resposta à situação inaceitável que vinha acontecendo há anos.

O cômputo da pena em dobro foi pessoalmente importante para os detentos e suas famílias, mas a maior das benesses da Resolução da Corte IDH e do Acórdão do STJ foi, ao final, o reconhecimento de que o descumprimento de preceitos mínimos de dignidade devem levar à compensação não só pecuniária, mas temporal. Afinal, muito embora a sociedade atual pareça frequentemente se esquecer disso, a moeda mais valiosa não é o dinheiro: é o tempo.

Desdobramentos da decisão da Corte

Poucos dias após a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Instituto Plácido de Sá Carvalho, foi publicada, em 28 de novembro de 2018, mais uma Resolução da Corte: desta vez, o tema era o Complexo do Curado, localizado no estado de Pernambuco.

Assim como no caso do IPPSC, a Corte IDH reconheceu violações a princípios fundamentais de tratados internacionais e determinou o cômputo em dobro do período de pena cumprido sob condições degradantes. Posteriormente, a situação do Complexo do Curado chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), onde, em 19 de dezembro de 2022, o ministro Edson Fachin estendeu liminarmente os efeitos do HC 208.337 a todos os presos do Complexo. Essa decisão determinou a aplicação da contagem em dobro da pena,

alinhada aos termos da Resolução da Corte Interamericana (STF, 2022).

Em uma realidade na qual está reconhecido o estado inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, as decisões da Corte IDH e do STJ sobre a situação dos presos do IPPSC e no Complexo de Curado levaram à constatação de que milhares de outros custodiados, em centenas de outros estabelecimentos prisionais, poderiam fazer jus ao cômputo diferenciado de pena por conta da situação degradante à qual estão submetidos.

Desde então, vêm sendo apresentados pedidos judiciais baseados nas Resoluções da Corte Interamericana, buscando aplicar localmente a contagem diferenciada de pena. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a juíza da 1ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre concedeu o cômputo em dobro das penas cumpridas na Cadeia Pública de Porto Alegre (CPPA), justificando que a superlotação carcerária excedia 120%, o que configurava tratamento desumano e degradante, com danos à integridade física e moral dos presos. Contudo, essa decisão foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado (TJRS) e aguarda julgamento final no STF (2023).

Além do caso do Rio Grande do Sul, pedidos semelhantes têm sido feitos em outros estados, evidenciando a necessidade de uma atuação proativa, especialmente de advogados e Defensorias Públicas. Afinal, tal cômputo diferenciado não se dará de maneira automática, sendo necessário o pedido das partes interessadas ao Judiciário local, com a comprovação do ônus exacerbado sofrido por aqueles que se encontram presos em estabelecimentos que desrespeitam os patamares mínimos de dignidade.

Não é certo que a Suprema Corte brasileira acate todos os pedidos de cômputo diferenciado, sobretudo porque já há decisões dos Ministros no sentido de que as Resoluções da Corte Interamericana sobre o IPPSC e o Curado só se aplicam a esses estabelecimentos⁴. Mesmo diante dessa incerteza, cabe às defesas realizar o pedido e trabalhar para que, em algum momento, seja reconhecido pelo STF o dever de se estender os efeitos das Resoluções da Corte IDH para todos aqueles que demonstrarem estar em situação equiparável de desrespeito à Constituição Federal e aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Considerações finais

A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca a crucial importância da integração entre o sistema internacional de proteção

4 Vide STF. HC 247432/PARANÁ. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 08/11/2024. Publicação: 12/11/2024: *“Como se vê, o paciente não está custodiado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Rio de Janeiro, nem no Complexo Penitenciário do Curado/PE, razão por que não tem razão no pedido que aqui formula. Isso porque, conforme bem pontuado pela PGR, “Ainda que as condições no sistema prisional brasileiro estejam longe do ideal, de se ver que a CIDH não fiscalizou as condições de cumprimento da pena no Presídio Federal de Catanduvas/PR.” (...) Ante o exposto, denego a ordem. (art. 192, caput, RISTF).”*

dos direitos humanos e os mecanismos nacionais responsáveis por sua defesa e implementação. Em particular, ao reconhecer a prática do cômputo em dobro do tempo de pena como uma medida compensatória para presos submetidos a condições degradantes, a Corte estabeleceu um marco significativo. Essa decisão transcende o mero caráter reparatório financeiro, demonstrando que indenizações pecuniárias, por mais justa que busquem, não conseguem reparar plenamente os danos profundos e contínuos à saúde, à integridade física, moral e mental, e, em casos extremos, à vida, que resultam da execução da pena em situações de grave violação de direitos.

A menção à necessidade do cômputo diferenciado reflete a sensibilidade da Corte às consequências diretas e indiretas da superlotação e do descaso estrutural no sistema carcerário, situando a dignidade humana no centro da análise.

Ao enfatizar a dimensão dos danos infligidos sob a égide do Estado, a Resolução vai além de casos concretos, e lança luz sobre a urgência de se reavaliar profundamente o sistema prisional brasileiro, que não poderá sentir nenhuma melhoria efetiva sem que seja enfrentado o problema estrutural da superlotação.

O cárcere superlotado não pode ser visto apenas como resultado de má gestão administrativa, mas como o núcleo de uma série de violações que comprometem até mesmo a função ressocializadora da pena. A excessiva concentração de detentos em condições degradantes não só desumaniza os apenados, mas também afeta a segurança pública e enfraquece o Estado de Direito, ao perpetuar práticas que contrariam os valores fundamentais de uma Democracia. Não à toa, a decisão da Corte IDH sublinha a necessidade urgente de políticas públicas que priorizem a redução da população carcerária, seja por meio da aplicação de penas alternativas, seja pelo enfrentamento direto do encarceramento em massa ou pela contagem em dobro do tempo de pena.

Ao tratar sobre dignidade humana durante a execução da pena, a sensação é de se estar suplicando pelo mínimo. Foi do Estado que partiu a decisão de que a pena privativa de liberdade seria a resposta dada ao crime; É o Estado quem gere o sistema carcerário; São os agentes do Estado que estabelecem a quantidade de pena, que julgam e que executam o seu cumprimento. Ao cidadão, só cabe aceitar. E ao Estado, deveria caber, no mínimo, o cumprimento das promessas feitas a nível constitucional e internacional: proteção à saúde, à integridade, à vida e à dignidade para todos, independentemente do seu *status* de liberdade.

Referências

BENELLI, Silvio José. Goffman e as instituições totais em análise. In: **A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas**. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 23-62.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral - 19ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **RHC nº 136961 / RJ (2020/0284469-3)**. Agravo Regimental. Ministério Público Estadual. Legitimidade. Ippsc (Rio De Janeiro). Resolução Corte Idh 22/11/2018. Preso Em Condições Degradantes. Cômputo Em Dobro Do Período De Privação De Liberdade. Obrigação Do Estado-Parte. Sentença Da Corte. Medida De Urgência. Eficácia Temporal. Efetividade Dos Direitos Humanos. Princípio Pro Personae. Controle De Convencionalidade. Interpretação Mais Favorável Ao Indivíduo, Em Sede De Aplicação Dos Direitos Humanos Em Âmbito Internacional (Princípio Da Fraternidade - Desdobramento). Súmula 182 Stj. Agravo Desprovido. Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Julgamento: 15.06.2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%20136961>>. Acesso em 27.11.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática do Min. Edson Fachin). **Extensão Na Medida Cautelar No Habeas Corpus 208.337/Pernambuco**. Julgamento: 19.12.2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6288828>> e <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355434931&ext=.pdf>>. Acesso em 27.11.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes). **HC 247432/PARANÁ**. Julgamento: 08/11/2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7064596>> e <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15371961960&ext=.pdf>>. Acesso em 27.11.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (despacho do Min. Edson Fachin). **Habeas Corpus 226.016/Mato Grosso Do Sul**. Data: 10.11.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6598121>> e <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362740797&ext=.pdf>>. Acesso em 27.11.2024.

CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, nº 45, p. 255 - 272.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 27.11.2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de Novembro de 2018** - Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em 27.11.2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de Novembro de 2018** - Medidas provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em 27.11.2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Corte Interamericana de DH proíbe novos presos no Plácido de Sá**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível

em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8621-CIDH-Um-dia-de-pena-devera-valer-por-dois-no-Placido-de-Sa-Carvalho?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em 27.11.2024.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **Uma nova história do tempo**. Trad. Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

HUDOCH, **Torreggiani and Others v. Italy**. Julgamento em: 08/01/2013. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-7400>>, Acesso em: 27.11.2024.

MELERO, Montserrat López. Evolución de los Sistemas Penitenciarios y de la Ejecución Penal. **Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá V**, Alcalá, 2012, p. 401-448.

PODER 360, **STF inicia julgamento de plano de melhorias no sistema prisional**. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/poder-justica/stf-inicia-julgamento-de-plano-de-melhorias-no-sistema-prisional/>>. Acesso em 27.11.2024.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. A morte de Kairós e a duração razoável do processo: por uma análise qualitativa do tempo no processo civil. In: MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; COUTO, Monica Bonetti; MATOS, Eneas de Oliveira. (Org.). **Acesso à justiça**. Florianópolis: Funjab, 2012, v. 1, p. 9-38. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=06c284d-3f757b15c>>. Acesso em 26.11.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informação à sociedade**: ADPF 347 - Violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf>. Acesso em 26.11.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro**. Brasília, 2023. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1#:~:text=Governo%20federal%20deve%20elaborar%20plano,presos%20provis%C3%B3rios%20sa%C3%BAde%20e%20higiene.&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20>>, Acesso em 27.11.2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas**: un desafío a la dogmática penal - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

PRISÕES, CIDADANIA E DIREITO À INCLUSÃO DIGITAL: NOVAS POSSIBILIDADES DE RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DAS TICs

Gabriela Gomes Costa

Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto; mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense

Resumo:

Este estudo faz uma análise crítica sobre a finalidade de prevenção especial positiva da pena de prisão e sua vinculação ao status de cidadão inerente às pessoas presas. Busca-se inserir essa temática no contexto do direito à inclusão digital e do uso das tecnologias de informação e comunicação (TICs) nas prisões. Parte-se da seguinte pergunta-problema: é possível ressignificar a finalidade ressocializadora da pena de prisão frente ao seu descrédito e à conotação negativa que ela possui? Com base em uma análise expositiva do conceito de cidadania, o estudo tem como objetivo apontar as dificuldades que o Direito Penal e as prisões apresentam na busca pela ressocialização, além de explorar alternativas para a reinserção social através do uso das TICs. Realizou-se um estudo bibliográfico sobre o conceito de cidadania, a racionalidade penal moderna e o direito à inclusão digital. Concluiu-se que a racionalidade penal moderna ainda promove a ideia de que a pena deve gerar sofrimento. No entanto, com a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento dos Estados de Direito democrático, surge a obrigação de atribuir à pena de prisão uma finalidade que preserve a humanidade do recluso. Após a análise da experiência da prisão inteligente Håmeenlinna com o uso das TICs, concluiu-se que a utilização dessas ferramentas tecnológicas pode ser benéfica no combate à dessocialização causada pelo encarceramento. Todavia, é necessário aprofundar e desenvolver o tema para pensar numa regulamentação que garanta a proteção dos direitos dos presos e o bom uso das TICs na esfera prisional.

Palavras-chave: Prisão; Cidadania; Ressocialização; Inclusão digital; Tecnologias de informação e comunicação.

Introdução

Quando se fala em cidadania e sistema prisional, deve-se perceber porque o status de cidadão não apenas engloba pessoas privadas de liberdade pela prática de um crime, como também é essencial para que a execução da pena de prisão não seja completamente desumanizada. Como nem sempre a concepção de cidadania abrangeu todos os indivíduos, além de inicialmente dizer respeito a apenas uma parcela de direitos (aqueles relacionados com a vida política do indivíduo), far-se-á uma breve exposição dos fatores que contribuíram para que hoje seja certo que qualquer pessoa é capaz de gozar do status de cidadão.

O conceito de cidadania, tal qual o conhecemos hoje, tem suas raízes nas revoluções liberais do final do século XVIII. Nesse contexto, a evolução do conceito de cidadania está fortemente ligada à consagração de direitos civis e, posteriormente, políticos, que, por sua vez, eram vistos como verdadeiras proteções que os cidadãos passavam a possuir frente às arbitrariedades do Estado, que deveria ter um governante com poderes limitados, nos ditames do constitucionalismo moderno, à época emergente, que seria a própria “*antítesis del gobierno arbitrario*” (MCILWAIN, 1991, p. 37). Para além da participação na vida política, a cidadania estava ligada à ideia de igualdade e de liberdade dos indivíduos (de ir e vir, de pensamento, religiosa etc.) (REZENDE FILHO, 2001). Aos cidadãos, portanto, deveria ser garantia a livre atuação na esfera civil, econômica e política da sociedade. Mais tarde, no século XX, os direitos sociais também passaram a se vincular ao conceito de cidadania, sendo estes, segundo Marshall, “*tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade*” (MARSHALL, 1967, p. 63-64).

No contexto dos séculos XVIII e XIX (e no começo do século XX), a cidadania não possuía caráter universal, ou seja, nem todas as pessoas eram consideradas cidadãs. Cite-se como exemplo a escravidão nos Estados Unidos, que só foi abolida com a 13ª Emenda à Constituição no ano de 1865. Além disso, vale lembrar que, tanto a Constituição norte-americana de 1787, quanto a Constituição francesa de 1791 adotaram o voto censitário, além de excluírem as mulheres do direito ao voto. A população carcerária da época tampouco era considerada para fins de cidadania, sendo, desde então, uma parte de indivíduos vulneráveis frente à omissão estatal.

O marco para a expansão dos direitos civis e políticos foi a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, na qual se estabeleceu que “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Arendt (1993), por sua vez, se referia à cidadania como o direito a ter direitos. Esse conceito de cidadania ganha caráter geral (para todas as pessoas sem distinção) tão somente com a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento dos ordena-

mentos jurídicos. Entende-se, também, que a cidadania está associada à busca pela justiça social e que deve ser vista como uma condição de igualdade de direitos civis, políticos e sociais, não podendo limitar-se à mera participação na vida política de um Estado.

Percebe-se que a cidadania é um complexo de direitos e deveres que encontram fundamento na dignidade da pessoa e que, portanto, é algo inerente ao ser humano. Ainda que alguns direitos da cidadania possam vir a ser restringidos, o indivíduo não perde o seu status de cidadão. Nesse contexto, entende-se que as pessoas privadas de liberdade pela prática de um crime, em que pese a restrição do direito à liberdade e de outros direitos decorrentes da condenação¹, ainda são titulares de uma série de outros direitos de cunho civil e social, que integram essa esfera de direitos, garantias e obrigações que é a cidadania.

Para além disso, a cidadania, no caso dos presos, deve funcionar como um verdadeiro norte para a atuação do Estado no âmbito da execução da pena, associando-se à finalidade de reinserção social da pena². A reinserção social, por sua vez, encontra uma definição na regra n.º 4 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, sendo *a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis*.

Ora, quando relacionada à reinserção social, a cidadania parece ser apresentada mais no que diz respeito aos deveres do indivíduo que volta ao convívio social (que deve levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis), do que quanto aos seus direitos enquanto cidadão (seu direito a ter direitos, como disse Arendt). Todavia, essa interpretação simplória não condiz com a ideia de cidadania como o direito a ter uma vida de um ser civilizado conforme os padrões dominantes na sociedade, nos termos da citação supra de Marshall. A cidadania impõe que a reinserção social atue nos três elementos da cidadania - civil, político e social, caso contrário a pena privativa de liberdade resumir-se-ia tão somente ao seu caráter retributivo.

Nesse ponto, surge uma questão cuja resposta parece já ter sido dada pelos estudos dos teóricos da política criminal da década de 70 do século XX (ABRAMOVAY, 2010), mas que, todavia, sempre volta a ecoar em razão da popularidade das penas privativas de liberdade: as prisões são instrumen-

1 Cita-se, como exemplo, o caso do Brasil, no qual a sua Constituição prevê, em seu art. 15, inciso III, a suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal com trânsito em julgado. Acontece que, atualmente, o conceito de cidadania não se limita ao exercício dos direitos políticos, sendo um leque mais amplo de direitos e deveres, nos termos da citação de Marshall feita anteriormente. Desse modo, ainda que haja a suspensão dos direitos políticos, entende-se que não pode perder o status de cidadão.

2 A reinserção social como finalidade da pena possui status de norma constitucional na Espanha, visto que está expressamente prevista no art. 25.2, da Constituição espanhola de 1978. Já no Brasil, a previsão da reinserção social é de caráter legal, e se encontra no art. 1º da Lei de Execução Penal brasileira.

tos capazes e adequados para cumprir com a finalidade da reinserção social?

Assim sendo, tendo como pressuposto a dignidade da pessoa humana como fundamento dos ordenamentos jurídicos democráticos dos dias de hoje, a cidadania como vetor norteador da reinserção social como finalidade da execução das penas privativas de liberdade e a necessidade de se atualizar a discussões sobre a temática de acordo com as novas tecnologias que se apresentam como um novo desafio ao Direito, vai-se propor algumas reflexões sobre a pergunta acima nas linhas que se seguem.

Prisões, racionalidade penal moderna e os obstáculos para o exercício da cidadania

Antes falar sobre a finalidade da pena e da prisão como meio “apto” a se alcançar esse objetivo, é importante tecer algumas palavras sobre como o Direito Penal se construiu como teoria a partir da modernidade e sobre os seus fundamentos. Isso porque, desde o século XVIII, o Direito Penal ganhou autonomia e se consolidou como subsistema jurídico, através da racionalidade penal moderna, construindo-se, assim, uma identidade própria para o Direito Penal.

A racionalidade penal moderna, como sistema de pensamento, surgiu em meados do século XVIII, portanto, num período no qual, como dito anteriormente, o conceito de cidadania e suas garantias não se estendiam a todos os indivíduos (PIRES, 2004). Em verdade, no período, o Direito Penal passava por uma racionalização e por uma humanização (o que não deixou de ter a sua relevância), tendo como marco a obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria. Todavia, via-se o crime como fruto do livre-arbítrio e a pena era concebida principalmente com a finalidade de retribuir o mal causado pelo delinquente, devendo a pena ser proporcional ao dano cometido, do contrário, seria uma sanção injusta (MIR PUIG, 2013). Logo, a preocupação dos teóricos da época não era a defesa do tratamento dos presos como cidadãos que deveriam voltar reintegrados à sociedade, mas em como legitimar o poder de punir estatal.

Foi nesse período e no contexto de ascensão do Estado liberal que a atual identidade do Direito Penal começou a ser construída pela racionalidade penal moderna, que, segundo Álvaro Pires (2004), é caracterizada por quatro pontos interligados: 1) o direito de punir é visto como uma obrigação de punir; 2) como parte dessa obrigação, as punições de caráter afitivo e de exclusão social são valorizadas; 3) as sentenças de prisão são vistas como “punição de excelência”; e 4) alternativas ao encarceramento são desvalorizadas.

Apesar da clara mudança das exigências jurídico-políticas para a aplicação do Direito Penal do século XVIII para a atualidade - com o advento das constituições (limitando os poderes políticos e consagrando direitos funda-

mentais), das democracias e com a consagração dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no âmbito internacional - ainda há uma certa resistência de se “atualizar” o Direito Penal, cujo sistema de pensamento (racionalidade penal moderna) obsta a superação do uso das penas afitivas, principalmente a pena privativa de liberdade (PIRES, 1999).

Acontece que a racionalidade penal moderna acabou por moldar um subsistema jurídico que dificulta que se pense outro modelo de justiça penal, a começar pela estrutura normativa telescópica da norma penal, que dá visibilidade a penas afitivas, dentre as quais a pena de prisão se destaca e assume *o lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal* (PIRES, 2004, p. 41-42), sendo (até hoje) a resposta incontestável quando se depara com a prática de um crime, já que promove a falsa impressão de que a norma de comportamento e a sanção representada pela pena afitiva devem existir, necessariamente, ligadas uma à outra.

Há, ainda, outra característica desse sistema que permanece: a associação da pena como algo negativo, devendo-se pagar com um mal (a pena de prisão) a quem anteriormente cometeu um mal com a prática do crime, praticamente uma lei do Talião “humanizada” adaptada ao Estado liberal e que perdura até hoje.

Vale mencionar que entre os séculos XVIII e XX desenvolveram-se teorias legitimadoras da pena, como as teorias absoluta e relativa, que defendem, respectivamente, que a finalidade da pena é retribuir a prática do ilícito penal e proteger a sociedade através da prevenção (geral e especial). Tem-se, ainda, a teoria eclética ou unificadora da pena, segundo a qual a pena teria uma tripla função de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial, a título de exemplo, esta foi a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, que em seu art. 59, estabeleceu que o juiz deverá aplicar a pena de modo que esta seja suficiente para fins de reprovação e prevenção do crime.

Atualmente, dois autores se destacam no que diz respeito às teorias da pena, são eles Günther Jakobs e Claus Roxin. Para Jakobs (1998), a principal finalidade da pena é a preventiva geral positiva, ou seja, a pena serve para afirmar a vigência da norma penal. Roxin, por sua vez, reconhece tanto a prevenção geral como a prevenção especial como finalidades da pena, havendo uma preponderância da prevenção geral no momento de individualização da pena caso o delito cometido seja de maior gravidade³.

Tais teorias da pena, para além de legitimar a aplicação de uma sanção penal pelo Estado, também estão diretamente ligadas ao modo de execução da pena, ditando o norte a ser seguido durante o cumprimento da sentença penal de forma individualizada (DE ESPINOSA CEBALLOS, 2019). Nesse ponto, vale citar que a teoria funcionalista de defesa do ordenamento ju-

3 Essa é a atual posição de Claus Roxin, que antes defendia uma preponderância da prevenção especial da pena, todavia, em razão de tal finalidade ter caído em descrédito, o autor acabou por atualizar seu pensamento (DE ESPINOSA CEBALLOS, 2019).

rídico de Jakobs acaba por esvaziar a finalidade ressocializadora durante a execução penal. Segundo o autor, a sanção penal deve existir como forma de garantia de vigência do Direito Penal e ser aplicada mesmo quando seja irrelevante para a proteção do bem jurídico objeto da norma. Ademais, outra crítica que se faz às teorias que defendem a prevenção geral positiva diz respeito à ausência de fundamentação empírica que lhes dê sustento (SÁNCHEZ, 2019).

O fato é que, mesmo que não haja consenso em relação à finalidade da pena e ainda que os ordenamentos jurídicos tenham incorporados institutos alternativos ao encarceramento⁴, a pena privativa de liberdade continua a ser a regra. Junto a isso, também se nota que os ordenamentos jurídicos democráticos estabelecem a reinserção social como finalidade da pena, conforme já comentado anteriormente. Assim, chama-se atenção para esse ponto que pode ser visto como um paradoxo: impõe-se que uma pena afliativa (que é a pena de prisão) seja um instrumento para fins de ressocialização do indivíduo, ou seja, um tipo de sanção que possui efeitos dessocializadores deve servir como um meio para a ressocialização.

Em vista disso, acredita-se haver duas possibilidades para a questão: a primeira é que a finalidade preventiva especial positiva da pena seria apenas um sofisma que tem como finalidade adequar formalmente os fundamentos da pena de prisão aos ditames de um Estado democrático de direito, mas que não é viável na prática. A segunda é que a busca pela reinserção social é uma obrigação que vincula o Estado, em razão da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento dos ordenamentos jurídicos, com a consequente proibição de instrumentalização dos indivíduos, de modo que a busca pela reinserção social seria um “remédio” necessário para tentar evitar (ou diminuir) os efeitos dessocializadores da prisão.

Reconhece-se que a segunda opção é a que faz mais sentido do ponto de vista dos ordenamentos jurídicos, que apontam a ressocialização como um norte a ser seguido pelo Estado, afinal, se há uma norma jurídica válida, esta norma deve ser aplicada, salvo se injusta ou se de impossível execução. Entretanto, deve-se ter em conta que a busca pela ressocialização não pode prescindir das críticas feitas ao instituto da prisão. Assim, deve existir no âmbito do Direito Penal o constante desafio de tentar encontrar novas práticas capazes de renovar a legitimação da prisão e da sua função ressocializadora, de modo a dar eficácia à norma que estabelece a finalidade preventiva especial positiva da pena. Caso contrário, ou seja, se o Estado não tiver uma atuação contínua e inovadora no sentido de superar os obstáculos para a ressocialização de presos, será certo o fracasso da prisão, como já defendia Foucault (2008) desde a década de 70 do século passado⁵.

4 Como é o caso do acordo de não persecução penal, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena, entre outros.

5 Segundo Foucault, o fracasso da prisão acompanha o seu nascimento no sentido de

Pensando nos possíveis caminhos para uma execução penal capaz de oferecer condições mínimas para o exercício da cidadania

Talvez o mais difícil quando se pensa a questão criminal e as finalidades da pena seja ter que imaginar soluções criativas e concretizáveis para um instituto cujo fracasso já foi há muitos anos anunciado: a prisão⁶. E quando se fala em “solução” no presente artigo, não se está referindo a uma solução para substituir a prisão (isso parece utópico demais para o mundo em que vivemos). O que se defende é a busca de novos meios para garantir os direitos dos presos que não foram atingidos pela condenação, de modo a tentar evitar que o egresso se torne um problema social no seu retorno à liberdade (que não volte a delinquir), visando, de alguma forma, a sua reinserção social.

Deve-se ter em conta que, especialmente em sociedades com altos índices de desigualdade social, o Direito Penal não é igual para todos, tendo em vista que a desigualdade material acaba por elevar as chances de certas pessoas serem definidas e controladas como desviantes. Além disso, o encarceramento provoca uma verdadeira estigmatização dos indivíduos a ele submetidos, o que é apontado como um fator que dificulta a reinserção social (BARATTA, 2019).

Dentro de toda essa limitação que o próprio Direito Penal e o cárcere impõem à reinserção social, mas com a ideia de que, ainda assim, os presos têm direito a ter direitos, deve-se iniciar esse caminho em busca da cidadania por questões mais básicas, como é o caso de garantir a aplicação das normas que dizem respeito à manutenção da integridade física e mental dos presos (por exemplo: prevenção à tortura; acesso à água potável; proteção à saúde e garantia de serviços médicos na prisão; alimentação adequada; celas com dimensões adequadas e com boas condições de higiene; etc.) e à garantia do exercício de direitos não suprimidos pela condenação penal (por exemplo: participação em atividades laborais, educacionais, socioculturais, religiosas e desportivas; etc.).

Para se alcançar esses direitos, todavia, tem-se como pressuposto ini-

não conseguir reprimir ou recuperar os cidadãos prontos à transgredir a lei, porém, essa consciência do fracasso da prisão vem sempre acompanhada da sua manutenção, pois “A prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições” (FOUCAULT, 2008, p. 226).

- 6 Sobre o assunto, Loïc Wacquant pondera que: “Recall that, in the mid-1970s, the three leading revisionist historians of the prison, David Rothman, Michel Foucault, and Michael Ignatieff, agreed with radical sociologists Stanley Cohen and Andrew Scull, as well as with mainstream penologists Hermann Mannheim and Norval Morris, that it was an institution in inevitable decline, destined to be replaced in the medium run by more diffuse, discrete, and diversified in instruments of social control (...) The penal debate then turned decisively toward the implications of ‘decarceration’ and implementation of community sentences”. (WACQUANT, 2009, p. 6-7).

cial que o Estado ofereça vagas suficientes para os reclusos, ou seja, parece ser inviável a concretização desses direitos mínimos quando se está diante de um quadro de superlotação carcerária. Nesse ponto, cabe diferenciar a superlotação carcerária - na qual a problemática se limita ao déficit de vagas no sistema prisional - de um problema ainda mais grave que é o hiperencarceramento⁷, já que este requer soluções mais complexas, de cunho social e de política criminal, não se limitando à necessidade de oferta de vagas. O termo hiperencarceramento é utilizado por Loïc Wacquant para se referir a casos de sistemas carcerários mais desafiadores, nos quais há uma “*seletividade extrema da penalização, de acordo com a posição de classe, o pertencimento étnico ou status cívico e o local de residência - uma seletividade que é um aspecto constitutivo (e não um atributo incidental) da política de gestão punitiva da pobreza*” (WACQUANT, 2014, p. 156).

Não se pretende aprofundar a análise da superlotação carcerária e do hiperencarceramento no presente artigo (até porque esse é um assunto que merece ser objeto de um artigo próprio, tendo em vista a complexidade que possui, sendo inviável, portanto, realizar tal tarefa no presente trabalho). O intuito aqui é tão somente apontar que esses dois fatores (superlotação e hiperencarceramento) são obstáculos à real busca pela reinserção social, já que inviabilizam a concretização dos direitos fundamentais acima elencados.

Garantido o mínimo essencial para a preservar a integridade física e mental das pessoas presas, só então se pode começar a pensar na preparação do recluso para a vida fora da prisão. Aqui, o Estado deve ser fazer presente como garantidor de direitos sociais, ou seja, prestar verdadeiros serviços públicos para a população carcerária⁸.

Acontece que, quanto à prestação de tais serviços, o Estado pode se ver diante de limites materiais para a efetivação desses direitos⁹. Em relação a esse ponto, destaca-se o fato de que, quanto mais o Estado se aproxima de um direito penal máximo, com um maior número de fatos típicos sancionados com pena privativa de liberdade, mais esse Estado se onera com a gastos gerados pelo sistema prisional necessário à execução da pena e mais complexa se torna a questão da reinserção social dentro das prisões. O princípio da individualização da execução, em que pese sua adequação ao comando de

7 David Garland (2001) utiliza o termo “encarceramento em massa” (“*mass imprisonment*”) para esse fenômeno.

8 Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues (2000, p. 165) afirma que “*a titularidade de direitos fundamentais por parte do recluso impõe ao Estado deveres de abstenção relativamente a intervenções lesivas desses direitos (nihil nocere) e deveres de prestação que permitam a sua efectiva realização, sobretudo - mas não só - no que diz respeito aos chamados direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, à educação e ao trabalho (omnia prodesse).*”

9 Em relação à essa limitação material do Estado, Sousa afirma o seguinte: “*O ótimo social de cada momento está naturalmente limitado ao economicamente possível. Podemos, pois, falar numa reserva de existências (disponibilidade). O Estado social tem por limite natural as existências disponíveis de objetos das prestações*” (SOUSA, 2019, p. 138).

respeito à dignidade do apenado, estabelece a necessidade de um tratamento personalíssimo, que acaba sendo mais custoso. Em razão disso, deve-se questionar qual o limite em relação à população carcerária é condizente com o aparato estatal oferecido para atingir tal objetivo, sob pena de ineficácia da norma jurídica que estabelece a reinserção social.

Além da prestação de serviços, nos termos da regra n.º 58, das Regras Mínimas da Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos¹⁰, deve-se também oportunizar o contato dos reclusos com o mundo exterior, o que incluiu a comunicação com familiares e amigos, seja através de meios de comunicação (correspondência, meios de telecomunicação, digitais, eletrônicos) ou através de visitas.

Nesses dois últimos pontos - prestar serviços de caráter social e oportunizar contato com o mundo exterior - é que se pensa que as novas tecnologias de comunicação e informação devem se inserir no âmbito das prisões, como novas formas de tentar “relegitimar” a finalidade especial positiva da pena, conforme se verá a seguir.

A nova experiência da *smart prison* na Finlândia: o uso de novas tecnologias em busca da reinserção social

O surgimento de novas TICs também alcançou o sistema prisional, com o uso das chamadas tecnologias inteligentes (*smart technologies*) para fins de vigilância e controle dos presos. Todavia, o que pode representar uma certa mudança de paradigmas quanto à utilização de tais tecnologias é o surgimento da *smart prison*, que teve como projeto piloto a prisão de Hämeenlinna na Finlândia, onde são usadas tecnologias digitais como ferramentas para reabilitar, educar e reintegrar as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, ao invés do foco apenas em vigilância e segurança.

De acordo com Puolakka e Van de Steene (2021), após uma revisão da literatura, constatou-se que o uso da inteligência artificial nas prisões ocorre principalmente no contexto da segurança. Recentemente, também surgiram exemplos de utilização de tecnologias inteligentes, não só por questões de segurança, mas também com foco na reinserção social dos reclusos. É o caso dos Centros Penitenciários *Quatre Camins* e *Mas d'Enric*, na Catalunha, onde um programa de realidade virtual é utilizado para reabilitar o comportamento violento de reclusos que cometeram violência doméstica. A utilização da tecnologia de realidade virtual nestes ambientes visa conscientizar os homens violentos sobre o seu papel ativo no uso da violência, aproximando-os das sensações e emoções que a vítima pode vivenciar, numa tentativa de trabalhar a empatia do ofensor (BARNES; SANCHEZ-VIVES; JOHNS-

10 “Regra 58 1. Os reclusos devem ser autorizados, sob a necessária supervisão, a comunicar periodicamente com as suas famílias e com amigos: (a) Por correspondência e utilizando, se possível, meios de telecomunicação, digitais, eletrônicos e outros; e (b) Através de visitas.”

TON, 2022).

No entanto, estes exemplos de utilização de novas tecnologias para efeitos de reinserção social dos reclusos são ainda pontuais, pelo que estes casos não se enquadram no conceito de *smart prison* que se comentará a seguir. Depois de fazer alguma pesquisa sobre este assunto, descobriu-se que os exemplos de *smart prison* que se tem hoje, nos termos aqui expostos, estão na Finlândia, dentre as quais se optou falar sobre a primeira e mais antiga experiência, que é a prisão inteligente Hämeenlinna¹¹. Enfatiza-se que esta investigação (quanto à existência de *smart prisons*) se limitou aos países membros da Euopris (*The European Organisation of Prison and Correctional Services*).

Neste ponto questiona-se: o que é uma *smart prison*? Ressalta-se, inicialmente, que há pouca literatura sobre o assunto e que não foi possível encontrar uma definição clara do que seria uma *smart prison*. Portanto, far-se-á uma breve analogia com outros institutos na tentativa de se chegar a algumas conclusões. Começa-se pela *smart city*, que, de acordo com a União Europeia, é “um local onde as redes e serviços tradicionais se tornam mais eficientes com a utilização de soluções digitais em benefício dos seus habitantes e empresas”¹². Outro conceito que se pode utilizar para se fazer a analogia aqui pretendida é o de *smart home*, que evoluiu em três fases (de 2005 a 2009, de 2010 a 2014 e de 2015 até ao presente), visando sempre uma maior eficiência em termos de sustentabilidade, bem-estar dos ocupantes e automação.

Assim, pode-se dizer que o conceito *smart* está ligado à ideia de otimizar a relação entre um espaço (seja a casa ou a cidade) e os indivíduos. E em relação às prisões? Para responder a esta questão, sugere-se que se comece a pensar na busca pela reinserção social do recluso, pois está seria a função primordial da pena privativa de liberdade. Assim, o conceito *smart* otimizaria a relação prisão e indivíduo tendo como norte a sua reinserção social. Arrisca-se a dizer que a Finlândia, ao implementar o projeto pioneiro de uma *smart prison*, utilizou este termo para associar o projeto à ideia de que uma prisão inteligente deveria ter o melhor desenvolvimento possível em termos de reintegração social, graças ao uso de tecnologias digitais para atingir esse objetivo.

A *smart prison* Hämeenlinna acomoda aproximadamente 100 reclusas e a preparação para a implementação começou em outubro de 2018, incluindo formação para funcionários e reclusas, bem como resolução de questões

11 Conforme o Serviço de prisões e liberdade condicional da Finlândia, até setembro de 2023 já haverá mais duas *smart prisons* no país: Pyhäselkä e Kymäkoski. Todavia, optou-se por falar aqui apenas da prisão inteligente Hämeenlinna, porque é a experiência mais antiga e que já se tem dados para analisar. Cf. <<https://www.rikosseuraamus.fi/en/index/topical/pressreleasesandnews/2023/smartprisonsoluti-onadoptedin-twomoreprisonsinfinland.html>> Acesso em 10 de agosto de 2023.

12 Disponível em: https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/city-initiatives/smart-cities_pt. Acesso em 10 de agosto de 2023.

burocráticas para aquisição de equipamento, proteção de dados e auditorias de segurança. O projeto teve início em novembro de 2020 (PUOLAKKA; NURMI, 2022).

Não houve alterações no projeto do edifício da prisão e para iniciar o projeto foi necessário adquirir os seguintes dispositivos: laptops, TVs, celulares, dispositivos de realidade virtual, dispositivos de treinamento de inteligência artificial. Os recursos disponíveis na prisão inteligente Håmeenlinna são: de calendários e quadros de avisos a visitas em vídeo; compras online na cantina da prisão; acesso restrito à Internet; acesso a orientações, formulários e materiais de autoajuda para reabilitação; e-books e áudio-livros; Ferramentas de escritório; e-mail da presidiária; vídeo-chamadas com a Instituição de Seguro Social e vídeo-consultas para reabilitação comportamental.

Existe também um programa de educação em inteligência artificial com três cursos *online* gratuitos em parceria com a Universidade de Helsinque (fundamentos de IA, construção de IA, ética de IA) e uma reabilitação assistida por realidade virtual (desde 2022). As presas também podem trabalhar em um treinamento de algoritmo de IA em colaboração com uma empresa de *software*.

Como se pode perceber, as TICs implementadas na prisão de Håmeenlinna estão direcionadas para serem utilizadas pelas próprias reclusas e, segundo o relatório apresentado pela agência de sanções criminais finlandesa no *ICT workshop* da Europris em 2020¹³, a aceitação dos novos recursos tecnológicos pelas detentas foi alta, com 73% das presas fazendo uso diário e 100% utilizando semanalmente.

No entanto, deve-se fazer algumas reflexões quanto à *smart prison*. O ponto de partida é óbvio: este novo conceito de prisão não deve empregar práticas que violem os direitos fundamentais das pessoas presas. A questão é que potenciais violações não acontecerão explicitamente e sim numa zona cinzenta (por exemplo, visitas reduzidas em razão da realização de videochamadas, contato limitado com outras pessoas etc.). Daí surge outra questão importante: é necessária uma lei em sentido estrito para regular o uso da TICs nas prisões ou essa implementação pode ser feita apenas em nível administrativo? Deve-se pensar que, sempre que existe a possibilidade de limitação de direitos, trata-se de reserva legal.

Outras perguntas relevantes são as seguintes: existe uma imposição de valores e um modo de vida específico para as pessoas reclusas no modelo da *smart prison*? As pessoas presas têm o direito de moldar o seu tratamento dentro da prisão, como escolher que trabalho ou estudo fazer? Este modelo traz novas possibilidades de prestação de serviços aos presidiários (como cuidados de saúde e educação), mas será que promove realmente a reintegração social? Este modelo se aplica a todos os presos (por exemplo: crime

13 Disponível em: <https://www.europris.org/events/ict-workshop-online-29-09-30-09-2020/> Acesso em 10 de agosto de 2023.

organizado e cibercrime)? Deverá a prisão também garantir a inclusão digital dos familiares dos reclusos para proteger os seus direitos? Poderá a utilização das tecnologias digitais realmente revolucionar a reintegração social dos reclusos?

Como se pode perceber, até o momento, tem-se mais questões do que respostas sobre esse novo conceito de prisão. Tais dúvidas são também objeto de uma pesquisa de doutoramento que a autora que vos escreve está a realizar atualmente.

Conclusões

Quando se fala em ressocialização de pessoas presas - independente se seja em prisões inteligentes ou não - deve-se partir de um ponto: o tratamento a ser dado às pessoas privadas de liberdade tem que, necessariamente, contar com a sua adesão voluntária ou, nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2000), com o consentimento esclarecido do recluso, sob pena da intervenção estatal desrespeitar direitos, liberdades e garantias das pessoas presas.

Dentro da lógica cada vez maior da digitalização de serviços (públicos e privados) e das relações em geral, além da inclusão digital como direito fundamental para fins do exercício da cidadania, entende-se que as pessoas presas, como cidadãs que são, também possuem o direito a serem digitalmente incluídas. Nesse contexto, o novo conceito de *smart prison* tem potencial para, pelo menos, contribuir para diminuição da dessocialização causada pelas prisões, já que são uma forma de combater as consequências nocivas da privação de liberdade, como é o caso da exclusão digital. Além disso, já há estudos que mostram a utilização de novas ferramentas digitais como um recurso positivo no que diz respeito à promoção da educação nas prisões, além de ajudarem de forma geral na reinserção social e na assistência médica dos presos (GÜERRI; MARTÍ; PEDROSA, 2021). Deve-se, todavia, analisar mais resultados para entender as consequências das TICs nas prisões, tendo em vista que essas experiências são muito recentes e necessitam da confirmação através de uma amostra mais abrangente, para que haja mais segurança na sua utilização no ambiente prisional. Entretanto, ainda não se pode dizer que as TICs são capazes de ressignificar a finalidade de ressocialização da pena de prisão, além de que devem ser vistas com cautela.

O que causa preocupação não é a ferramenta em si, mas com o uso que será feito dela, explica-se: imagine-se que tais prisões inteligentes passem a ser vistas como grandes centros fornecedores de mão de obra para o treinamento de inteligências artificiais (incentivando um maior encarceramento) ou como formas de diminuir o gasto com pessoal nas unidades prisionais de modo que essas novas tecnologias acabem por diminuir drasticamente o contato físico entre pessoas presas e terceiros (podendo ser os visitantes ou

mesmo a equipe responsável pelos serviços no presídio). Outra possibilidade é que a *smart prison* seria apenas um nome pomposo para a implementação de tecnologias que, no final das contas, servem mais para acalmar as pessoas presas e deixá-las disciplinadas do que para ajudar na sua reinserção social.

Para evitar essa instrumentalização, assim como para se afastar de qualquer violação de direitos no âmbito das prisões, o caminho a ser seguido começa pela regulamentação por parte do Estado e pela fiscalização através de agentes internos e externos (incluindo-se aí os serviços prisionais, os representantes dos reclusos, o Ministério Público, a sociedade civil organizada, entre outros). Por fim, não há dúvidas de que o fato de as pessoas privadas de liberdade serem cidadãos é o farol para guiar toda e qualquer política de ressocialização, sob pena de ferir o próprio Estado democrático de Direito.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. (2010). **O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal**. In P. V. Abramovay & V. M. Batista (Eds.), *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan.

ARENDT, Hannah. (1993). **The origins of totalitarianism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch.

BARATTA, Alessandro. (2019). **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal** (6ª ed., 6ª reimpressão). Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

BARNES, Nicolas., SANCHEZ-VIVES, Maria V., & JOHNSTON, Tania. (2022). **On the practical use of immersive virtual reality for rehabilitation of intimate partner violence perpetrators in prison**. *Frontiers in Psychology*, 13, 787483.

BECCARIA, Cesare. (2015). **Dos delitos e das penas** (2ª ed.). São Paulo: EDIPRO.

DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca Marín. (2019). **El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial**. *Derecho & Sociedad*.

FOUCAULT, Michel. (2008). **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes.

GARLAND, David. (2001). **The meaning of mass imprisonment**. In *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Sage Publications.

GÜERRI, Cristina, MARTÍ, Marta, & PEDROSA, Albert. (2021). **Abriendo ventanas virtuales en los muros de la prisión**. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (32).

JAKOBS, Günther. (1998). **Sobre la teoría de la pena**. Cuadernos de conferencias y artículos n. 16. Universidad de Externado de Colombia.

MARSHALL, Thomas Humphrey. (1967). **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

MCILWAIN, Charles Howard. (1991). **Constitucionalismo antiguo y moderno**

(Edição revisada). Centro de Estudios Constitucionales.

MIR PUIG, Santiago. (2013). **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: La Imprenta Ya.

PIRES, Álvaro. (2004). **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, 68.

PIRES, Álvaro. (1999). **Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal**. Sociologias, 1(1), 64-95.

PUOLAKKA, Pia., & NURMI, Juho. (2022). **Smart Prison: Digital Environment for Rehabilitation**. Disponível em:: https://www.europpris.org/wp-content/uploads/2022/04/Smart-Prison-EuroPris-ICT-Wokrshop-Istanbul-2022_edited.pdf Acesso em 10 de agosto de 2023.

PUOLAKKA, Pia., & VAN DE STEENE, Steven. (2021). **Artificial Intelligence in Prisons in 2030: An exploration on the future of AI in prisons**. Advancing Corrections Journal, p. 128-138.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros, & CÂMARA NETO, Isnard de Albuquerque. (2001). **A evolução do conceito de cidadania**. Revista de Ciências Humanas da UNITAU, 7(2).

RODRIGUES, Anabela Miranda. (2000). **Novo olhar sobre a questão penitenciária: o estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. Coimbra Editora.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín, et al. (2019). **Manual de introducción al Derecho penal**. Boletín Oficial del Estado.

SOUSA, António Francisco. (2019). **Manual de Direito Administrativo**. Porto: Vida Económica.

WACQUANT, Loïc. (2014). **Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal**. In Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 2.

WACQUANT, Loïc. (2009). **Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity**. Duke University Press.

A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU CARÁTER PUNITIVO COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A PRETENSÃO PREVENTIVA DO INSTITUTO

Amanda Pedrosa Gonçalves

Pesquisadora bolsista vinculada ao Programa Unificado de Bolsas da Universidade de São Paulo. Candidata à Dupla Titulação em Direito junto à Università degli Studi di Camerino

Resumo:

O presente estudo busca analisar criticamente o instituto medida de segurança e sua finalidade à luz do art. 26 do Código Penal brasileiro. Com fundamento nos fins da pena, a medida é apresentada com o objetivo de promover a prevenção especial, que visa proteger a sociedade do agente periculoso (garantia), intimidar o agente (prevenção individual) e promover sua correção (ressocialização). No entanto, o trabalho questiona, sob a ótica dos direitos humanos, a legitimidade da base teórica que justifica a aplicação da restrição de liberdade, ou a imposição de tratamento ambulatorial, aos indivíduos que, no momento da ação ou omissão, eram incapazes de entender o caráter ilícito do ato ou de deliberar-se de acordo com esse entendimento, conforme previsto pelo código. O estudo, então, aponta para a incoerência entre as condições dos sujeitos tutelados pelo instituto e os declarados objetivos da medida de segurança. Em última análise, a pesquisa apresenta e defende a violação aos direitos humanos dos indivíduos, dotados de periculosidade criminal, causada pela sanção penal que não atende, e nem pode atender, à finalidade proposta.

Palavras-chave: Medida de segurança; Prevenção especial; Periculosidade; Direitos Humanos.

Introdução

A medida de segurança, categoria das sanções penais, é aplicável a delinquentes dotados da denominada periculosidade criminal. Orientada por fins de prevenção especial, a medida de segurança compartilha de alguns dos pressupostos da pena: (i) a aplicação da pena por órgão jurisdicional, (ii) a

restrição de direitos e (iii) a prévia realização de um delito passível de punição.

A periculosidade criminal, qualidade pessoal do sujeito, é entendida como a probabilidade de que este cometa um ato delitivo, a qual se apresenta apenas com a prática de um fato ilícito previsto na lei penal como delito - *nulla periculositas sine crimen*. Com base na periculosidade criminal do agente, a medida de segurança é utilizada com a finalidade de impedir que o agente sobre a qual incide volte a delinquir.

O Código Penal apresenta a tutela da periculosidade sob dois enfoques: (i) a periculosidade presumida por lei, no caso dos inimputáveis descritos pelo caput do art. 26 e a (ii) periculosidade real, no caso dos semi-imputáveis, apresentados no parágrafo único do mesmo artigo.

No que diz respeito aos inimputáveis, o Código Penal adverte:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Discute-se, então, a pretensão de prevenção especial da medida de segurança. Afinal, segundo o artigo supracitado, o indivíduo inimputável, no tempo da ação ou omissão, estava inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O mesmo acontece com os semi-imputáveis, mencionados no parágrafo único do art. 26 e no art. 98 do Código Penal:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Por evidente que, um indivíduo que se encontra inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento não está a cargo do exercício de seu livre

-arbitrio. Assim, esse quadro levanta a seguinte questão sobre a eficácia do instituto: é cabível esperar que o agente aprenda com a aplicação da medida e se abstenha de praticar novos delitos quando, no momento em que praticou as ações, não estava em condições de deliberar sobre elas?

A presente pesquisa pretende responder se a medida de segurança possui de fato a pretensão de prevenção especial, com todos os pressupostos a ela imputados, ou se é aplicada com outro objetivo prático, como forma de saciar um anseio punitivista por parte da sociedade ou de garantir a segurança da mesma.

Parte considerável da doutrina aponta como finalidade da medida de segurança a prevenção especial. Porém, esta, pretendendo afastar o agente de futuros delitos, percorre três campos principais: (i) a proteção da comunidade, uma vez que o agente perigoso se encontra segregado desta; (ii) a intimidação do agente; que não comete novo delito por receio de nova sanção e (iii) a correção deste, já que se presume a mudança de atitude após a repreensão.

Surpreende-se, então, a expectativa de eficácia, não só por parte dos doutrinadores como também dos aplicadores do direito, de um instituto que tem por objetivo apartar, intimidar e corrigir um indivíduo que, no momento da ação ou omissão estava inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Entretanto, aceitaria, a sociedade, que um cidadão que cometesse um ato delituoso continuasse andando pelas ruas livremente sem garantia de que ele não fará novamente?

Inquietante, também, é o fato de que, tendo a medida de segurança um caráter preventivo, é, inquestionavelmente, pós-delitiva. Justificando-se na segurança jurídica, o instituto tem como fundamento a periculosidade do agente, que se manifesta exatamente com a prática do delito - “sintoma revelador” de sua periculosidade criminal, ou juízo de probabilidade.

Porém, é inegável a estranheza na aparente contraditoriedade mencionada. Se a medida de segurança é um instituto pós-delitivo, como o juiz pode aplicá-la visando delitos que ainda não ocorreram? A mera probabilidade de que ele, de fato, aconteça é motivo suficiente para cercear a liberdade de um indivíduo que, mesmo que o cometesse, seria contra a sua vontade e estaria totalmente alheio à culpabilidade?

Impõe-se investigar, então, se a medida de segurança realmente desempenha seu papel de prevenção especial, a qual visa impedir que um indivíduo, dotado de periculosidade criminal, venha a cometer novos delitos, ou se, na verdade possui outros objetivos mais tangíveis e aceitáveis aos cidadãos sãos.

O inimputável e a ausência da culpabilidade

A legitimidade da intervenção do Estado na esfera privada dos indi-

víduos, por meio da aplicação da lei penal, historicamente tem sido fundamentada na construção da culpabilidade jurídico-penal. Isso ocorre porque a sanção que dela resulta representa, inerentemente, uma interferência no âmbito da autonomia e decisão do indivíduo que, por sua vez, interferiu na autonomia e decisão de outra pessoa (Liszt, 2006). No contexto de um Estado de Direito, a culpabilidade não é apenas uma justificativa simplista para a penalização. Em vez disso, ela é fundamental para validar perante a sociedade a responsabilização penal do indivíduo por suas ações (Feijoo, 2013).

Dentro do campo jurídico-penal, Roxin (2006) diz que o foco central da culpabilidade é estabelecer sob que circunstâncias alguém pode ser responsabilizado por um ato que prejudique a sociedade, levando assim à aplicação de penalidades jurídicas. Embora a culpabilidade não seja o único critério para essa determinação, ela desempenha um papel extremamente importante. Ela ajuda a distinguir entre incidentes que são resultado de mero acaso e aqueles que podem ser objetivamente atribuídos ao comportamento do indivíduo. Assim, é vital reconhecer que antes de se decidir se o interior de um cidadão permite uma imputação subjetiva, é necessário determinar se o resultado não foi acidental, mas uma consequência do comportamento do indivíduo.

A crítica à estrutura dogmática da medida de segurança é profunda e pertinente, notadamente quando se aborda a compreensão da inimputabilidade, um fator que exclui a culpabilidade. Tradicionalmente, a definição de crime no Brasil engloba a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, uma conceituação aceita pela maioria dos juristas. Contudo, existem posicionamentos, como o de Santos (2017), que se inclinam a uma visão bipartida do crime.

A culpabilidade, como um princípio constitucional, resguarda a proporcionalidade e a pessoalidade na aplicação de penas. Ela delimita o poder punitivo do Estado e assegura a proteção dos direitos fundamentais, como esclarece Caetano (2019). Esse princípio se baseia em ideais consagrados no artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), que incluem que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado e que todos são considerados inocentes até a confirmação de sua condenação.

Contudo, ao identificar um indivíduo como inimputável, a avaliação da sua culpabilidade é afastada. Santos (2017) elucidou que a imputabilidade diz respeito à habilidade de uma pessoa em ser considerada culpável, isto é, em compreender a natureza ilícita de suas ações e agir de acordo. Assim, pessoas consideradas inimputáveis não reconhecem a ilicitude de suas ações ou, mesmo entendendo, não conseguem agir diferentemente. A avaliação da inimputabilidade é conduzida com base em perícias, muitas vezes limitando-se ao diagnóstico médico sem considerar as nuances individuais.

Tal abordagem gera problemáticas relacionadas à aceitação desses laudos como provas incontestáveis no processo penal, como observado por

Weigert (2017) e Carvalho (2020). Mas, se não é a culpabilidade que define a aplicação e a métrica da medida de segurança, o que define então?

Bom, uma vez que um ato praticado se enquadre como delituoso, espera-se que a sanção correspondente seja aplicada conforme a legislação e princípios jurídicos. Esta análise se focará principalmente na eficácia da aplicação da medida de segurança em contextos de inimputabilidade penal, quando a culpabilidade não é parâmetro para a interferência estatal.

Periculosidade e medida de segurança

A noção de periculosidade criminal, muitas vezes questionada e considerada obsoleta nas áreas de psicologia e psiquiatria (Ramos et al., 2014), é intrinsicamente ligada à propensão individual de cometer um delito. Esta propensão, contudo, apenas se manifesta e é reconhecida quando um ato ilícito, previamente delineado pela lei penal, é de fato praticado - consubstanciando o princípio de “*nulla periculositas sine crimen*”. Em vista desta periculosidade, a medida de segurança é estabelecida. Seu principal propósito é evitar que o indivíduo, uma vez identificado como perigoso, reincida em comportamentos delituosos. Assim, seu caráter é dito como eminentemente preventivo, focado em garantir a segurança da coletividade frente à possibilidade de novos delitos por parte do agente.

Na perspectiva de Cirino dos Santos (2017), o Estado busca salvaguardar a sociedade e o indivíduo de atos puníveis mediante a utilização de dois mecanismos legais distintos: a) penas criminais, fundamentadas na culpabilidade do agente; b) medidas de segurança, baseadas na periculosidade deste mesmo agente. Em contraponto ao caráter retributivo das penas criminais, que se ancoram na culpabilidade relacionada a um ato pregresso, as medidas de segurança são concebidas como ferramentas de proteção coletiva e terapêutica individual. São medidas de cunho preventivo e assistencial, baseadas na periculosidade de agentes inimputáveis, com a finalidade primordial de prevenir futuros atos puníveis.

Dentro dos paradigmas clássicos das ciências criminais, que envolvem a teoria do direito penal e a teoria criminológica, a noção de responsabilidade origina-se do reconhecimento da capacidade de um indivíduo em entender e optar, ou seja, ter consciência da ilegalidade do seu comportamento e dos seus desdobramentos, e fazer uma escolha livre e deliberada em direção ao ilícito. Esta capacidade de discernimento e liberdade de ação permite que o direito penal impute responsabilidade ao agente, habilitando assim a aplicação das penalidades previstas.

Na ausência de culpabilidade, o crime é descaracterizado, tornando a pena inaplicável. Mesmo que os fundamentos das penalidades tenham evoluído desde os primórdios do direito penal moderno, especialmente no último século com a inclusão de princípios de reabilitação, a natureza retributiva

ainda se mantém como um eixo central na aplicação da pena.

Em contrapartida à noção de culpabilidade, tem-se o conceito de periculosidade. O sujeito classificado como “perigoso”, como já dito anteriormente, é aquele que, ao contrário do sujeito “culpável”, não possui as faculdades mentais mínimas para discernir e avaliar a natureza ilícita de suas ações e, portanto, atuar conforme prescrito legalmente.

Devido à falta dessas capacidades cognitivas, aplicar uma pena com ênfase retributiva torna-se inapropriado, principalmente quando consideramos a culpabilidade como mérito de reprovação. Nesse contexto de não imputabilidade penal, a pena é substituída por uma medida de segurança, e o objetivo de retribuição cede lugar à intenção de prover tratamento ao indivíduo em questão. Porém, será que o mencionado tratamento atinge, ou pode atingir, a finalidade pretendida?

Prevenção especial

De acordo com Maurach (1995), a essência da prevenção especial é exercer uma influência que evite que o autor cometa novos delitos. Essa abordagem pode ser dividida em três etapas: (i) intimidação (prevenção individual); (ii) ressocialização e (iii) garantia. Dessa forma, tanto a intimidação quanto a ressocialização são vistas como metas construtivas, buscando reintegrar o delinquente à sociedade ou manter sua integração.

Ao contrário de outras finalidades, a prevenção especial não visa intimidar a sociedade ou buscar retaliação pelo crime cometido. Seu foco é exclusivamente no delinquente, visando evitar futuras infrações às leis penais. Os defensores dessa abordagem tendem a discutir sobre “medidas” ao invés de “penas”, como mencionado por Mir Puig (1982).

Nesse contexto, alguns autores oferecem críticas à teoria da prevenção especial. Claus Roxin (1986), por exemplo, argumenta que a abordagem objetivada pode submeter indivíduos a intervenções estatais excessivas. Além disso, ele questiona como a teoria se aplicaria em casos de crimes graves onde não há risco de reincidência. Como exemplo, ele cita os assassinos de campos de concentração, que após cometerem seus crimes, estão integrados à sociedade e sem risco de reincidência. Roxin destaca a incapacidade dessa teoria em fundamentar adequadamente a necessidade de punição em tais cenários.

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior (1995) também reconhecem os riscos da prevenção especial, indicando seu potencial de impor uma única verdade ou escala de valores, eliminando o espaço para diversidade, essencial em democracias modernas. Contudo, eles também apontam seus méritos, observando seu caráter humanista que foca no indivíduo, considerando suas singularidades, e permitindo uma maior personalização da resposta penal, além de favorecer a reinserção social.

Medida de segurança e prevenção especial à luz do art. 26 do código penal

À luz da definição proposta por Maurach (1995), surgem questionamentos quanto à coerência de algumas finalidades atribuídas à medida de segurança no contexto da prevenção especial. Não é razoável sustentar, por exemplo, a expectativa de intimidação. Se o agente é incapaz de entender o caráter ilícito de seus atos, não há lógica ou razão em presumir que ele será dissuadido de cometer novos delitos pelo receio de uma nova sanção. Essa incapacidade cognitiva torna inviável o aprendizado derivado da experiência punitiva, uma vez que o indivíduo não possui as condições necessárias para compreender a conexão entre a conduta praticada e a consequência imposta.

Do mesmo modo, a ideia de que o agente possa ser corrigido ou ressocializado por meio da medida de segurança só se aplica em casos excepcionais, quando há possibilidade de tratamento eficaz para a condição que o torna inimputável. Pois, se a condição dele for permanente e incurável, a ressocialização torna-se inatingível.

A única finalidade que se apresenta consistente é a garantia de proteção à comunidade, alcançada por meio da segregação do agente enquanto persistir sua periculosidade criminal. Nesse sentido, a medida de segurança justifica-se como mecanismo preventivo, voltado à tutela da sociedade contra novos atos lesivos praticados pelo delinquente inimputável. Contudo, essa justificativa traz à tona uma importante tensão entre a proteção da coletividade e os direitos fundamentais do agente.

Se a medida de segurança encontra sua razão de ser na proteção social, é preciso enfrentar o dilema ético e jurídico de como compatibilizar essa finalidade com os direitos humanos do agente. A restrição de liberdade ou a imposição de tratamento ambulatorial colidem diretamente com garantias constitucionais como o direito à livre circulação e a dignidade da pessoa humana. Assim, impõe-se uma reflexão crítica sobre os limites e as condições para a aplicação da medida de segurança, de modo a assegurar que sua execução não desvirtue os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Ainda que a proteção da sociedade seja um objetivo legítimo, não se pode ignorar os direitos do indivíduo submetido à medida de segurança. O desafio consiste em equilibrar essas duas dimensões, garantindo que a intervenção estatal, mesmo em situações de periculosidade, seja proporcional, legítima e respeitosa dos princípios constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana, principalmente das mais vulneráveis.

Conclusão

A análise da medida de segurança e sua pretensão de prevenção especial à luz do art. 26 do Código Penal revela uma profunda tensão entre os objetivos declarados do instituto e os direitos fundamentais dos indivíduos a

ele submetidos. Embora se reconheça que a proteção da sociedade seja uma justificativa legítima para a aplicação de tais medidas, é evidente que as finalidades de intimidação e ressocialização carecem de coerência no contexto de inimputáveis. A incapacidade desses agentes de compreender a ilicitude de seus atos ou de agir conforme tal entendimento inviabiliza a expectativa de que sejam intimidados por uma possível sanção ou corrigidos por meio da aplicação da medida.

A única finalidade consistente é a garantia de proteção coletiva, que justifica a segregação do agente enquanto persistir sua periculosidade criminal. Contudo, a ênfase exclusiva na proteção da sociedade pode levar a uma desconsideração dos direitos humanos fundamentais do indivíduo, como a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade. Tal situação desafia os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, que impõem limites à intervenção estatal na esfera individual.

O estudo reconhece a importância da medida de segurança e a tutela dos inimputáveis, porém, é indispensável uma revisão crítica do instituto, que deve buscar um equilíbrio entre a proteção da sociedade e o respeito aos direitos dos inimputáveis. A aplicação de tais medidas deve ser proporcional, embasada em critérios claros de necessidade e adequação, e orientada por um compromisso com a preservação da dignidade humana. Assim, a medida de segurança poderá se alinhar a uma concepção mais justa e humanitária do direito penal, que não apenas proteja a coletividade, mas também resguarde os valores fundamentais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

CAETANO, Haroldo. **Loucos por liberdade: Direito penal e loucura**. Goiânia: Escolar Editora, 2019.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Culpabilidad jurídico-penal y neurociências**. Buenos Aires: BdeF, 2013.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal -Parte Geral**. Volume I. Editora Impetus. 15ª Edição. 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 31ª ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISZT, Frans Von. **Tratado de Direito penal Alemão**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito penal**. 16ª ed. vol.1. São Paulo: Método, 2022.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Bahia: Juspodivm, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito penal**. 24ª ed. vol.1. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS et al. Medidas de Segurança. In: **Hospital de Custódia**: prisão sem tratamento. Fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014.

REGIS PRADO, Luiz. **Tratado de Direito penal Brasileiro**. 3ª ed. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REINHART MAURACH. “**Derecho penal**”, Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1995.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 46, 2006.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. ed. München: C.H. Beck, 1986.

SANTIAGO MIR PUIG. “**Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho**”. Barcelona: Bosch, 1982.

SANTIAGO MIR PUIG. “**Introducción a las bases del derecho penal**”. Barcelona: Bosch, 1976.

SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA; ALCEU CORRÊA JUNIOR. “**Pena e Constituição**”. São Paulo: Ed. RT, 1995.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Medidas de segurança e Reforma Psiquiátrica**: silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciários brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TEOREMA DE LO RACIONAL Y RAZONABLE DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

Federico Valeriano Martínez

Doctor en Derecho por la Universidad de Guadalajara (México), Maestro en Derecho Corporativo y Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara, con posgrados en Amparo y Constitucionalidad por la Universidad del Valle de Atemajac y la Universidad de Guadalajara

Resumen:

En México, la globalización cultural, política, económica y jurídica ha creado en las condiciones actuales de las políticas criminales una notoriedad marcada entre los aspectos racionales y razonables de los tipos penales de la actualidad; un efecto de ello es el catálogo de conductas penales ante las que se dicta prisión preventiva oficiosa como exigencia de demostrar que existe gobernabilidad y un Estado de Derecho antes que una sensación de percepción de impunidad en la administración e impartición de justicia, aun cuando esto contraviene a los documentos internacionales que el Estado Mexicano tiene el compromiso de cumplir. El presente trabajo explica desde una metodología cualitativa el fenómeno de la argumentación y lo que ésta implica en la consideración de las reglamentaciones internacionales y mexicanas en materia de administración de justicia. Trabaja desde la hipótesis de que la condición de aplicar y adecuar con una exacta armonización los principios penales con los principios de los derechos humanos permitiría garantizar desde la razonabilidad la autonomía y democracia de las decisiones judiciales, partiendo del principio de presunción de inocencia como una base imprescindible dentro del sistema acusatorio adversarial. Como resultado, la aplicación de una lógica inductiva como base para abordar la toma de decisiones desde un algoritmo permite considerar el justo valor que se debe conferir a lo racional en materia penal, sin violentar ninguna condición propia de la interpretación y aplicación de los principios generales, rectores, procesales y controles Constitucionales, Convencionales y Difusos.

Palabras-clave: Razonabilidad; Algoritmo; Procedibilidad, Inocencia; Argumentación.

Introducción

Las condiciones sobre políticas criminales punitivas, determinadas en cumplimiento de la tutela del *ius puniendi* del Estado por mandato Constitucional, generaron una catarsis sobre los actos, determinaciones y la democracia de los poderes del Constituyente en México. El que se genere discordancia entre la sociedad y los poderes para validar las decisiones del Poder Judicial pretende imponer lo racional sobre lo razonable, ya que el límite dentro del principio de legalidad que prevé el penúltimo párrafo del artículo 14 de la Carta Magna, limita tanto lo racional, como lo razonable exclusivamente sobre la imposición de penas y/o sanciones por analogía, así como la jerarquización del mismo marco normativo que dispone el artículo 133 sobre los controles en los siguientes aspectos Constitucional, Convencional y Leyes Generales en México, bajo un mismo nivel de jerarquización y aplicación.

Existen dos condiciones para el señalamiento en contra de una persona considerada como probable responsable de la comisión de un hecho delictivo, que son la flagrancia que arrojó sobre el momento en el que es sorprendido cometiendo el hecho delictivo, y en el segundo supuesto, la condición de que el Representante Social integre actos de investigación que cumplan con las condiciones de la probable comisión de una conducta típica penal, así como el señalamiento en contra de una persona probable responsable de la comisión de la conducta típica, por acción o por omisión. Lo racional desde el marco normativo limita a que juristas y jurisconsultos desde la pertinencia e idoneidad de los objetos que se aseguren dentro de la escena del crimen no cumplan con las condiciones de los requisitos mínimos para fundarse y motivarse el acto de molestia

Razonar resulta complejo, mas es una obligación para continuar las secuencias dentro de las etapas del procedimiento penal, aun en los mecanismos alternativos de solución a controversias en materia penal, salidas alternas y procedimiento abreviado, dentro de las condiciones de quienes no son actores o sujetos procesales, tal como lo prevé el artículo 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que uno de los aspectos a valorar en las condiciones de la lógica, máxima de experiencia y libertad de decisión para justificar el dictar una determinación, acuerdo o resolución en donde se dicte y aplique una providencia precautoria, medida cautelar y/o sanción consistente en pena privativa de libertad, se justificará con el razonamiento del Juez de Control o del Tribunal de Enjuiciamiento, sin que exista duda razonable, según lo advierte el artículo 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que en caso contrario deberá emitirse una resolución absolutoria al no quedar fundados y motivados los anteriores actos por parte de quienes hubieran tenido la calidad de autoridades.

Deslegitimar las determinaciones, acuerdos y resoluciones del Poder Judicial desde lo racional trae como inmediata consecuencia transgredir la

democracia del mismo Poder Judicial sobre sus actuaciones, ya que su función sería demostrar condiciones de políticas criminales coercitivas, mas no legítimas si se parte de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos. En otras palabras, un análisis sencillo de las condiciones legales de las actuaciones de los Órganos Jurisdiccionales evidencia la imposición del sentido de valoración sobre los elementos del delito, junto con reglas mínimas para demostrar los requisitos de cada etapa del procedimiento, en donde se procedería de manera automática con la actuación de los primeros respondientes, de la Fiscalía General y las estatales. Prueba de ello es la condición de imponer un catálogo de conductas y/o tipos penales que conllevan como medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, atendiendo en primer orden a la falta de resultados preventivos que genera inicialmente el Estado, respecto de uno de los bienes en que se concentra constitucionalmente la Seguridad y que el mismo Estado debe brindar, que es la libertad, misma que corresponde fundar, motivar y determinar al Poder Judicial de la Federación o de las Entidades Federativas.

Desarrollo

La exposición mediática que se genera actualmente en casos que se comentan en la redes sociales y que son tendencia, en donde los internautas prejuzgan sobre la forma de castigo o medida en que el Estado debe atender el *ius puniendi*, rebase el límite de la *minima ratio* y del *in dubio pro reo*, en donde el primero de los principios, es sobre las condiciones mínimas en donde el Estado debe echar a andar la hermenéutica jurídica del aparato del Estado, para investigar delitos mínimos que más que ser jurídicos son políticos, y que se anteponen a respetar el debido proceso, seguridad jurídica y presunción de inocencia como bases del sistema penal acusatorio en México, el principio de la duda razonable en beneficio del reo, se antepone a la imposición de cualquier acto de molestia que limite la libertad de tránsito que prevé el artículo 11 de la Carta Magna, y que la inconventionalidad de dicha determinación por parte del Estado mexicano, de incluir un catálogo de conductas que así sea la máxima expresión y razón absoluta, más que fundar y motivar el acto, se considera desde la naturaleza de los actos como una conducta arbitraria y unilateral para los gobernados que se sitúen en las condiciones de probables responsables de la comisión de un hecho delictivo.

La valoración desde la lógica de las actuaciones, determinaciones y/o resoluciones judiciales se fundamenta y motiva a forma de conclusión el sentido del fallo desde lo razonable, con los siguientes apartados y estructura: Resolutivos, considerandos y proposiciones, condiciones que se identifican con el binomio de lo escrito y la evidencia que obra en audio y video, hasta previo la etapa de audiencia intermedia que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales, y que a partir de dicho momento se convierte el

sistema acusatorio adversarial con la aplicación de la técnica de la oralidad en su totalidad, lo que aún resulta de mayor complejidad para razonar con lo que se debata, exprese y analice dentro de cada una de las audiencias ulteriores a la intermedia para que las partes que actúan en el proceso argumenten más allá de lo legal como único fundamento, sino la contradicción y debate sean un constructo de lo razonable desde el ángulo o trinchera en que se sitúe la parte y/o autoridad que lo emplee.

En los delitos de competencia Estatal, caso Jalisco, México hay un caso práctico, de Jonathan Santos (Forbes Staff, 13 de agosto de 2020) en donde el protocolo de actuación especial del tipo penal de Feminicidio, se activó, y que siendo contrario a los elementos del delito y del tipo penal, previstos en el artículo 232 Bis del Código Penal para el Estado de Jalisco, prevé lo siguiente:

Artículo 232-Bis. Se impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y multa de quinientos a mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a la persona que cometa el delito de feminicidio.

Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes conductas o circunstancias:

I...VI

VIII. Cuando el sujeto activo actúe por motivos de homofobia;

En donde si bien desde el aspecto racional, existe un tipo penal que protege el bien jurídico que es la vida, podemos justificar que la víctima es sólo una mujer, que el activo cuando actúa por acción atentando contra la vida de la víctima sea por razón de género, pero aún es de mayor relevancia que una de las circunstancias con las que se justifica la facultad exclusiva para la Representación Social, es que se cometa con motivos de homofobia, y que desde lo razonable ajustaría en un sentido de aplicación *pro-homine* sobre el texto del principio de los derechos humanos en México, como un tipo penal (caso Jalisco), que debe ser declarado inválido, al existir una aberración sobre la hipótesis de homofobia, ya que esos actos se demuestran principalmente sobre la definición básica de los actos homofobicos, principalmente por las preferencias sexuales de las posibles víctimas, por lo que sobre el caso práctico, si se aplicara solamente lo racional, resultaría inviable continuar por dicho tipo penal, y que se podría variar sobre homicidio, y que al Estado más que imponer penas inusitadas o trascendentales, deberá atender la reducción o disminución de los indicadores sobre el incremento de estas conductas, que en lugar de atender de forma incluyente a los diversos actores y subgrupos sociales, desatiende y revictimiza la violencia de género, sobre actos discriminatorios hacia las preferencias sexuales.

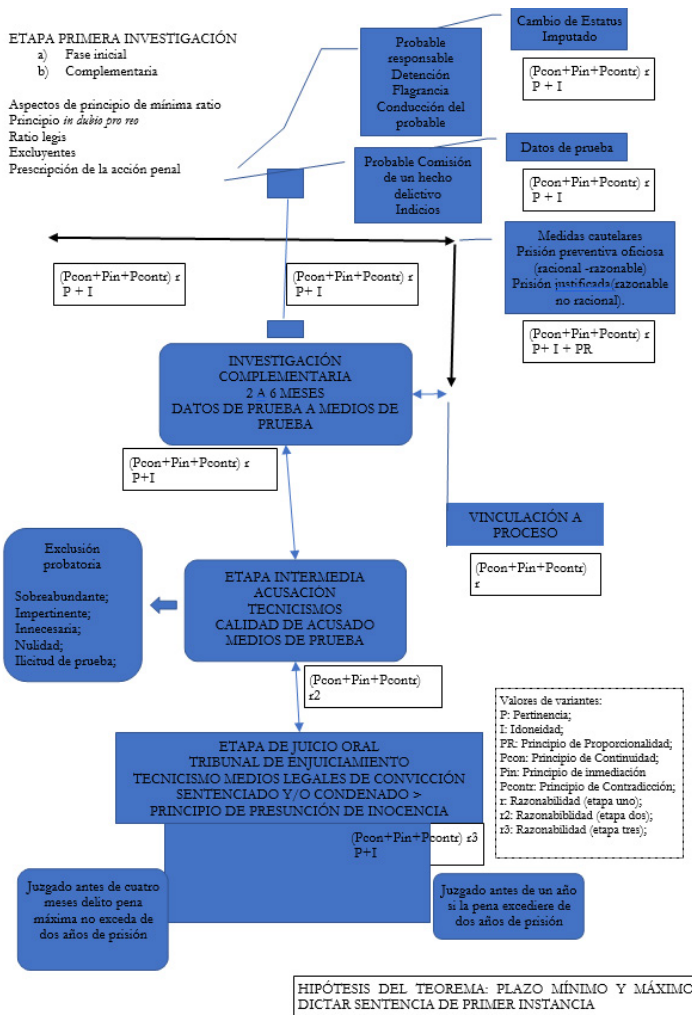
Un factor para aplicar el teorema de lo racional desde lo razonable son las condiciones de la temporalidad de la medida de prisión preventiva oficiosa y/o en su variante de justificada, como un derecho humano y fundamental que prevé el artículo 20 de la Carta Magna en su apartado B fracción VII, en donde se desprende que por ningún motivo dicha medida podrá ser superior a un lapso mayor de dos años, aspecto racional, pero lo razonable es que el principio de proporcionalidad que dispone el artículo 22 del mismo marco normativo, y lo complementa la regla del artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales, refiere que para imponer medidas y/o sanciones, deberá fundarse y motivarse desde la lógica del razonamiento sobre “la naturaleza del bien que se transgrede y la medida de afectación, reparación del daño del mismo bien”, por lo que si se busca atender la reparación del daño integral, para el Estado el internamiento de una persona que se investigue por un lapso de duración excesiva, teniéndola reclusa resulta excesivo de fuerza, porque quien provoca no cumplir con la prontitud, expeditéz e inmediatez como principios procesales es la misma operación del Estado.

Una expresión sobre la que se ha pretendido estructurar el sistema de administración e impartición de justicia es la revictimización, lo que desde lo racional queda descrito en el marco normativo, pero en la práctica deberá ajustarse a lo razonable, ya que la prescripción de la acción penal, y la restricción para que la acción penal privada y la investigación privada sean un complemento del sistema acusatorio adversarial, vienen a revictimizar a la sociedad en general; en particular ante los tipos penales de desaparición forzada, tortura y tratos inhumanos o denigrantes, así como el interés superior y legítimo de los menores, se coarta y revictimiza, tanto por autoridades como por las instituciones que intervienen de forma integral, al no llegar a la verdad histórica ni cumplir con la reparación del daño de forma integral hacia las víctimas indirectas de estas conductas, sobre desaparecidos. El paliativo que implementa actualmente el Estado es crear y facultar a una Comisión Nacional de Búsqueda, para diferenciar entre investigación y búsqueda, ya que el constante incremento de carpetas de investigación sobre el particular no satisface los resultados, y al delegar a los colectivos u Organismos no Gubernamentales la búsqueda de las víctimas directas, las revictimiza sin que estos estén plenamente conscientes de lo anterior, ya que actúan racionalmente, mas no racionalmente, ya que con los instrumentos y técnicas que aplican en las fosas clandestinas, alteran la escena del crimen, los objetos que se encuentran en la misma, propiciando inconscientemente que nunca se llegue a la verdad histórica de los hechos y responsables, y aún más el aspecto de revictimización sobre lo deficiente que resultan las técnicas y dictámenes de identificación de los restos que se aseguran en las fosas clandestinas, dado que la identificación y entrega de los restos se burocratiza sin que se actúe por parte de los actores del sistema con el ánimo de evitar la revictimización de las víctimas indirectas.

Lo racional del marco normativo sobre los tipos penales, es decir, la imposición de medidas y sanciones, debe partir desde la aplicación de los métodos cuantitativos y cualitativos de lo razonable sobre los problemas sociales, en particular para el derecho penal. Y a consecuencia del sistema acusatorio adversarial en México, si bien parte de las condiciones de la reforma fue evitar imponer como última medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, lo que ha modificado en las últimas reformas al artículo 19 párrafo segundo de la Carta Magna, no ha cumplido con lo razonable al no encontrar la valoración desde la lógica, libertad de decisión y máxima de la experiencia que obliga al Órgano Jurisdiccional a aplicarlo como regla, sobre lo previsto en el artículo 259 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Razonar con la hermenéutica jurídica de la lógica, utilizando conectivos, silogismos, variantes, coeficientes, teoremas y/o algoritmos, son herramientas de las reglas o aspectos básicos para adecuar las determinaciones, acuerdos y resoluciones de los Jueces de Control y/o Tribunales de Enjuiciamiento, a los principios de debido proceso y seguridad jurídica, así como a los principios generales y rectores del sistema acusatorio en México, que son: contradicción, continuidad, concentración, inmediación y publicidad, y que dentro de la finalidad del presente artículo es delimitar sobre el teorema de los límites de lo racional y lo razonable las etapas del proceso una vez que se judicializa como consecuencia del ejercicio de la acción penal, fundado, motivado desde lo razonable y no en lo racional, sobre el siguiente cuadro:

Imagen: Teorema de razonabilidad probatorio penal (valeriano)



Conclusiones

Ante la actuación esperada de los juristas, jurisconsultos y demás integrantes de las dependencias operativas, ha surgido desde las mismas políticas criminales una contradicción en la que el uso razonado de la ley está frecuentemente en oposición a su interpretación racional, ahora con un nivel mayor de presión social y polemización entre los gobernados como se ha generado por la mayor difusión de los medios y asociaciones que defienden desde lo racional distintas causas, tanto en manifestaciones como mediante la movilización digital que surge desde el auge de la difusión de conductas penales en los medios de comunicación. Sin la aplicación de una lógica inductiva como base para abordar la toma de decisiones, en este caso desde

el teorema presentado, es imposible considerar el justo valor a conferirle a lo racional en materia penal, es decir, evitando violentar ninguna condición propia de la interpretación y aplicación de los principios generales, rectores, procesales y controles que intervienen en el proceso de judicialización.

El uso de la lógica y la adecuada interpretación racional de las estructuras jurídicas, valiéndose de la hermenéutica jurídica con el uso adecuado y justificado de conectivos, silogismos, variantes, coeficientes, teoremas y/o algoritmos, permite de manera eficaz adecuar las determinaciones, acuerdos y resoluciones de los Jueces de Control y/o Tribunales de Enjuicimiento, en fiel apego a los principios de debido proceso y seguridad jurídica, así como a los principios generales y rectores del sistema acusatorio en México, desafortunadamente, en lugar de que la socialización de casos jurídicos brindara mayor fuerza a la racionalización en las estructuras diversas del Poder Judicial, se generó en su lugar una brecha insostenible incluso en perjuicio de quienes en la sociedad exigen a las estructuras del Poder Judicial una actuación más acorde a una racionalización de las decisiones. La puesta en juego de nuevas denominaciones como violencia de género, feminicidio, la revictimización, investigación y búsqueda satisfacen necesidades racionales, pero a su vez dificultan el acceso a una justicia racionalizada y comprendida en los mismos sistemas y controles que el Estado mexicano ha implementado en lo que respecta a la impartición de justicia y sus resoluciones.

Referencias

Balleza Valdez, C. **“El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal”**, Blog del Centro de Estudios Constitucionales del SCJN, 11 de diciembre de 2019, párr. 11 [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-derecho-probar-los-retos-que-conlleva-la-](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-derecho-probar-los-retos-que-conlleva-la-libre-apreciacion-de-la-prueba-en-la-toma-de-la-decision-penal)

Bobbio, Norberto, **Derecho y lógica**, México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2006.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2024

Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2024

Código Penal para el Estado libre y soberano de Jalisco, México, 2006

Forbes Staff, **“Asesinato de activista LGBT en Jalisco causa movilizaciones en el país”**, Forbes México, 13 de agosto de 2020, <https://forbes.com.mx/noticias-asesinato-de-activista-lgbt-en-jalisco-causa-movilizaciones-en-el-pais/>

[libre-apreciacion-de-la-prueba-en-la-toma-de-la-decision-penal](#)

Witker, Jorge, **Juicios orales y derechos humanos**, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB) COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA AO DIREITO À MORADIA NO CONTEXTO DE TRAGÉDIAS CLIMÁTICAS

Daniel Keunecke Brochado

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade FUMEC.
Oficial de registro de imóveis no estado do Rio Grande do Sul

Tatiane Keunecke Brochado Lara

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade FUMEC.
Oficiala de registro de imóveis no estado de São Paulo

Resumo:

A Regularização Fundiária Urbana (REURB) é uma importante ferramenta jurídica destinada a proporcionar a titulação da propriedade imobiliária, especialmente para as camadas mais vulneráveis da sociedade. Este instituto, previsto na legislação brasileira, permite a regularização de ocupações consolidadas em áreas urbanas, garantindo o direito à moradia digna para aqueles que, muitas vezes, não possuem acesso formal a imóveis. Na medida em que regulariza a situação fundiária de milhares de famílias também propicia a inserção dessas comunidades no tecido urbano formal, assegurando o acesso a serviços públicos essenciais, como saneamento básico, energia elétrica e transporte. Além disso, promove a segurança jurídica, favorecendo a valorização dos imóveis e a melhoria das condições de vida dos moradores. A presente pesquisa busca investigar a aplicação desta ferramenta não apenas em áreas já consolidadas do ponto de vista jurídico, mas também como um mecanismo fundamental para a proteção social em situações emergenciais, como as catástrofes climáticas. Nesse contexto, a regularização fundiária pode ser vista como uma solução eficaz para garantir o direito à moradia para famílias que sofrem os impactos de enchentes, deslizamentos ou outras adversidades naturais, as quais costumam afetar, de maneira desproporcional, as populações mais carentes emergindo, portanto, como uma estratégia de inclusão social frente aos desafios ambientais e urbanos.

Palavras-chave: Regularização fundiária; Dignidade da pessoa humana; Inclusão social; Moradia; Segurança jurídica.

Introdução

Os desastres climáticos, tais como as enchentes impulsionadas pelo fenômeno *El Niño* em 2024, afetaram, segundo estimativas preliminares, aproximadamente 2,3 milhões de pessoas, desalojando cerca de 581.633 em 463 municípios do estado do Rio Grande do Sul¹. Isso equivale a um em vinte habitantes do estado sendo forçados a deixar suas moradias devido às inundações.

A crise é particularmente severa para os moradores de áreas próximas aos leitos dos rios. Somente na cidade de Cruzeiro do Sul², por exemplo, aproximadamente 500 moradias foram arrastadas pelas águas, resultando na destruição completa de bairros inteiros que hoje não existem mais.

Ademais, existem aqueles cuja estrutura da casa persistiu, mas que perderam todos os seus pertences levados pela correnteza, incluindo móveis, eletrodomésticos, documentos pessoais, álbuns de família e recordações. Economias acumuladas ao longo de uma vida inteira e itens de valor inestimável desapareceram em questão de momentos. Para estas pessoas, a tragédia ocorreu sem aviso prévio ou tempo para escolhas, deixando como único testemunho a implacável força da natureza.

Além disso, eventos climáticos extremos já assolaram parte do Rio Grande do Sul em ocasiões anteriores, especificamente em setembro e novembro de 2023. Consequentemente, algumas dessas famílias vêm enfrentando tais adversidades de forma recorrente, o que impacta significativamente tanto a saúde física quanto mental destas populações.

De acordo com um estudo publicado no *International Journal of Environmental Research and Public Health*³, os efeitos dessas adversidades incluem a exacerbação de vulnerabilidades pré-existentes, como doenças crônicas e condições de exposição física inadequadas. Esses fatores tornam esses grupos ainda mais suscetíveis a problemas de saúde, evidenciando a profunda interconexão entre mudanças climáticas, condições precárias de moradia e saúde pública (Bezgrebelna et. al, 2021).

Neste cenário desesperador, torna-se urgente a necessidade a imple-

- 1 À CNN, Leite diz que municípios do RS terão de ser ‘realocados’ após chuvas. CNN Brasil, 20 maio 2024 às 12:11. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/a-cnn-leite-diz-que-municipios-do-rs-terao-de-ser-realocados-apos-chuvas/>. Acesso em: 20 maio 2024.
- 2 RS: Bairro inteiro em Cruzeiro do Sul vira ‘cemitério de casas e carros’. Portal UOL, 17 maio 2024 às 15h48. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/05/17/rs-bairro-inteiro-em-cruzeiro-do-sul-vira-cemiterio-de-casas-e-carros.htm>. Acesso em: 20 maio 2024.
- 3 BEZGREBELNA, M.; MCKENZIE, K.; WELLS, S.; RAVINDRAN, A.; KRAL, M.; CHRISTENSEN, J.; STERGIOPOULOS, V.; GAETZ, S.; KIDD, S.A. **Climate Change, Weather, Housing Precarity, and Homelessness: A Systematic Review of Reviews**. Int. J. Environ. Res. Public Health 2021, 18, 5812. <https://doi.org/10.3390/ijerph18115812>. Acesso em: 20 maio 2024.

mentação de políticas públicas multidisciplinares que não apenas oferecerem suporte psicossocial e médico necessário às comunidades afetadas, mas que também contemplem a realocação física das famílias diretamente impactadas. Essas medidas são cruciais para mitigar os efeitos de futuros desastres e promover a resiliência a longo prazo.

Entretanto, realocação física por si só não é suficiente para a resolução do problema. A transferência de tais afetados para áreas distantes dos centros urbanos e dificultar a titulação de seus imóveis pode mascarar uma solução e, simultaneamente, criar novos problemas. No Brasil a ocupação desordenada do solo é um problema crônico e multifatorial. Ao relegar a ocupação dos atingidos a uma situação jurídica irregular, não apenas retiraram esses tais bens do mercado formal, mas também favorece, segundo José Afonso da Silva (2010), o crescimento de favelas e núcleos urbanos informais. Isso limita drasticamente as oportunidades do trabalhador urbano hipossuficiente ao acesso a propriedade urbana, gerando a chamada “cidade oculta, disfarçada e dissimulada”.

Neste contexto, a Regularização Fundiária Urbana (REURB), em conjunto com outros institutos de regularização fundiária já estabelecidos, como imissão provisória na posse em desapropriação para fins de parcelamento popular e projeto More Legal⁴, emerge como uma solução potencial. Tal abordagem não atua somente em situações já consolidadas, mas também como um instrumento integrador dessas famílias aos centros urbanos.

A Lei da REURB já prevê que a regularização fundiária de imóveis localizados em núcleos urbanos consolidados, porém situados em áreas de risco, em que não há a possibilidade de eliminação, correção ou administração destes riscos, é obrigação do município a remoção da população e a sua realocação em local seguro. Porém não restou estabelecida, em tal legislação, a forma de realocação destas famílias.

Assim, a proposta deste estudo é a análise REURB não apenas como instrumento facilitador do acesso a serviços públicos essenciais, mas também mecanismo ágil na titulação da propriedade imobiliária em novos locais, proporcionando maior estabilidade e segurança jurídica para as famílias realocadas. Além disso, essa estratégia não apenas auxilia na recuperação imediata das comunidades, mas também reforça a capacidade das cidades de enfrentar desafios climáticos futuros, promovendo um desenvolvimento urbano sustentável.

Do direito fundamental à moradia

O conceito de moradia suscita questionamentos em diversos ramos da ciência, seja no campo econômico-jurídico ora no sociopolítico. A escolha do local onde a pessoa natural estabelece sua moradia está ligado ao vínculo

4 Objeto do sub-título 3.2. do presente artigo

jurídico Estatal, abrangendo a formalização de relações jurídicas e a garantia do exercício de direitos, desde os mais elementares aos mais complexos. Segundo Sergio Iglesias Nunes de Souza (2013, p. 26), por “ser uma necessidade do homem tão essencial como a vida, sendo uma condição *sine qua non* para uma existência humana digna”.

Nesse contexto, a determinação do local onde a pessoa natural se fixa reflete diretamente nas necessidades vitais básicas do indivíduo como família, trabalho, lazer, educação e está igualmente atrelado à sua participação política na sociedade, seja por meio do sufrágio, seja pela elegibilidade em cargos públicos em todos os níveis de governo. Desta forma, a moradia também está ligada diretamente na capacidade do indivíduo influir politicamente na gestão da coisa pública.

É essencial que o Estado garanta o direito à moradia para assegurar que cada pessoa possa viver com dignidade e influenciar politicamente o território em que se encontra. Este direito abrange mais do que simplesmente fornecer um teto; implica em proporcionar um ambiente seguro, acessível, habitável e adequado para viver em paz e com dignidade. Adicionalmente, é crucial que inclua acesso a serviços essenciais como infraestrutura, saneamento, água potável, energia e, mais recentemente, à internet.

O direito à moradia goza dupla especial proteção: no plano jurídico internacional na qualidade direito humano e, no plano interno, como direito fundamental. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 25 afirma que toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado que assegure, entre outras coisas, moradia. Já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), em seu artigo 11, reconhece o direito de toda pessoa a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo moradia adequada.

No Brasil, o direito à moradia é assegurado pela Constituição Federal de 1988, introduzido e estabelecido como garantia fundamental pelo poder constituinte reformador através da Emenda Constitucional nº 26/2000. Tal direito está previsto no artigo 6º, que também elenca outros direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados categorizados como um direito sociais.

Não é exagero afirmar, portanto, que o direito à moradia é uma garantia crucial para a promoção da dignidade humana e da justiça social. Integrado aos direitos sociais, ele é essencial para proporcionar condições de vida adequadas aos cidadãos. Nesse contexto, a Constituição atribui à União a responsabilidade de estabelecer diretrizes para a habitação (art. 21, inciso XX) e define a competência compartilhada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, inciso IX).

José Afonso da Silva (2010, p. 376) articula que a “contrapartida dessa competência é precisamente o direito de todos à moradia, incumbindo, assim, àquelas entidades do Poder Público promover tais providências para a satisfação desse direito em relação à população que, por deficiência econômica, não pode provê-lo por seus próprios meios”.

O autor prossegue:

Direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, XX, da CF, pois é um direito que “não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria ou de obter uma por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos da família” - anotam Canotilho e Vital Moreira em comentários ao n. 3 do art. 65- da Constituição Portuguesa, que também observam tratar-se de um direito social complexo e multifacetado, cuja garantia exige a construção de habitações suficientes para todos, devendo o Estado apoiar as iniciativas pessoais (designadamente “autoconstrução”) ou cooperativas, estimular e controlar a atividade das empresas privadas de construção e lançar iniciativas públicas de construção. (grifo nosso)

No mesmo sentido, Sarlet (2010) destaca que o direito à moradia possui uma dimensão negativa (defensiva) e uma dimensão positiva (prestacional). Em outras palavras, a perspectiva prestacional não apenas adquire contornos normativos, mas também materiais, obrigando o Estado a assumir tanto as responsabilidades de ordem a vir a produzir normas que assegurem a moradia digna, quanto na implementação efetiva de tais normas para materializar esse direito.

Um exemplo prático disso é encontrado no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), onde, no artigo 2º, inciso I, o direito à moradia é explicitamente mencionado como um objetivo da política urbana. Adicionalmente, o artigo 3º, inciso III, estabelece que cabe à União, em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

No que tange à eficácia e efetividade da norma constitucional definidora dos direitos sociais (artigo 6º), especialmente no que se refere ao direito à moradia, algumas considerações são pertinentes. É notório que implementação efetiva do direito à moradia e programas habitacionais enfrentam diversos desafios no Brasil. Estes incluem a escassez de recursos financeiros destinados a programas habitacionais, a especulação imobiliária, que frequentemente eleva os preços dos imóveis a patamares inacessíveis para grande

parte da população e a resistência à reforma urbana em âmbitos municipais. Esta última envolve a regularização fundiária e a implementação de planos diretores que promovam o uso democrático do espaço urbano, dificuldades estas muitas vezes intensificadas pela especulação imobiliária.

Apesar do que estabelece o artigo 5º, § 1º, da Constituição, que assegura que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, não existe consenso sobre o alcance e o significado desta norma. É oportuno salientar, conforme Sarlet (2010, p. 26), que não existe norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade, embora haja uma gradação na intensidade com que essa eficácia se manifesta.

Assim, no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontram-se aquelas que são normas de eficácia limitada, ou seja, que dependem de legislação infraconstitucional para alcançar plenamente seus efeitos. Isso ocorre quando o próprio legislador constitucional condiciona a efetividade da norma à edição de legislação infraconstitucional, como exemplificado no art. 7º, XII (salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei) e no art. 5º, XXXII (o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor).

Contudo, a norma insculpida no *caput* do artigo 6º não parece se enquadrar nesta categoria. O legislador constituinte reformador não subordinou a eficácia e aplicabilidade das garantias ali previstas a uma posterior regulamentação infraconstitucional. Dada a natureza bidimensional que caracteriza o direito à moradia, que compreende tanto uma dimensão negativa (defensiva) quanto uma positiva (prestacional), torna-se crucial determinar a carga eficaz de cada uma dessas dimensões e em que medida aplicar-se-á artigo 5º, § 1º.

Sem adentrar aqui na complexa discussão sobre colisões entre direitos fundamentais, que demanda uma ponderação na aplicabilidade de um em detrimento de outro, é consenso que os direitos sociais envolvendo uma prestação negativa (respeito e não violação), possuem aplicação automática e máxima eficácia, na medida em que denotam comportamentos omissivos.

Prosseguindo com a análise do tema proposto por este artigo, no que tange à dimensão prestacional do direito à moradia, observa-se que a doutrina brasileira⁵, ao recorrer ao direito comparado e, em especial, ao Constitucionalismo Português conforme delineado por José Joaquim Gomes Cano-

5 Neste sentido: SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2024.

tilho, classifica o direito à moradia em sua dimensão prestacional como uma norma programática. Essa caracterização implica que tal direito não exige apenas ações imediatas, mas estabelece diretrizes que orientam o Estado a desenvolver políticas públicas e medidas concretas - constitucionalmente estabelecidas - para sua efetivação.

Nesse contexto, Sarlet (2010, p. 27), contribui afirmando que:

De tudo o que até agora foi exposto e levando-se em conta tanto as possíveis distinções entre os direitos fundamentais na sua dimensão defensiva (negativa) e prestacional (positiva), assim como a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais poderemos encontrar (como, de resto, ocorre no nosso direito constitucional positivo) normas de cunho eminentemente programático (ou impositivo, como sustenta Gomes Canotilho), somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5o, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os **órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais**, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já ressaltado. (grifo nosso)

Adicionalmente, sugere que tal preceito permite atribuir uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Assim, qualquer eventual recusa na outorga da plenitude eficaz a uma norma de direito fundamental, devido à ausência de um ato concretizador, deve ser necessariamente fundamentada à luz do caso concreto e da norma em questão.

Ao passo que não é possível que o processo legislativo acompanhe a rapidez os eventos sociais, especialmente quando em curso tragédias humanitárias, torna-se essencial que os demais poderes constituídos, o Executivo e o Judiciário, assumam a responsabilidade de maximizar a eficácia de todas as normas que definem direitos e garantias fundamentais. Esta tarefa deve ser realizada à luz de casos concretos e em esforço conjunto com a comunidade, de modo que tanto a sociedade organizada quanto o Governo atuem em sinergia para a efetivação de programas e objetivos constitucionais. Assim, cabe ao poder público a obrigação de atuar de forma proativa na promoção, proteção e, enfim, na concretização das metas constitucionais estabelecidas, com o objetivo de assegurar uma moradia que atenda às exigências da dignidade da pessoa humana para a população⁶.

Eis o ponto crucial ao qual pretendemos chegar: questiona-se se a alte-

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 36.

ração legislativa é a única via efetiva para a implementação de políticas públicas que assegurem o direito à moradia. Parece-nos que a resposta é negativa. Embora seja indiscutível que as normas programáticas requerem atuação estatal, tal atuação não se restringe exclusivamente ao poder legislativo. Como evidenciaremos, o Poder Judiciário, especificamente a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já se destacou por inovar na regularização fundiária através da edição das normas ‘More Legal’, que precedem até mesmo o Estatuto da Cidade, exemplificando uma atuação proativa do poder público na promoção do direito à moradia.

De fato, tanto a qualificação do direito à moradia como um direito social e fundamental pela Constituição, como sua positivação na legislação infraconstitucional, são insuficientes por si só para atingir um padrão desejável de justiça social⁷. Isso se torna evidente ao considerarmos legislações como o Estatuto da Cidade e a Lei nº 13.465/2017, que atualmente regula a regularização fundiária no Brasil, não preveem instrumentos específicos a realocação de moradias em casos de tragédias, regularização e a titulação de seus imóveis.

Ao fim e ao cabo, independentemente da forma da atuação estatal e sem adentrar aqui na relevante discussão acerca da crise de efetividade das normas constitucionais tidas como programáticas, é imperativo não negligenciar a promoção de direitos fundamentais. Ignorar essa responsabilidade pode resultar em privilegiar tais direitos a apenas certos segmentos da população em detrimento de outra relegando, assim, aos cidadãos de classes mais desfavorecidas, a perceberem as garantias constitucionais como meros programas ou declarações bem-intencionadas. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2010) arremata de forma perspicaz:

Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente e responsável otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça. Caso contrário, não haveremos de escapar - tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides - de uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 42.

Neste sentido, o objetivo deste estudo é propor a criação de mecanismos, complementares aos já existentes, que auxiliem a atividade estatal na promoção do direito à moradia para os indivíduos afetados por desastres climáticos. Aqui, o conceito de moradia é entendido não apenas como um local para residir, mas como uma moradia regularizada, que ofereça aos seus ocupantes a segurança de que não serão desapossados arbitrariamente.

Dos instrumentos de política urbana

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que regulamenta o art. 182 da Constituição Federal, é amplamente reconhecido como marco regulatório fundamental para o planejamento urbano e gestão do solo urbano. Como já enfatizado, o escopo do Estatuto não se limita ao planejamento e desenvolvimento urbano; ele também visa garantir o acesso à terra urbana e à moradia digna como diretrizes gerais, de forma a atender o bem coletivo e desenvolvimento sustentável da cidade.

O referido Estatuto estabelece que a desapropriação e a regularização fundiária são institutos jurídicos e políticos essenciais, incorporados aos instrumentos de política urbana que os municípios devem adotar para a ordenação territorial e fomentar o desenvolvimento econômico e social. Essa integração da regularização fundiária ao planejamento urbano assegura que as áreas regularizadas sejam consideradas dentro do contexto mais amplo do desenvolvimento urbano da cidade. O Estatuto estabelece que tais instrumentos reger-se-ão por legislação própria, objeto de análise posterior neste trabalho.

Daqui em diante, analisaremos como os institutos da regularização fundiária e a imissão provisória na posse, no contexto de desapropriação, poderão ser empregados para regularizar a situação jurídica dos moradores realocados, medidas essenciais para facilitar o acesso rápido à moradia digna para populações afetadas por desastres climáticos.

Da imissão provisória na posse para execução do parcelamento popular, com finalidade urbana, destinado às classes de menor renda

A Lei Federal 9.785, de 29 de janeiro de 1999, introduziu alterações nas Leis Federais 6.015/73 e 6.766/79 e no Decreto-lei Federal 3.365/42. Tais alterações inovaram principalmente no âmbito do parcelamento do solo urbano realizado por entes públicos, destinado às classes de menor renda. Criou-se, assim, o registro da imissão provisória na posse na matrícula do imóvel onde ocorrerá o parcelamento popular. Ao identificar um imóvel com potencialidade de receber o parcelamento de solo urbano visando a habitação popular, a municipalidade ingressa com a ação de desapropriação e, como medida liminar, requer a imissão na posse, acompanhada do depósito de uma justa indenização.

A iniciativa permitiu que o Poder Público iniciasse as obras de infraestrutura básica necessárias para o desenvolvimento urbano, que incluem a criação de vias de circulação, sistema de escoamento das águas fluviais, redes de abastecimento de água potável, e soluções para o esgotamento sanitário e energia elétrica domiciliar. Nesse contexto, o ente expropriante pode imitir-se na posse de uma gleba para iniciar o processo de parcelamento, antes mesmo da conclusão do processo de desapropriação. Este instrumento é crucial para acelerar a implementação de projetos de habitação popular e urbanização em áreas onde as condições de moradia são precárias ou inexistentes.

Recentemente, a Lei 14.620, de 13 de julho de 2023, introduziu diversas alterações significativas relacionadas a este instituto. Entre as mudanças, a imissão provisória da posse foi elevada ao caráter de direito real, como demonstrado pela inclusão do inciso XIV no artigo 1.225 do Código Civil. Além disto, permitiu a abertura de matrícula própria para imóvel objeto da imissão, incluindo o artigo 176-A na Lei 6.015/73 e, ainda, permitiu a oneração da imissão na posse em direito real de garantia hipotecária e alienação fiduciária.

Assim, o instituto da imissão provisória na posse consolidou-se no ordenamento jurídico pátrio e elevou, pela primeira vez, a posse ao status de direito real. No entanto, apesar das inovações que conferem um caráter definitivo da imissão, a transmissão plena da propriedade do imóvel ao ente público somente ocorrerá após o trânsito em julgado da ação de desapropriação.

Contudo, há uma inclinação doutrinária que reconhece a natureza jurídica da imissão da posse como definitiva, o que implicaria, portanto, na transmissão da propriedade imobiliária em sua plenitude, mesmo nas fases iniciais da ação de desapropriação.

Vitor Frederico Kümpel e Natália Sóller (2023), baseando-se em doutrina administrativista, argumentam que a transmissão da propriedade plena do imóvel objeto da imissão provisória na posse ocorre no momento de depósito da indenização pelo expropriante. Segundo eles, o restante do processo se concentra apenas em discussões posteriores sobre a complementação do pagamento ou outras questões, sem questionar a efetivação da desapropriação em si.

Os autores destacam que, com as alterações introduzidas pela Lei 14.620/2023, a imissão provisória na posse de um imóvel possibilita a realização de diversos procedimentos e registros perante o Registro de Imóveis, que são próprios do titular do domínio do imóvel como a abertura de matrícula e o registro do parcelamento do solo.

Ainda argumentam que, com a novel legislação, o bem objeto de imissão provisória na posse pode ser sujeito à constituição de direito real de garantia, como hipoteca ou alienação fiduciária. Considerando o caráter perene

dos direitos reais e sua oponibilidade *erga omnes*, tal possibilidade não se alinha com o exercício da posse, que se trata tão somente de um poder de fato, não gerando direitos reais.

Portanto, dada a definitividade do instituto da imissão na posse, ainda que nomeada pela legislação como provisória, nada impede que a Corregedoria-Geral da Justiça, que já inovou ao criar o Projeto ‘More Legal’, emita normativas que reforcem a definitividade da imissão na posse. Após o depósito da indenização, a propriedade do imóvel poderia ser transmitida definitivamente ao ente expropriante, ainda que em curso o processo de desapropriação, o qual definirá o *quantum* indenizatório.

Regularização fundiária

A propriedade informal é um problema crônico no Brasil. Estima-se que cerca de 50% das moradias no país são irregulares, significando que metade das 60 milhões de moradias não possuem registro formal, conforme dados do Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional⁸.

A partir da metade do século XX, especialmente nas décadas de 1940 a 1970, o Brasil vivenciou um rápido crescimento urbano, impulsionado pela intensa migração do campo para as cidades. Contudo, a infraestrutura urbana não evoluiu no mesmo ritmo, resultando em uma crônica falta de moradia acessível, culminando no surgimento das primeiras favelas.

Adicionalmente, as legislações fundiárias e políticas habitacionais da época eram insuficientes para atender à crescente demanda por moradia. Paralelamente, o aumento desta demanda também incentivou a especulação imobiliária, que frequentemente eleva os preços dos imóveis além do alcance das classes mais baixas. Isso perpetua a marginalização das populações de baixa renda, confinando-as às periferias urbanas com infraestrutura precária e em zonas de risco ambiental, exacerbando as desigualdades econômicas e sociais uma vez que, ocupação irregular leva a carência de equipamentos públicos urbanos e na prestação de serviço público inadequado.

Diante deste grave cenário e em resposta à inércia legislativa, a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul editou o Provimento nº 39/95 e, de forma inédita, regulamentou o processo de regularização fundiária nas comarcas do estado. Assim, foi lançado o Projeto ‘More Legal I’, que será detalhado no próximo subitem.

Somente em 2001, com o advento do Estatuto das Cidades, o legislador infraconstitucional alçou a regularização fundiária à categoria de instituto jurídico e político essencial, sendo incorporado aos instrumentos de

8 Como o Brasil virou destaque mundial em irregularidades imobiliárias. **Veja Negócios**, 06 abril 2023 às 09:16. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/real-estate/como-o-brasil-virou-destaque-mundial-em-irregularidades-imobiliarias#:~:text=Cerca%20de%2050%25%20dos%20im%C3%B3veis,de%20domic%C3%ADlios%20urbanos%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 27 maio 2024.

política urbana que os municípios devem adotar para a ordenação territorial e para promover o desenvolvimento econômico e social. No entanto, o mesmo estatuto estabeleceu que tal instituto jurídico deveria ser regulamentado efetivado por lei específica, o que só ocorreu em 2009, com a promulgação da Lei do Programa Minha Casa Minha Vida (Lei nº 11.977/2009). Tal lei foi, em partes, revogada pela Lei nº 13.465/2017, que atualmente regula a regularização fundiária no país.

Projeto More Legal

O Projeto “More Legal”, promovido e idealizado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul representou uma iniciativa ousada e inovadora no âmbito da regularização fundiária urbana quando de sua implementação. Originado através do Provimento nº 39/95 da Corregedoria-Geral da Justiça, o projeto tinha como finalidade precípua simplificar e regularizar loteamentos de imóveis urbanos destinados para fins populares, em situações consolidadas e irreversíveis, permitindo, inclusive, a conversão da posse em domínio titulado.

A Corregedoria-Geral demonstrou estar à frente de seu tempo ao introduzir a regularização fundiária antes mesmo que a moradia fosse oficialmente reconhecida como uma garantia fundamental pelo constituinte reformador, através da Emenda Constitucional nº 26/2000.

O projeto foi concebido com o objetivo de permitir e facilitar a regularização de loteamentos, desmembramentos e fracionamento de imóveis urbanos para fins populares, em situações consolidadas. Estas são definidas por critérios específicos como o prazo prolongado de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização de vias de circulação ou de comunicação, e a disponibilidade de equipamentos públicos urbanos ou comunitários, entre outras condições particulares que evidenciam a irreversibilidade da posse titulada, induzindo ao domínio.⁹

Posteriormente, em resposta às alterações constitucionais e legislativas que alçaram a moradia ao status garantia fundamental e à promulgação do Estatuto das Cidades, o projeto foi adaptado às novas exigências legais por meio dos Provimentos nº 17/99-CGJ e nº 24/04-CGJ, que instituíram o “More Legal II e II”. Com o advento de leis regulamentadoras da regularização fundiária (Lei 11.977/2009 e Lei 13.465/2017) o Projeto passou por atualizações, originando o “More Legal IV” e “More Legal V”, respectivamente.

O Provimento que instituiu o ‘More Legal V’ enfatizou as atribuições do Poder Judiciário, dos Ofícios de Registro de Imóveis, do Ministério Pú-

9 Tal definição foi detalhadamente descrita no Expediente nº 23115-0300/04-5 - Parecer Nº 241/2004-Jlra, redigido pelo Exmo. Sr. Dr. José Luiz Reis de Azambuja, Juiz-Corregedor, que fundamentou o Provimento nº 28/2004 da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul.

blico e dos Municípios, como instrumental essencial para a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Esta abordagem trouxe a eficácia, celeridade, inovação e protagonismo que são tão necessários para a regularização imobiliária.

Dessa forma, as regularizações fundiárias que não se enquadram na aplicação da REURB, conforme definido pela Lei 13.465/2017 - por exemplo, aquelas consideradas inapropriadas pelo município sob o procedimento dessa lei - serão conduzidas por meio do referido Provimento. Este processo ocorrerá perante o Juiz de Direito Diretor do Foro nas Comarcas do interior ou na Vara de Registros Públicos, onde houver.

Portanto, evidencia-se um compromisso contínuo de mais de duas décadas por parte da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul na regularização de imóveis que, anteriormente à margem do direito, agora são integrados ao âmbito jurídico, fiscal e ao mercado imobiliário formal. Esse esforço representa a concretização da máxima eficácia das normas que definem direitos e garantias fundamentais.

Regularização Fundiária Urbana (REURB).

A Regularização Fundiária Urbana (REURB) é profundamente conectada à questão do déficit habitacional no Brasil, oferecendo um caminho essencial para mitigar essa problemática persistente. Esse déficit é caracterizado não apenas pela falta de moradias, mas também pela existência de ocupações irregulares, representando um dos maiores desafios urbanos enfrentados atualmente. A REURB tem como objetivo formalizar essas ocupações, conferindo títulos de propriedade aos moradores. Esse processo não apenas contribui para a redução do déficit habitacional, ao integrar essas moradias ao estoque habitacional formal, mas também melhora significativamente a qualidade de vida dos ocupantes. Isso ocorre porque a REURB obriga o poder público a organizar núcleos urbanos, construindo ou ampliando as infraestruturas urbanas nesses locais, garantindo a prestação adequada de serviços públicos aos ocupantes.

Nesse contexto, a REURB consiste em um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes. Essas medidas são essenciais para garantir o direito social à moradia, conforme estabelecido no art. 9º, da Lei nº 13.465/17.

Ao identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, o procedimento da REURB tem por objetivo: organizar os núcleos urbanos informais e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, melhorando as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos

reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda; estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; e franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária (art.10, da Lei nº13.465/17 art. 2º, do Decreto nº 9.310/18).

Utilização da Regularização Fundiária Urbana (REURB) e da imissão provisória na posse para execução do parcelamento popular como instrumento de regularização de moradias para os atingidos pelas tragédias climáticas

De todo o exposto, o presente subtítulo propõe a adaptação de institutos consagrados, como a imissão provisória na posse e a REURB, para a titulação de propriedade imobiliária dos afetados por catástrofes climáticas. Dada a competência municipal para a execução de políticas de desenvolvimento urbano, conforme estabelecido pelas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, cabe ao município conduzir procedimentos administrativos abrangentes que incluem, entre outros: a) a promoção de estudos técnicos, urbanísticos, sociais, ambientais e jurídicos necessários para fundamentar a intervenção; b) a desapropriação dos imóveis necessários para a execução do programa de realocação; c) a elaboração do projeto de urbanização que se adeque às necessidades emergenciais e de longo prazo dos beneficiários; d) a implementação de obras de infraestrutura básica essenciais para o suporte à vida e à recuperação das áreas afetadas; e) a emissão de títulos de legitimação fundiária, formalizando a posse dos ocupantes; e, f) a intermediação ou execução direta da construção de moradias, garantindo alojamento seguro e adequado aos deslocados pelas tragédias.

Este conjunto de ações visa não apenas a realocação eficaz dos atingidos pelas tragédias, mas também a reintegração sustentável e segura dos moradores às suas comunidades, promovendo uma urbanização que respeite as dinâmicas sociais e ambientais específicas de cada região.

No que concerne ao processo de desapropriação, existem dois caminhos possíveis: se, quando do processo administrativo de desapropriação o proprietário manifestar aquiescência quanto ao valor fixado, o termo ou

contrato administrativo será suficiente para permitir a abertura de matrícula imobiliária, conforme estabelece o artigo 176-A, § 5º, I, da Lei 6.015/73. Este procedimento facilita a formalização da transferência de propriedade e assegura a transparência e eficiência na regularização fundiária.

Por outro lado, quando o proprietário não concordar com o valor fixado para indenização, é necessário promover a ação de desapropriação judicial. Neste caso, pode-se requerer a imissão provisória por meio de uma de medida liminar. Conforme estudado em capítulo próprio, dadas as interpretações doutrinárias recentes que consideram a imissão na posse como possuindo natureza definitiva e o condão de transmitir a propriedade desde logo ao ente expropriante, e considerando que o procedimento da REURB é aplicável aos imóveis particulares (artigo 19, §2º da Lei 13.465/2017), plenamente viável integrar estes institutos. Assim, ao receber do pedido de desapropriação e do projeto de realocação da população afetada, o Juiz poderá conceder a legitimação, deferir o parcelamento e autorizar a titulação de propriedade aos atingidos através da legitimação fundiária. O feito, então prosseguiria, para a definição do *quantum* indenizatório.

Em relação à legitimação fundiária e à titulação da propriedade para os beneficiários no procedimento da REURB, não é necessária a desafetação, avaliação prévia, nem licitação, conforme disposto no artigo 71 da Lei nº 13.465/2017. Esta disposição legal agiliza o processo de atribuição da propriedade imobiliária aos ocupantes, tornando-o mais célere e eficiente, o que facilita a regularização fundiária e promove maior segurança jurídica para os beneficiários.

Apesar de a REURB permitir a regularização em áreas ambientalmente protegidas, é inadmissível uma nova ocupação em Áreas de Preservação Permanente, unidades de conservação de uso sustentável e áreas de proteção de mananciais, pois estas são espaços protegidos contra a devastação, conforme estabelece o artigo 225, §1º, III, da Constituição Federal. Por essa razão, a participação do Ministério Público é crucial em todas as fases do processo, tanto administrativas quanto judiciais, para garantir o cumprimento das normas ambientais e a proteção desses espaços.

A REURB, em suma, é uma política crucial para as camadas mais populares, pois não se limita à legalização da ocupação de terras; ela também promove dignidade, segurança e inclusão social. É fundamental, portanto, continuar investindo e aprimorando não apenas as políticas de regularização fundiária, mas também outras formas de ocupação urbana, com o objetivo de realocar a população severamente afetada pelos eventos climáticos.

Considerações finais

É evidente que a REURB, como normativa que estabelece regramentos para regularizar núcleos informais já existentes e consolidados, não se

aplica a glebas vazias e/ou que serão objetos de novos assentamentos urbanos, conforme consta na Lei de regência. No entanto, visando alcançar a máxima eficácia das normas definidoras de garantias fundamentais, consagradas na Constituição Federal, torna-se urgente que as disposições excepcionais previstas para a REURB sejam estendidas para situações excepcionais de resposta à calamidade.

A experiência tem demonstrado que a demora e os obstáculos impostos para a concessão de moradia popular e sua regular titulação frequentemente resultam em informalidade, uma situação que contraria os objetivos perseguidos tanto pela Constituição.

Ora, se a REURB foi criada para mitigar o profundo déficit habitacional do Brasil, deduz-se, por consequência lógica e para fins de aplicabilidade da garantia constitucional à moradia, que esta pode ser excepcionalmente utilizada para outros fins igualmente excepcionais. O objetivo perseguido por este artigo, portanto, não é o parcelamento do solo com vistas à alienação dos lotes, conforme estipulado nos §§3º e 5º do artigo 26 da Lei 6.766/79, mas sim a realocação de indivíduos atingidos por desastres ambientais.

Além disso, a atual tendência de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito e a consequente erosão dos direitos sociais, com o surgimento de ‘empresas-partido’ ou ‘empresas-governo’ - que, segundo a política do ‘Estado mínimo’, frequentemente negam o direito à moradia em locais seguros e adequados aos já duramente atingidos e fragilizados pelas catástrofes - é negar a própria democracia. Isso porque a exclusão social leva, inexoravelmente, à ausência de democracia, como aponta Sarlet (2010), citando Ferrajoli: “as privatizações e a crescente desregulamentação têm como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, que, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, de quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais”.

Referências

BEZGREBELNA, M.; MCKENZIE, K.; WELLS, S.; RAVINDRAN, A.; KRAL, M.; CHRISTENSEN, J.; STERGIOPOULOS, V.; GAETZ, S.; KIDD, S.A. **Climate Change, Weather, Housing Precarity, and Homelessness: A Systematic Review of Reviews**. Int. J. Environ. Res. Public Health 2021, 18, 5812. <https://doi.org/10.3390/ijerph18115812>. Acesso em: 20 de maio de 2024.

BRASIL, Luciano de Faria. **MORE LEGAL 3**: apontamentos sobre o Provimento n. 28/2004 da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/morelegal_03.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2024.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Projeto “More Legal”**. 2009. Disponível em: <http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/projeto_more_legal_3.pdf>.

Acesso em: 27 de maio de 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição:** Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2024.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e habitação:** análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KÜMPEL, Vitor Frederico; SÓLLER, Natália. **Momento da transferência da propriedade na desapropriação e natureza jurídica da imissão provisória na posse**. Migalhas Revista Jurídica. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/393289/momento-da-transferencia-da-propriedade-na-desapropriacao>. Acesso em: 26 de maio de 2024.

INFREQUÊNCIA E EVASÃO ESCOLAR: UMA DEMANDA INTERSETORIAL E INTERDISCIPLINAR

Valéria Cristina da Costa

Assistente Social pela Universidade Estadual de Londrina, mestre Sociedade e Desenvolvimento pela Universidade Estadual do Paraná *campus* Mourão e doutoranda em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista

Cristiano Costa de Carvalho

Doutorando em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista em período *sanduíche* no Instituto Universitário de Lisboa/ Centro de Investigação e Estudos de Sociologia. Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Serviço Social na área da Educação

Resumo:

O artigo apresenta o fenômeno da infrequência e evasão escolar em uma perspectiva de totalidade e complexidade. Destaca a necessidade de criar políticas públicas no âmbito de municípios por meio de redes intersetoriais, interdisciplinares e descentralizadas. Apresenta a Rede Intersetorial de Proteção Social do município de Maringá, no Estado do Paraná, Brasil, como uma estratégia que tem sido efetiva no enfrentamento ao fenômeno com impactos positivos e sendo um dos elementos que tem destacado o município com indicadores de desenvolvimento escolar satisfatórios no país. O estudo contou com o levantamento bibliográfico e documental na literatura especializada, além do relato de experiência da primeira autora. Aponta que as escolhas teóricas e metodológicas que subsidiam a escrita do texto e a experiência fortalecem a compressão contemporânea sobre o necessário diálogo entre a política de educação com as demais políticas públicas como componente que integra a rede de proteção social, tendo em vista que a escola é parte da rede de proteção à infância, adolescência e juventude, e o enfrentamento a evasão escolar deve ser compreendida como ação estratégica à defesa do direito social e humano.

Palavras-chave: Escola; Evasão; Intersetorialidade; Interdisciplinaridade; Direitos Humanos.

Introdução

A proposta que apresentamos para discussão neste texto não se resigna na relevância da frequência escolar de crianças, adolescente e jovens no ensino obrigatório apenas como uma métrica para responder os ditames dos organismos internacionais exigidos principalmente para países de capitalismo periférico e dependente como o Brasil, restringindo esse fenômeno multifatorial apenas a questão “quantitativa”. Desta forma, a reflexão forjada neste texto tem como principal objetivo compreender a infrequência e evasão escolar na perspectiva histórico-dialética, ou seja, capturando as mediações que permeiam a lógica da realidade que levam as crianças e adolescente a não permanência e a faltas às aulas, para além dos indicadores educacionais e cumprimentos de metas quantitativas, conforme mencionado anteriormente.

Partimos da hipótese de que o trabalho desenvolvido no município de Maringá, Paraná, Brasil, por meio da experiência da Rede Intersetorial de Proteção Social (RIPS), tem se consolidado como uma referência para tratar da complexidade do tema. A RIPS conta com representação do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), equipamento da proteção especial de média complexidade da política de assistência social no referido município e soma no desenvolvimento de um trabalho descentralizado, intersetorial e interdisciplinar para construir estratégias técnicas e políticas para assegurar ao município de Maringá, a superação do fenômeno da infrequência e evasão escolar, e consequentemente, apresentar taxas de frequência escolar superiores ao Brasil.

Para presente análise de experiência, recorreremos ao uso de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos, dissertações e teses que tratam do conjunto de temas necessário para aproximações do objeto de estudo, além de documentos públicos, como legislações, portarias e normativas, recorrendo também ao diário de campo, oriundo das observações e participações da primeira autora no conjunto de ações para criação e desenvolvimento da RIPS, configurando uma análise da experiência e sistematização da prática desenvolvida ao longo dos anos. O método adotado é o histórico-dialético, justamente por ser uma abordagem analítica que visa explicar a realidade social na perspectiva da totalidade e a partir de princípios filosóficos que possibilitam compreender a educação como uma das dimensões da vida humana, um direito social e uma conquista civilizatória. Consequentemente o acesso e a permanência de crianças, adolescentes e jovens na educação escolarizada se constitui um direito humano inalienável.

Dessa maneira, acreditamos que o percurso apresentado neste estudo, poderá contribuir para que outros municípios brasileiros e países desenvolvam práticas sobre o viés interdisciplinar, intersetorial, territorial e descentralizado que dialogue e seja propositivo para transformações societárias de forma a pensar a realidade para além de abstrações meramente gerencialista,

mas que consiga assumir um viés educativo e reflexivo sobre a realidade da formação da sociedade brasileira.

Neste contexto, situam-se as variadas formas de desigualdades educacionais e consequentemente são intensificados historicamente os fenômenos da infrequência e evasão escolar, que persistem em ocorrer ao longo do processo histórico da política educacional, porém, geralmente trato como “problemas” individuais e não como demandas sociais. Eis o desafio: enfrentar o que consideramos uma expressão da questão social exige a efetivação de abordagens técnico-operativas, mas essencialmente políticas, organizativas e éticas.

Infrequência e evasão escolar e os fatores extrínsecos

No primeiro momento, é importante definir o que entendemos por infrequência e evasão escolar. Conforme documento produzido pelo Estado de Minas Gerais (2023) são termos usados para descrever a ausência regular de um estudante na escola, mesmo quando ele ainda não chegou ao ponto de abandono escolar completo, e no caso da evasão, ocorre quando o estudante abandona a escola sem concluir os estudos e sem retorno posterior a alguma rede de ensino (p. 1). Estas situações podem ser identificadas por faltas frequentes ou prolongadas às aulas, sem justificativas válidas ou dentro de um padrão que prejudique o processo de aprendizagem.

Entende-se que a infrequência e evasão escolar são fenômenos sociais presentes na realidade brasileira (mas não somente) que tem afetado significativamente crianças, adolescentes, jovens e famílias no processo de desenvolvimento humano, em suas diferentes etapas seja, criança, adolescente ou jovens. Uma vez que conforme inúmeros estudos na área de educação e da psicologia do desenvolvimento, a educação e a instituição escolar desempenham relevância ímpar no processo de formação e do desenvolvimento humano, tanto no aspecto cognitivo (Piaget, 1986 e 2007) quanto emocional (Wallon, 1995; Ledoux, 2011), social (Flavell, Miller e Miller, 1999) e físico (Haywood e Getchell, 2016; Chaves, 2006).

No segundo momento, a necessidade de localizar que os fenômenos da infrequência e evasão escolar devem ser compreendidos na sua totalidade e não meramente como “ausência” na instituição escolar e na sala de aula. Estudos também sugerem que o fenômeno perpassa por faltas constantes, redução da participação, impacto no desempenho e a situação mais grave, quando constatado o abandono escolar de forma definitiva, o que representa o fracasso do sistema educacional como um todo, afinal “Interromper o processo de aprendizagem do estudante compromete seu direito à educação e seu futuro social e profissional” (Minas Gerais, 2023, p. 2).

Historicamente a infrequência escolar tem sido pautada nas principais avaliações das políticas educacionais, uma vez que é compreendido como

um dos elementos causadores das lacunas no aprendizado e, consequentemente, a um desempenho escolar abaixo do esperado. Os estudos com base no Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb)¹, Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb)², o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja), Estudo Internacional de Progresso em Leitura (PIRLS) e o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) têm sinalizado o fenômeno da infrequência e evasão escolar como a ponta do *iceberg* como forma de explicação do baixo desempenho de estudantes brasileiros nas mais diversas fases do processo de escolarização.

O baixo desempenho de estudantes nos sistemas de avaliações é um medidor significativo e complexo, por esse motivo, tem ganhado espaço nas formulações de políticas públicas o debate que extrapola a própria política de educação e tem exigido por parte de governos, movimentos sociais e de organizações da sociedade civil um olhar mais profundo, colocando em xeque compreensões no espectro conservador que essencialmente partem para explicações e intervenções no campo das políticas públicas de culpabilizar as famílias pelo fracasso escolar. Insistir nesse viés é inócuo, insuficiente, além de ultrapassado, pois refutam elementos centrais previsto na legislação de proteção social à infância e adolescência, prevista no Estatuto de Criança e Adolescente (ECA)³ expresso na Lei Federal nº 8.069/90.

Também, não podemos deixar de problematizar que historicamente, a formulação de políticas públicas no Brasil e das políticas de educação tem sido fundamentada no viés do *familismo* enquanto elemento estruturante da formação sócio-histórica brasileira (Miotto, 2009), ou quando, simplesmente ignora o estudante na sua totalidade, focando apenas na vida escolar, excluindo das análises a vida sócio comunitária, família, condições ambientais, culturais e econômica. Segundo Horst e Miotto (2021), o familismo é apresentado como uma receita milagrosa e central nos dilemas existentes no âmbito das políticas sociais, no entanto, não podemos deixar de problematizar que serve “como um mecanismo de dominação ideológica que se reproduz como estratégia para responsabilizar os indivíduos e suas famílias pelo caos instalado pela sociabilidade burguesa” (p. 37).

Então, podemos constatar, a partir de diversos estudos, que o viés de formulação de políticas públicas pautado no familismo tende a fracassar, uma vez que uma leitura não adequada sobre as condições de vida da população implica em não conseguir desenvolver estratégias políticas eficientes

1 Composto pela Avaliação Nacional da Educação Básica (Aneb), pela Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (Anresc), também conhecida como Prova Brasil, e pela Avaliação Nacional de Alfabetização (Ana).

2 Calculado a cada dois anos, o Ideb é um indicador que leva em conta o desempenho do estudante em avaliações nacionais e as taxas de aprovação.

3 O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é uma lei brasileira que define as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e estabelece medidas para protegê-los. O ECA foi criado em 13 de julho de 1990, Lei Federal nº 8.069.

diante de inúmeras situações de infrequência escolar. O *modus operandi* de políticas públicas centrado na culpabilização única e exclusivamente das famílias pelo fracasso no desempenho escolar, tende a ser reconhecido como a melhor ação para enfrentar o problema, entretanto, ele não produz a eficácia esperada, uma vez que o problema é multifacetado e estrutural. Esta perspectiva ideológica reacionária, conservadora desconsidera as condições objetivas e subjetivas da vida social, bem como a complexidade dos fenômenos que envolvem os indivíduos e suas famílias relacionadas à dinâmica familiar e às situações de violações de direitos que vivenciam cotidianamente neste país.

Experiências exitosas de enfrentamento ao fenômeno da infrequência e evasão escolar têm ganhado destaque, sendo elas, com foco na perspectiva de desenvolver projetos, programas e políticas capazes de compreender a instituição família, escola e comunidade em suas demandas apresentadas numa perspectiva de totalidade e que reconheçam também a complexidade na relação entre Estado e sociedade civil.

Estudos em torno do fenômeno da infrequência e evasão escolar têm apontado fatores *extrínsecos* como determinantes para existência e persistência do fenômeno; fatores familiares (Brandão, 1983), normalmente vinculados a insuficiência financeira; conflitos, o “nível de escolaridade dos pais, a violência doméstica, a gravidez na adolescência, o trabalho infantil, a falta de apoio e incentivo dos pais [...], entre outros” como apontados por Santillana Educação (2024) aparecem de forma relacionada à família.

Fatores sociais e emocionais como por exemplo o Bullying no ambiente escolar, conforme definido na Lei nº 13.185, em vigor desde 2016, aparece por meio da “intimidação sistemática, quando há violência física ou psicológica em atos de humilhação ou discriminação. A classificação também inclui ataques físicos, insultos, ameaças, comentários e apelidos pejorativos, entre outros” com frequência sobre o indivíduos ou grupos sociais (MEC, 2017), ou seja, elementos sociais que apresentam por meio da discriminação ou más influências do ambiente externo tendem a tornar a permanência de estudantes como algo insuportável que pode gerar processo de adoecimento psicossomático, levando a infrequência escolar, além de outros agravos ao desenvolvimento integral do estudante que pode também culminar em problemas de saúde física ou mental, expresso em ansiedade e depressão.

O ambiente, o despreparo docente e a cultura escolar podem aparecer como fatores que induzem a otimizam a infrequência escolar. Um dos problemas que tem aparecido em pesquisas constata que ainda persistem a questão das opções de didática e ensino nas escolas como defasadas e desinteressantes para os estudantes, muitas vezes pouco sintonizadas com o perfil das novas gerações e as com as formas, cada vez mais plurais de didática e ensino. Recursos didáticos e equipamentos de apoio defasados ou inexistentes fazem parte das dificuldades de escolas em muitos municípios brasileiros,

bem como a persistência do autoritarismo (Libâneo, 1985), o que difere de autoridade da gestão escolar e o trabalho docente. Essa questão é amplamente criticada pelo educador e patrono da educação brasileira, Paulo Freire (Freire, 2022) ao defender que educação é um processo constante de criação do conhecimento e de busca da transformação-reinvenção da realidade pela ação-reflexão humana, isso pressupõe que a relação entre educando e educador seja cultivado num ambiente em que as relações sejam dialógicas, preponderante em todo processo educativo, criando práticas, mudanças de paradigmas e fortalecendo condições para que a igualdade e equidade prevaleçam, tornando o ambiente escolar humanizado e acolhedor.

Tendo como referência os aspectos acima mencionados, na segunda parte deste artigo, iremos discorrer sobre a experiência da Rede Intersetorial de Proteção Social (RIPS) criada no município de Maringá, Estado do Paraná, como uma ação política de caráter intersetorial no enfrentamento da infrequência e evasão escolar, bem como pontuar aspectos que tem redimensionado as concepções para que a RIPS consiga alcançar seus objetivos.

A discussão e revisão bibliográfica sobre os fatores extrínsecos de infrequência e evasão escolar é de fundamental importância para embasar uma leitura crítica e de totalidade sobre o fenômeno aqui analisado com vistas a fomentar reflexões sobre as políticas públicas amparadas no campo dos direitos humanos e sociais.

Também é importante destacar que para abranger os desafios apresentados pelas Secretaria de Educação do município (porém, não somente da educação), os diversos sujeitos formularam uma proposta metodológica que tem como princípios organizativos e da ação a intersetorialidade, interdisciplinaridade e a descentralização das políticas públicas (Almeida e Alencar, 2011). Esta escolha fortalece a compressão contemporânea sobre o necessário diálogo entre a política de educação com as demais políticas públicas que integram a rede de proteção social, tendo em vista que a educação é parte da rede de proteção básica, e deve ser compreendida como direito social e humano.

Rede Intersetorial de Proteção Social (RIPS): entre concepções e a interface do trabalho social com o fenômeno da infrequência e evasão escolar

Uma das formas encontradas no município de Maringá⁴ para o enfren-

4 Maringá é um município localizado no estado do Paraná, região sul do Brasil, com uma forte economia com destaque no setor agrícola e uma infraestrutura de qualidade. População (2023): aproximadamente 430.000 habitantes. Área: 485,3 km². Densidade demográfica: cerca de 885 habitantes por km². O município possui uma economia diversificada, com destaque para a agricultura (principalmente grãos como soja e milho), além do comércio e serviços. É também um importante polo industrial e logístico da região. O IDH (Índice de Desenvolvimento Humano): 0,805 (considerado alto), conforme dados

tamento à infrequência e a evasão escolar foi a criação e otimização da Rede Intersetorial de Proteção Social (RIPS). Essa rede interdisciplinar iniciou seus trabalhos em 2001, e contou com representações do poder público municipal por meio das secretarias de saúde, educação, mulher, assistência social, organizações não governamentais (ONG's) e o Conselho Tutelar, com objetivo de incrementar as ações de intervenção e notificação de violências identificadas nos territórios. Com o passar do tempo, o trabalho da RIPS se intensifica. As demandas advindas de Ong's e órgãos do poder municipal exigiu que a Rede repensasse suas estratégias e incorporasse ações preventivas que nortearam o trabalho da equipe. Cumpre ressaltar que o fluxo de trabalho da Rede consistia em primeira instância de estudos e análises:

O primeiro momento [é dedicado ao estudo dos] (...) fluxos locais, estudo de materiais, [do] planejamento de estratégias de atuação nos territórios para prevenção de violências e vulnerabilidades; num segundo momento deverá ser destinado à discussão de caso, neste permanecerão na reunião somente os serviços que possam contribuir com aquela discussão (MARINGÁ/GT-RIPS, 2023, p. 3).

No que diz respeito ao tema central deste artigo, as demandas da educação aparecem conforme dados do Censo Escolar - Inep (2021), o município teve um total de **339 alunos evadidos**, representado por 0.9% da educação básica, sendo 33 alunos nos anos iniciais (1º ao 5º): 33 (0.2%) sob responsabilidade da rede municipal de educação; nos anos finais do ensino fundamental sob responsabilidade do governo do Estado (6º ao 9º ano): 158 alunos (1.3%) e no ensino médio: 148 alunos (2.0%).

No bojo dos estudos de casos, a RIPS passou a entender que tratar as demandas oriundas das escolas em torno de **faltas, evasão** ou **abandono escolar**, sem o estudo da realidade vivenciada, como uma situação de violência, é definir a educação não como direito, mas como obrigação, este debate e compreensão da rede foi bastante polêmico, mas necessário.

Essa forma de compreender as contribuições de Rede Intersetorial de Proteção Social diante do fenômeno da infrequência e evasão escolar provocou toda a rede escolar (estadual e municipal) a rever concepções e o trabalho, assim, uma nova cultura passou a ser instituída e os resultados foram

mais recentes. Rendimento per capita: Cerca de R\$ 2.500,00 mensais. A educação em Maringá é conhecida por receber investimento adequado, com uma estrutura sólida de ensino em todos os níveis, desde a educação infantil até o ensino superior. Possui uma ampla rede de escolas públicas e privadas, que atendem uma grande parte de sua população. IDEB (2019): Ensino Fundamental: anos iniciais - 1º ao 5º ano com média de 6,86,8 - e nos anos finais - 6º ao 9º ano: 6,0. Ou seja, podemos ferir que nas avaliações do SAEB e na Prova Brasil, que mede a proficiência dos alunos em diversas áreas do conhecimento revelam que os alunos de Maringá geralmente apresentam um desempenho superior à média nacional, especialmente nas séries iniciais.

bastante significativos ao longo dos anos. Chegar ao ano de 2021 com 339 alunos evadidos ainda é um desafio, mas não podemos deixar de constatar que em menos de 4 anos, esse número foi reduzido pela metade, conforme dados da secretaria municipal de educação.

No geral, podemos afirmar que os índices de evasão escolar e reprovação têm sido relativamente baixos em comparação com as médias nacionais, refletindo políticas públicas eficazes e ações de apoio aos alunos. A taxa de abandono escolar tem se destacado ao longo dos últimos anos, especialmente nas séries iniciais do Ensino Fundamental. Isso se deve a uma série de políticas educacionais, como programas de acompanhamento de alunos, apoio psicopedagógico, reforço escolar e atividades extracurriculares que incentivam os alunos a permanecerem na escola.

Embora os dados exatos de 2023 ou 2024 possam variar e depender de estimativas anuais, as taxas de abandono escolar mostram um desempenho positivo, com esforços contínuos para manter os alunos na escola até a conclusão do Ensino Médio. Taxa de reprovação escolar tem sido relativamente baixa em comparação com as médias estaduais e nacionais. Não temos dúvida que os dados oficiais reforçam a importância e impacto da Rede Intersectorial de Proteção Social (RIPS) e das suas construções e escolha metodológica.

A RIPS tem se mostrado como uma estratégia importante para o enfrentamento dos problemas da infrequência e evasão escolar, não só, como forma de reduzir ou até, em última instância, superar esses problemas, mas também, para desmontar a ideia de que esses problemas podem ser superados unicamente com a culpabilização das famílias e de sua capacidade protetiva. Tal perspectiva culpabilizante não traz à tona a ausência do suporte do Estado e das políticas sociais para garantir o mínimo de condições para o exercício da proteção das famílias.

Com a RIPS o compromisso com a dignidade humana deve ser celebrado entre todas as partes: família, sociedade, Estado, instituições, e, estas devem ter condições físicas, emocionais e financeiras para exercer a proteção social, o cuidado e ao atendimento das necessidades das crianças e adolescentes.

Considerações finais

O presente estudo apresentou elementos centrais para uma compreensão do fenômeno da infrequência e evasão escolar em uma perspectiva de totalidade. Neste sentido, evidencia-se a necessidade do Estado, sociedade civil e movimentos sociais de formular políticas públicas e desenvolver o controle social sem um viés conservador que, em grande medida, é sustentado pelo debate do familismo, e que reproduz e legitima estratégias políticas para superar dilemas complexos, mas sob a lógica unilateralmente da

responsabilização de indivíduos e famílias, assentadas em concepções acríticas, perversas e insuficientes no que diz respeito a realidade da sociedade brasileira. Ademais esse tipo posicionamento anuvia os processos históricos e cristalizam problemas estruturantes da sociedade tratados como uma questão meramente individual de sujeitos em desajuste com a ordem social. Essa visão distorcida das contradições sociais com reflexos nefastos nas políticas sociais, em especial na educação, desafia o avanço da política com vistas à superação dos problemas. Assim sendo, a desigualdade social repercute na vida das pessoas e incidem também nas desigualdades educacionais. Por isso, entendemos que o fenômeno da infrequência e evasão escolar estão vinculados a fatores extrínsecos: familiares, sociais, individuais e escolares como exposto ao longo do texto, mas sintonizados com as contradições da sociabilidade capitalista na sua estrutura. Assim, é urgente fomentar políticas públicas amparadas no campo dos direitos humanos e sociais que estão previstos na Constituição Federal do Brasil (1988) mas também como nas bandeiras de lutas de sujeitos e movimentos que defendem a educação em uma perspectiva da emancipação política e humana. A luta pelo reconhecimento da educação de qualidade, como um direito social é essencial e assegurar as condições de acesso e permanência de crianças, adolescentes e jovens na escola, por ser esse um direito humano inalienável é a principal meta a ser perseguida por todos os agentes da sociedade.

A premissa de que toda criança, adolescente e jovem têm direito à educação precisa ser reconhecida e quando dizemos que todos os esforços precisam ser empenhados para o acesso, pressupõe o estudo da realidade que a cerca, para que possamos então avaliar a sua permanência na escola. A experiência da Rede Intersetorial de Proteção Social (RIPS) situa a escola como equipamento público em que toda criança, adolescente e jovem quando a frequenta, passa a fazer parte de uma rede complexa em que os profissionais estão comprometidos em passar segurança, acolhida, proteção social para que o processo de aprendizado.

Esta concepção mais ampliada, em rede e que situa a instituição escola em uma rede de proteção social com práticas assentadas na intersetorialidade, interdisciplinaridade e da descentralização das políticas públicas tem provocado mudanças positivas na cultura institucional, colocando a escola em um via de mão dupla, o que tem provocado a rede municipal assumir a identificação adequada de violação de direitos para que então possa realizar os devidos encaminhamentos com maior prioridade e celeridade para superação do estado de violência e promoção à proteção social, o que tem assegurado ao município de Maringá apresentar avanços qualitativos no enfrentamento ao fenômeno da infrequência e evasão escolar acima da média nacional.

Outra ação pertinente é a realização do planejamento do projeto político pedagógico que envolva atividades e projetos que previnam a violência

e divulgação quanto as formas de denúncias de violação de direitos e opressões. Registra-se, a necessidade e urgência de que a proposta de aproximação da política de educação, por meio de profissionais habilitados com a realidade vivenciada, e que impacta no processo de aprendizagem e no convívio social nas escolas é primordial, este é um desafio que não pode ser pessoalizado em alguns/algumas profissionais, mas que deve estar no bojo do exercício profissional e nas descrições dos processos de trabalho, para que não haja prejuízo para quem se destina o trabalho: crianças, adolescentes e jovens em processo de formação e transformação.

Referências

ALMEIDA, Ney L. T. de & ALENCAR, Mônica Maria T. de. **Serviço Social, trabalho e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Carlos R. **Casa de escola: cultura camponesa e educação rural**. Campinas: Papirus, 1983.

CHAVES, Lorena Gonçalves. **Políticas de Alimentação Escolar**. Brasília: Centro de Educação a Distância -CEAD, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12_pol_aliment_escol.pdf acesso em 12 de agosto de 2024.

FLAVELL, J. H., MILLER, P. H., & MILLER, S. A. **Desenvolvimento cognitivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 72ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

HAYWOOD, K. M.; GETCHELL, N. **Desenvolvimento motor ao longo da vida**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.

HORST, Claudio Miranda; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Crise, neoconservadorismo e ideologia da família. In: Beatriz Augusto de Paiva; Simone Sobral Sampaio (org.). **Serviço Social, Questão Social e Direitos Humanos** 1. ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2021.

LEDOUX, Joseph. **O cérebro emocional, os misteriosos alicerces da vida emocional**. Objetiva, 2011.

LIBÂNEO, José Carlos. **Democratização da escola pública: a pedagogia crítica social dos conteúdos**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 1985.

MARINGÁ. **Normas técnicas para funcionamento dos polos locais da rede intersetorial de proteção social - RIPS**, mimeo, 2023.

MEC. Ministério da Educação. **Especialistas indicam formas de combate a atos de intimidação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/47721-especialistas-indicam-formas-de-combate-a-atos-de-intimidacao> . Acesso em: 25 out. 2024.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Educação. **Plano de enfrentamento ao abandono e à evasão escolar nas instituições estaduais de ensino de Minas Gerais**, 2023. Disponível em <https://www.educacao.mg.gov.br/wp-content/>

uploads/2023/06/ Plano-de-Enfrentamento- ao-Abandono-e- a-Evasao-Escolar.pdf Acesso em: 25 out. 2024.

MIOTO, Regina Célia Tamasso. Família e políticas sociais. In: BOSCHETTI, Ivane-te et. al. (Org.). **Política social no capitalismo**: tendências contemporâneas. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 130-148.

PIAGET, Jean. **Epistemologia Genética**. Tradução: Álvaro Cabral. 3ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

PIAGET, Jean. **O nascimento da inteligência da criança**. Editora Crítica: São Paulo, 1986.

SANTILLANA EDUCAÇÃO. Evasão Escolar no Brasil: causas, consequências e como combater. Disponível em: <https://www.santillanaeducacao.com.br/blog/evasao-escolar/#:~:text=Fatores%20 familiares,fam% C3%ADlias%20 em%20 situa% C3%A7%C3%A3o%20 de%20 vulnerabilidade>. Acesso em: 25 out. 2024.

MARINGÁWALLON, Henry. **Evolução psicológica da criança**. Porto: Estampa, 1995.

OS DESAFIOS PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS EDUCACIONAIS PARA A TERCEIRA IDADE NO BRASIL

Vera Lucia Martiniak

Professora Doutora da Universidade Estadual de Ponta Grossa

Rita de Cássia da Silva Oliveira

Professora Doutora da Universidade Estadual de Ponta Grossa

Resumo:

Este texto apresenta os resultados do estudo que teve como objetivo analisar os desafios para a formulação e implementação de políticas educacionais para a população idosa no Brasil. Com o significativo aumento da população idosa no Brasil, emerge a necessidade da formulação de políticas públicas educacionais que ampliem e garantam o direito à educação e diminuam as desigualdades encontradas nas várias regiões do país. Mesmo diante da implementação de políticas educacionais para vários segmentos e modalidades, como também para a promoção da diversidade e inclusão, ainda há uma carência e uma lacuna de ações formativas que preparem seus indivíduos para atuarem em um contexto em que o crescimento da população idosa vem aumentando rapidamente. A pesquisa centrou-se na seguinte questão norteadora: quais os desafios para formulação e implementação de políticas educacionais direcionadas para a população idosa que garantam o direito à educação ao longo da vida? A formulação de políticas educacionais para a terceira idade demanda a necessidade de repensar as suas especificidades de modo que oportunize uma sociedade inclusiva. O referencial teórico adotado foi subsidiado por autores que discutem o envelhecimento e a educação permanente. A pesquisa, bibliográfica e documental, foi utilizada como instrumento para apreciação do conteúdo, no sentido de identificar os desafios para formulação de políticas educacionais, buscando maior compreensão do objeto estudado. Os resultados encontrados permitiram inferir que a situação educacional dos idosos e dos serviços oferecidos ainda estão longe de garantir as especificidades e necessidades tão característicos deste segmento.

Palavras-chave: Políticas educacionais; Pessoa idosa; Educação permanente.

Introdução

A discussão a respeito do envelhecimento tem se tornado emergente nas pesquisas e estudos sobre essa parcela da população. No Brasil houve um aumento expressivo no crescimento da população idosa e os dados demonstram a necessidade de repensar a formulação de políticas públicas, principalmente as educacionais, no sentido de garantir condições de acesso ao conhecimento, empoderamento da população idosa e a melhoria da qualidade de vida.

Neste sentido, esse texto apresenta os resultados do estudo que teve como objetivo analisar os desafios para a formulação e implementação de políticas educacionais para a população idosa no Brasil. Com o aumento progressivo é necessário discutir o processo de escolarização e as dificuldades de inclusão da pessoa idosa na “sociedade do conhecimento” por meio da implementação de políticas educacionais que tenham como foco as necessidades e especificidades dessa parcela da população.

O cenário brasileiro e o aumento populacional

Uma das mudanças mais significativas que ocorreram nos últimos cinquenta anos diz respeito as mudanças demográficas, em especial ao aspecto do envelhecimento dos indivíduos, aliada ao aumento demográfico da população idosa. Esse fenômeno não se restringe aos países em desenvolvimento, mas trata-se de um fenômeno global que apresenta diferentes impactos nos diferentes cenários sociais e consequentemente, repercutem na formulação de políticas públicas para este segmento da população. Com este panorama, a faixa etária dos idosos (no Brasil pessoas com 60 anos ou mais - Lei 10.741/03) tornou-se atrativa temática de pesquisa, embora muitas das discussões restrinjam-se a interesses momentâneos e apresentam perspectivas que se distanciam das reais necessidades deste público.

Dados obtidos no Relatório da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015), demonstram que o número de pessoas com mais de 60 anos irá crescer no período que compreende os anos de 2015 a 2030 cerca de 56%. Assim, por volta de 2050 a projeção é que a população idosa dobrará, atingindo cerca de 2,1 bilhões de indivíduos.

Esta perspectiva mundial é convergente no que tange ao envelhecimento da população, a qual se comprova em diferentes países, pode ser atribuída à fatores, entre os mais comuns incluem-se os avanços na área da medicina tanto no que se refere as descobertas de medicamentos mais eficazes para tratamentos, como no uso da tecnologia com aparelhos e exames sofisticados que são eficientes e mais precisos nos diagnósticos, na prevenção de certas patologias e profissionais mais qualificados que se especializam, aprofundando seus conhecimentos em campos cada vez menores, exigindo maior cooperação e parceria entre os profissionais com diferentes compe-

tências. Somadas a esta constatação, evidencia-se a diminuição das taxas de mortalidade em todas as idades, aos avanços sociais e sanitários, referenciando cuidados e atenção com ações preventivas para essa faixa etária, que anteriormente eram inexistentes.

Neste mesmo cenário registra-se a diminuição da fecundidade, menos crianças nascendo e pessoas idosas com maior longevidade.

Não se pode atribuir apenas a dados demográficos os impactos e reflexos do envelhecimento nas sociedades contemporâneas, embora esses dados, sem dúvida, além de reais, confirmam a materialidade destas mudanças, entretanto, acrescentam-se outras alterações importantes. O envelhecimento constitui um processo vital que condensa mudanças biológicas, psicológicas, sociais, econômicas, culturais, políticas de grande amplitude e por muitos indivíduos ainda não avaliados na sua extensão e relevância.

Caracterizar o envelhecimento como um processo vital repercute satisfatoriamente ao se considerar a velhice como um estado definitivo e mais, revestido de estereótipos negativos (improdutividade, incapacidade de aprendizagem, de adaptação, desinteresse pela vida, ausência de futuro, impossibilidade de bem estar e de ser feliz) reforçando uma cultura na qual enaltece e valoriza a juventude.

Conforme afirma Giacomini (2011, p. 4),

Existe uma cultura nacional de valorização da juventude que reforça comportamentos de negação da velhice, em que ser velho ainda significa estar doente, dependente e excluído da vida profissional, familiar e cidadã. Esse fenômeno é confirmado quando se analisa a desimportância com que tem sido tratado o processo de envelhecimento, o qual entra governo, sai governo, não é incluído de fato na pauta das prioridades das políticas públicas nem se materializa no orçamento e financiamento que lhe são destinados.

Embora em discursos ainda seja referenciada esta visão negativa, a tendência pessimista de abandono dos interesses da vida, conforme sustenta a teoria psicológica da desvinculação, é gradativamente sobreposta pela teoria da atividade e indica novos papéis sociais que os idosos assumem. Ainda mais, é complementada pela teoria da continuidade na qual a vida é um desenvolvimento contínuo que exige adaptações, inovações e, o idoso se apresenta suscetível e estimulado a participar e se integrar diante das inovações que surgem, respondendo de maneira surpreendentemente positiva diante dos desafios tecnológicos.

Para além dos processos biológicos e psicológicos, o envelhecimento é um processo cultural e social, multifacetado. Muito mais do que ser referenciado pelo número de anos, ele pode ser avaliado pelas mudanças atitudinais e de comportamento resultantes das relações que se estabelecem entre os grupos e as condições que a própria sociedade impõe.

Esta população está crescendo em ritmo acelerado, o que demanda políticas públicas e diferentes ações ao encontro das necessidades deste segmento etário, tendo em vista um envelhecimento ativo, com possibilidade de qualidade de vida, participação social e desenvolvimento social. O empoderamento do idoso se alicerça na busca pela atualização de conhecimentos e informações, elevação da autoestima, participação e inserção social, atuação e intervenções em questões sociais enquanto cidadão de direitos.

Cabe ressaltar que “as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhados de instrumentos para efetivá-los”. (Freire Jr., 2005, p. 48).

O pluralismo social e cultural da vida moderna faz com que os papéis sociais atribuídos aos idosos se diversifiquem dentro das conjunturas do país. Esta é uma realidade que ainda está longe de ser considerada pelas políticas públicas e pela sociedade brasileira em geral porque além de ser necessária uma mudança cultural, educacional de maior reconhecimento, respeito e valorização do potencial dos idosos, também impõe a superação e desconstrução de estereótipos negativos e inconsistentes cientificamente que enaltecem as incapacidades e limitações dessa faixa etária. “A velhice, como conjunto de convenções sociais, é uma categoria esquecida socialmente, enquanto na prática quotidiana e repetitiva, os problemas se avolumam” (Oliveira, 1999, p. 161).

A população brasileira apresenta uma distribuição desigual no território, a dinâmica populacional tem demonstrado que há uma irregularidade nas regiões, como por exemplo a região sudeste apresenta um índice de 42,12% de habitantes do total, seguida do nordeste que possui um índice de 27,82% de habitantes, a região sul com 14,35%, a região norte com 8,31% e por fim, a região centro-oeste com 7,36% (Brasil, IBGE, 2010).

O processo de concentração da população em áreas urbanas, medido pela evolução da taxa de urbanização, que tem como cálculo a proporção de pessoas que viviam em áreas urbanas, passou de 82,5%, em 2005, para 84,7% em 2015. O indicador usualmente utilizado para analisar a composição da população por sexo é a razão de sexo, calculada pelo quociente entre o número de pessoas do sexo masculino por 100 pessoas do sexo feminino. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio - PNAD/2015, a razão de sexo foi de 94,3 homens para cada 100,0 mulheres no Brasil, sendo que a composição da população por sexo foi de 51,5% de mulheres e 48,5% de homens.

Nas estimativas de população das Nações Unidas (WORLD, 2015) a razão de sexo do mundo foi de 101,8 homens por 100,0 mulheres, em 2015; ou seja, na população mundial havia mais homens que mulheres. Isso está relacionado ao fato de que China e Índia, que concentravam parte substantiva da população (36,6% da população mundial, em conjunto), apresenta-

vam razão de sexo elevada (106,3 e 107,6, respectivamente). As razões de sexo mais elevadas são, em geral, encontradas em populações mais jovens e naquelas que recebem maiores fluxos migratórios. Em todos os países do mundo nascem mais homens do que mulheres, geralmente em uma proporção que varia de 102,0 a 106,0 nascimentos de meninos para cada 100,0 meninas, a chamada razão de sexo ao nascer. Como a mortalidade dos homens é maior que a das mulheres em cada idade, a proporção de homens tende a diminuir com o aumento da idade. Por esse motivo, uma população mais envelhecida tende a apresentar menor razão de sexo.

Uma das principais constatações dentre os fatores que podem afetar a razão de sexo na população está a adoção de políticas populacionais que restringem o crescimento populacional de um determinado país (como a política do filho único na China), fatores externos que atuam como controladores, relacionados a guerras ou desastres ambientais, e o fato de que em alguns países a razão de sexo ao nascer é bem mais elevada que a média mundial, devido ao viés na seleção por sexo. Esse viés na seleção por sexo está relacionado ao baixo status de mulheres e meninas em determinadas sociedades (Brasil, IBGE, 2016)

Segundo o IBGE (2015) a composição populacional por grupos de idade aponta para uma tendência de envelhecimento demográfico, que corresponde ao aumento da participação percentual dos idosos na população e a consequente diminuição dos demais grupos etários. A queda da participação das pessoas de 0 a 14 anos de idade na população foi mais expressiva, passando de 26,5%, em 2005, para 21,0% em 2015, bem como a queda observada no grupo de 15 a 29 anos de idade, que foi de 27,4% para 23,6% no mesmo período. Por outro lado, a proporção de adultos de 30 a 59 anos de idade teve aumento no período, passando de 36,2% para 41,0%, assim como a participação dos idosos de 60 anos ou mais de idade, de 9,8% para 14,3%. Em 2015, os valores extremos na proporção de idosos na população foram de 8,0% nos estados brasileiros. Sendo assim, a idade mediana (medida de localização do centro da distribuição dos dados, que neste caso é a distribuição etária da população) de uma população corresponde à idade que divide a distribuição ao meio, isto é, 50% das pessoas apresentavam idade menor ou igual à mediana e os outros 50% tinham idade igual ou maior ao valor da idade mediana.

Complementando, as unidades da federação da região Norte do Brasil com baixa proporção de idosos na população, também apresentaram baixa expectativa de vida ao nascer. Nas regiões sul e sudeste ambos indicadores foram elevados.

Assim a longevidade se constitui como um dos grandes desafios deste século e cada vez mais se ressalta a relevância da educação para esta faixa etária, para além de ser um direito prescrito legalmente mas também como estratégia de empoderamento, de aquisição de conhecimentos, informações,

elevação de auto estima, possibilidade de inserção e participação na sociedade, superando que não por raras vezes o contexto cruel que retrata uma contradição, a vulnerabilidade dos idosos retratam o desrespeito pelas condições mínimas de sobrevivência, e ficam marginalizados socialmente.

Diante desse quadro que apresentam diversidades na composição de sua população é necessário que o governo federal repense e planeje políticas públicas a partir das especificidades regionais. Nesse cenário em que o envelhecimento se torna preocupação dos governos, considerando que as regiões brasileiras demandaram políticas públicas específicas para atendimento da população idosa, tem-se uma expectativa de que a implementação de políticas educacionais se torne mais efetiva e garantam melhor qualidade de vida para esse segmento.

O Brasil é constituído por 26 milhões de idosos (IBGE, 2013) e no ano 2025, segundo projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população brasileira será composta por 34 milhões de idosos. Embora o contingente de idosos seja significativo ainda persiste na sociedade brasileira preconceitos por meio de um estereótipo negativo da velhice, que resalta incapacidade, improdutividade, doenças e marginalização social.

Os preconceitos acerca da velhice elucidam as faces da discriminação e opressão que muitos idosos sofrem, por serem considerados sujeitos improdutivos e sem capacidade de aprender. Nesse sentido, o idoso fica caracterizado como um peso para a sociedade, a qual por muitas vezes o oprime, considerando que seus conhecimentos são ultrapassados e suas experiências não têm significado.

Além disso, o idoso é considerado uma questão social, pois na sociedade capitalista, um grande contingente de aposentados e pensionistas idosos é sinônimo de ônus, com o agravante de que o número de pessoas com 60 anos ou mais aumenta numa velocidade maior do que os ajustes econômicos. Assim, os preconceitos e estereótipos de um sujeito incapaz e improdutivo se mantêm. Na própria dinâmica da sociedade capitalista o idoso é excluído do mundo do trabalho, e quando sua força de trabalho é requerida há sempre desvalorização e precarização das suas atividades laborais. Contrariamente, a sociedade defende um discurso de que a aposentadoria é um direito e uma conquista do trabalhador, mas por outro lado, o indivíduo é desvalorizado e considerado como improdutivo e, portanto, inútil. (Bulla; Kaefer, 2003).

A educação é um potencial instrumento de conscientização da população para a superação dos preconceitos negativos atribuídos à velhice, e mesmo cientificamente sem fundamentação, estes são reforçados nesta sociedade.

Aliada à educação, a legislação brasileira, ressaltando o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) no Capítulo V referente à Educação, Cultura, Esporte e Lazer, no Artigo 21 preconiza que “O Poder Público criará opor-

tunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados”, seguido do Artigo 25 “O Poder Público apoiará a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e incentivará a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual”.

Desta maneira, a educação para a terceira idade e as universidades abertas para a terceira idade, constituem-se como projetos ou programas voltados a oferecer conhecimentos, informações e em especial, possibilitar a valorização desta faixa etária, se fazem emergentes e relevantes na sociedade brasileira. Contudo, a precarização do ensino brasileiro é percebida pelos baixos índices nos níveis de leitura, escrita e matemática dos alunos da Educação Básica. Por isso, é imprescindível que sejam formuladas políticas educacionais que atendam todos os níveis e etapas de ensino, de forma que garantam espaços inclusivos para todos os seus habitantes, de forma que promovam oportunidades para o desenvolvimento social e qualidade de vida tanto de crianças, jovens e idosos.

A educação no contexto brasileiro: aspectos históricos e políticos

A formulação de políticas educacionais para a terceira idade demanda a necessidade de repensar as suas especificidades de modo que oportunize uma sociedade inclusiva. Para tanto, conforme os princípios defendidos nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS, no qual busca assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos ainda está longe de ser alcançado. No Brasil até o momento não se consolidou um sistema educacional que possibilitasse a garantia de aprendizagens efetivas e tornasse a escola um instrumento de potencialização do conhecimento para os indivíduos. Portanto, as sucessivas reformas implementadas no século XX e início do XXI não alcançaram os objetivos esperados e acentuaram as deficiências e desigualdades educacionais.

A década de 1990 foi marcada por um clima de perplexidade decorrente das implicações de orientação neoliberal assumida pelo governo que caracterizou-se pela formulação de políticas educacionais duvidosas. Essa política estava aliada a um discurso de reconhecimento da importância da educação como instrumento de controle e regulação do Estado, por outro lado houve uma redução nos investimentos na área e forte influência da iniciativa privada e de órgãos não-governamentais, evidenciando a expansão de ações governamentais aliadas aos interesses do capital. As ações foram direcionadas para a educação básica, escamoteando as reais necessidades e interesses do segmento da população idosa.

Para que o direito à educação fosse efetivamente garantido nas escolas,

não somente o acesso, mas a permanência e a apropriação do conhecimento escolar do aluno na instituição, é importante uma formação docente numa perspectiva crítico/político que subsidie teoricamente os docentes em seu trabalho, que compreendam o estudante como um sujeito social de direitos e, conseqüentemente, que necessita de uma prática docente coerente com o discurso no qual os professores estejam imbuídos de consciência política, social e intelectual, para atuar em sala de aula, sobretudo, reconhecendo o seu fazer pedagógico como espaço possível para refletir sobre a educação.

A formulação de políticas educacionais para a terceira idade deve abranger desde o processo de escolarização até a formação de profissionais para atendimento das especificidades deste público. Entretanto, diferentes discussões relativas à formação do professor e a sua prática se constituíram e se constituem como elementos de discussão no cenário nacional. Por outro lado, projetos educacionais implantados nas últimas décadas são norteados em uma perspectiva da individualização dos sujeitos, por meio da formação de competências e habilidades. O contexto histórico que se apresenta no cenário atual denuncia a precariedade das políticas formativas, cujas mudanças não lograram êxito ao estabelecer um “[...] padrão minimamente consistente de preparação docente para fazer face aos problemas enfrentados pela educação escolar em nosso país” (Saviani, 2009b, p. 148).

A influência dos organismos internacionais tem impactado na formulação das políticas educacionais e, principalmente, na formação de professores, que se tornou essencial no discurso para a melhoria da qualidade da educação e como estratégia para inserir os alunos na denominada “sociedade do conhecimento”, por meio das pedagogias do aprender a aprender que torna o sujeito adaptável às exigências do mercado de trabalho (Duarte, 2011). O lema “aprender a aprender” foi expresso em um relatório organizado por Jacques Delors no qual menciona quatro pilares: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos, e finalmente, aprender a ser. Nesse cenário a formação de professores caracteriza-se por formar profissionais flexíveis, capazes de gerir imprevistos, inovadores, proativos e eficientes (Shiroma, 2011).

Mesmo diante da implementação de políticas educacionais para vários segmentos e modalidades, como também para a promoção da diversidade e inclusão, ainda há uma carência e uma lacuna de ações formativas que preparem seus indivíduos para atuarem em um contexto em que o crescimento da população idosa vem aumentando rapidamente.

Desafios para a inclusão e o acesso do idoso às políticas educacionais

Diante do cenário de precarização da educação brasileira a população idosa enfrenta o desafio de se inserir na “sociedade do conhecimento”. O

termo “sociedade do conhecimento” é utilizado por Duarte (2003) para designar uma ideologia capitalista que cumpre sua função na reprodução do capitalismo contemporâneo, que é a de enfraquecer as críticas radicais. Dentre as ilusões da sociedade capitalista utilizadas para esse fim, destaca a de que o conhecimento hoje é extremamente acessível. Em sua obra, o autor explicita as armadilhas destas pedagogias, que desqualificam as ações efetivamente educativas, ameaçando a transmissão dos conhecimentos historicamente acumulados.

Deve-se considerar que o acesso ao conhecimento perpassa pelas condições materiais dos indivíduos, que podem facilitar ou excluir e acentuar a sua vulnerabilidade. Em um contexto em que se vivencia o isolamento social e o risco de contaminação e agravamento da saúde, tanto física quanto mental, exigem que o idoso tenha contato com novas aprendizagens que demandam conhecimentos de tecnologia e seus meios para a inclusão digital.

A inclusão digital do idoso perpassa não somente os aspectos relacionados ao conhecimento, mas também se deve considerar questões motoras e psicológicas que influenciam no acesso às informações. O acesso às informações por meio da internet tornou-se um meio expressivo e uma ferramenta na socialização de informações que contemplam áreas de interesse direcionadas ao idoso.

Assim, as pessoas atualmente se conectam em tempo real com todo o planeta, a socialização incorpora as relações produzidas pela rede de interconexões de pessoas entre si mediadas pelas tecnologias da comunicação e da informação. Recebem informações dos diferentes meios de mídias eletrônicas, os quais poderão influenciar nas concepções, nos valores que nortearão as atitudes e nas representações sociais que cada um constrói ou ressignifica suas percepções, nortearando sua vida, intervindo nas relações intergeracionais, na cultura e na sua própria identidade.

Com isso, pode-se afirmar que as tecnologias digitais têm favorecido e ampliado as interações sociais por meio da internet, e tem auxiliado na prevenção da depressão e do isolamento social, especialmente os limitados fisicamente. Além de a internet ser utilizada como recurso para estimular as atividades cerebrais, ela oferece diferentes possibilidades de interação social para todas as faixas etárias (Miranda; Farias, 2009).

Conforme afirma Kachar (2003, p. 52),

A geração nascida no universo de ícones, imagens, botões e teclas, transita na operacionalização com desenvoltura nesta cena visionária de quase ficção científica, mas outra, nascida em tempos de relativa estabilidade, convive de forma conflituosa com as rápidas e complexas mudanças tecnológicas, cuja progressão é geométrica.

E, justamente neste novo universo que se descortina e rapidamente se impõe a todos, exigindo mais informações, mais domínio da tecnologia sur-

ge a necessidade da educação permanente para o idoso. Contraditoriamente, a não inserção neste universo de relações, o trânsito pelas informações tecnológicas, certamente será mais um elemento de exclusão para o idoso, restringindo sua participação social, reforçando sua improdutividade, seu isolamento e sua marginalização.

Algumas reflexões para concluir... ou para reiniciar?

O crescimento da população idosa é uma tendência mundial, decorrente dos avanços da medicina, da melhoria da oferta de serviços públicos e principalmente, da implementação de políticas públicas para esse segmento. Todavia, mesmo que o Brasil tenha promulgado uma Política Nacional do Idoso, há uma lacuna na implementação de políticas e programas educacionais que se articulem de forma que promovam ações que favoreçam o empoderamento e a melhoria da qualidade de vida da terceira idade.

Segundo Oliveira (1999, p. 255) “Torna-se necessária a sensibilização da população brasileira e do poder político para o problema da velhice que hoje está subordinado a outros problemas sociais a que, de certa forma, a poucos interessa.”

Salienta-se que a velhice não é uma concepção absoluta, mas interpretação sobre o percurso da existência, é uma concepção que se transforma histórica e socialmente.

Para se alcançar uma sociedade justa e igualitária, é necessário ter clareza de que a socialização do saber elaborado é essencial, pois a valorização do saber objetivo é essencial na formação humana. Nesse sentido, é importante destacar a importância dos conteúdos historicamente acumulados, ou seja, os conteúdos clássicos. Tornar o aluno um sujeito emancipado futuramente requer uma educação que tenha como prioridade esta premissa e, para isso, precisa estar afinada com as tendências manifestadas na sociedade que apontam para a necessidade de uma formação geral sólida, da capacidade de manejar conceitos e desenvolver o pensamento abstrato (Saviani, 1995).

Entretanto, é importante destacar que as políticas educacionais brasileiras estão distantes de sua efetivação e melhoria dos índices de escolarização. Isso decorre da ausência de um sistema de educação qualitativo de nível nacional além de, uma precariedade no que diz respeito à verba para educação, falta de investimento profissional e má remuneração; questão material da organização do sistema e das escolas e por fim, a descontinuidade, a cada governo das medidas que foram implementadas com sucesso ou não (Saviani, 2011).

A situação educacional dos idosos e dos serviços oferecidos ainda estão longe de garantir as especificidades e necessidades tão característicos deste segmento. Essas fragilidades demonstram que a demanda é grande e é necessário investir no processo educacional, bem como na formação de

profissionais qualificados e no investimento de pesquisas e estudos na área da Gerontologia e da Geriatria.

Não se pode considerar que o grande contingente de idosos registrado hoje na pirâmide demográfica brasileira é a mola propulsora de diferentes estigmas atribuídos à velhice, seria demasiadamente ingênua essa posição. O idoso sempre existiu porque a população é estruturada pela coexistência de gerações que se renovam, entretanto o que modificou e ainda precisa avançar refere-se as representações sociais da velhice aliadas ao movimento da sociedade com relação aos idosos e a maneira como são vistos e reconhecidos pela sociedade. “O idoso é um ser de direitos que são efetivos com o reconhecimento da sua necessidade no engrandecimento da humanidade. É na constatação da sua sabedoria que se constrói uma sociedade de respeito e dignidade “. (Quadros, Oliveira, Rodrigues, Corte, 2018, p. 202).

A política específica para esse segmento etário requer urgente implementação para prevenir uma catástrofe anunciada e constatada pelos dados demográficos da população brasileira, que envelhece rapidamente, e a sociedade ainda não se encontra preparada para atender essa demanda.

A educação exerce um papel fundamental como atenuante na redução das discrepâncias de valores e de ideias que causam tensão entre as diferentes gerações, ao mesmo tempo em que a busca de integração entre as gerações poderá se constituir como uma estratégia relevante para reverter a médio e longo prazo o processo de desvalorização do idoso na cultura nacional brasileira.

É inevitável a transformação progressiva do lugar social da velhice, esboçando o reconhecimento como sujeito psíquico existente e como agente social, sendo essencial a participação do idoso nesse processo tanto quanto a concepção de educação permanente, que possibilitarão repensar os limites impostos e estabelecer um projeto possível de futuro.

“Os idosos necessitam de atenção, investimentos e espaço para uma vida digna. Deve ser esse o compromisso da sociedade brasileira em toda a sua amplitude, repensando os limites da velhice e desenhando um panorama mais otimista de esperança e conquistas.” (Oliveira, Oliveira, 2007, p. 128).

Referências

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 3 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Brasília, 2003.

BULLA, Leonia Capaverde; KAEFER, Carin Otilia. Trabalho e aposentadoria: as repercussões sociais na vida do idoso aposentado. **Revista Virtual Textos e Contextos**, nº2, dez. 2003.

DUARTE, Newton. **Sociedade do conhecimento ou sociedade das ilusões?:** quatro ensaios crítico-dialéticos em filosofia da educação, Campinas, SP: Autores Associados, 2003.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O controle Judicial de políticas públicas. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2005.

GIACOMIN, Karla. **O compromisso de todos por um envelhecimento digno no Brasil**. Brasília, Ed. Nacional, 2011.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010** - Sinopse do Censo Demográfico 2010. Rio de Janeiro, 2011.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

KACHAR, Vitória. **Terceira Idade e informática**: aprender revelando potencialidades. São Paulo, Cortez, 2003.

MIRANDA, Leticia Miranda de; FARIAS, Sidney Ferreira. As contribuições da internet para o idoso: uma revisão de literatura. **Interface (Botucatu)**, Botucatu , v. 13, n. 29, p. 383-394, June 2009 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000200011&lng=en&nrm=iso>. access on 31 July 2020. <https://doi.org/10.1590/S1414-32832009000200011>.

OLIVEIRA, Rita de Cássia. **Terceira Idade**: do repensar dos lires aos sonhos possíveis. São Paulo: Paulinas, 1999.

OLIVEIRA, Flávia; OLIVEIRA, Rita de Cássia. As pessoas idosas no Brasil: contexto demográfico, político e social. REQUEJO, Agustín; CABRAL, Fernando (org.). *In: As pessoas idosas*: contexto social e intervenção educativa. Lisboa, Instituto Piaget, 2007.

QUADROS, Sheila; OLIVEIRA, Rita de Cássia; RODRIGUES, Vanessa. Velhice e envelhecimento a partir da perspectiva da longevidade: novos sujeitos, novos atores. SILVA, Aline; OLIVEIRA, Diogo; BARROS, Juliana; KRUCZEVESKI, Lais; ALMEIDA, Nayara; SILVA, William. *In: Pesquisa em Ciências Sociais*: educação e direitos humanos. Rio de Janeiro, Multifoco, 2018.

SAVIANI, Dermeval. **Desafios para a construção coletiva da ação supervisora**: uma abordagem histórica. Série Ideias, nº 24, São Paulo, FDE, 1995.

SAVIANI, Dermeval. **Pedagogia histórico-crítica**: primeiras aproximações. Campinas: Autores Associados, 2011.

SHIROMA, Eneida Oto; MORAES, Maria Célia M.; EVANGELISTA, Olinda. **Política Educacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Envelhecimento ativo**: uma política de saúde. Brasília. Organização Pan Americana da Saúde, 2005.

BIOÉTICA DE INSPIRAÇÃO FEMINISTA NOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS DAS MULHERES

Raíssa Lima e Salvador

Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória.
Investigadora do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra com auxílio de bolsa
de Doutoramento-sanduiche da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de
Nível Superior

Resumo:

Visa-se investigar qual o papel teórico da bioética de inspiração feminista no estudo dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Nesses termos, objetiva-se estudar a bioética de inspiração feminista e suas implicações no exercício de direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, bem como analisar a função teórica desse conteúdo na aferição e confecção de meios eficazes à emancipação social feminina, sob uma perspectiva do método dialético. Para tal, em um primeiro momento, analisa-se o conteúdo da bioética como instrumento transdisciplinar que age como vigilante ético de dilemas morais complexos relativos à vida humana, com ênfase na sua utilização de forma a considerar as interseccionalidade das identidades sociais. Em seguida, estudam-se os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres no que tange à bioética de inspiração feminista, bem como sua conexão com a proteção dos direitos humanos e com a luta por igualdade de gênero, demonstrando as formas como as políticas públicas e as decisões jurídicas impactam a liberdade e a autonomia das mulheres sobre seus corpos. A partir disso, busca-se compreender como a bioética feminista contribui para a construção de um ambiente onde as mulheres possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais com dignidade, liberdade e sem coerções externas.

Palavras-chave: Bioética; Direitos Humanos; Direitos reprodutivos; Direitos sexuais; Desigualdade de gênero.

Introdução

Com o desenvolvimento irrestrito da tecnologia e suas interferências na vida humana, nota-se um aumento significativo de dilemas éticos associados ao mundo jurídico que envolvem os direitos reprodutivos e sexuais

das mulheres, especialmente no que tange a questões como a legalização do aborto, o acesso à métodos contraceptivos, a educação sexual, a maternidade de substituição, dentre outras. Esses dilemas se amplificam, sobretudo, em razão da existência de sociedades marcadas por questões de cunho religioso ou conservador, que se posicionam com base em interpretações dogmáticas e que desconsideram a complexidade e diversidade de realidades sociais sedimentadas em desigualdade social e fragilidade humana.

No caso, juristas se esforçam para tentar determinar, por meio de princípios e de normas jurídicas, condições justas a realidades inéditas que se alteram de tempos em tempos, conforme o decorrer das transformações científicas e tecnológicas do mundo físico e virtual, que ocorrem, por sua vez, de forma constante e acelerada. Logo, a construção legislativa de novas normas capazes de regular a vida enfrenta desafios que incluem a necessidade de acompanhar um ritmo exaustivo de mudanças, respondendo a questões delicadas que tocam na ética sobre a vida humana ao mesmo tempo em que devem considerar múltiplas vulnerabilidades sociais.

Assim, nota-se a necessidade de cunhar normativas que equilibram princípios universais de justiça e igualdade simultaneamente à adaptação quanto especificidades culturais, econômicas e sociais referentes a cada contexto, de modo a assegurar direitos fundamentais, que merecem uma promoção que se desenvolve em função da inclusão e da superação de desigualdades estruturais.

Desse modo, como se não bastasse a constância de mudanças tecnológicas e biomédicas, a desigualdade de gênero é agravada por obstáculos sociais, geográficos, econômicos e raciais, dos quais, em vista do acúmulo de vulnerabilidades, resultam na intensificação de violências, opressões e explorações da vida e da dignidade humana. Sobretudo, no que tange ao gênero, salienta-se que essa promoção dos direitos humanos das mulheres compreende um esforço contínuo a encarar preconceitos históricos que limitam o acesso a garantias fundamentais relativas à vida com plena dignidade, principalmente sob uma perspectiva que encara a existência de interseccionalidades sociais e raciais.

Nesses termos, questiona-se qual o papel teórico da bioética de inspiração feminista no estudo dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres com vistas a sua libertação social e proteção da dignidade da pessoa humana. Objetiva-se estudar a bioética de inspiração feminista e suas implicações no exercício de direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, bem como analisar a função teórica desse conteúdo na aferição e confecção de meios eficazes à emancipação social feminina, sob uma perspectiva do método dialético.

Bioética crítica e suas intersecções

Nos termos de Volnei Garrafa (2012, p. 741), a bioética seria um con-

ceito cuja interpretação tem a tendência a variar conforme diferentes contextos, estudiosos e países, tendo surgido nos anos 1970 como uma nova perspectiva a compreender o mundo e a vida sob uma ótica da ética, incorporando uma noção abrangente na interpretação do que seria qualidade de vida humana, bem como analisando questões do universo da biomedicina englobando, sobretudo, o elemento da proteção ao meio ambiente e ao ecossistema.

No caso, o termo “bioética” foi introduzido por Van Rensselaer Potter em sua obra *Bioética: ponte para o futuro* (1971), que marcou o surgimento de um novo campo de estudos unindo biologia e ética. Potter (2016, p. 27) constatou a necessidade de uma nova sabedoria capaz de orientar a humanidade no uso do conhecimento para sua sobrevivência e para a melhoria da qualidade de vida, promovendo ações voltadas ao bem-estar social.

Para Potter (2016, p. 27-28), a bioética surge como uma “ciência da sobrevivência”, integrando biologia, ciências sociais e humanidades, especialmente a filosofia, para ir além de uma ciência isolada. Tratar-se-ia de uma disciplina que busca unir o conhecimento biológico aos valores humanos, oferecendo modelos de estilo de vida e designando políticas públicas que sirvam como uma ponte para um futuro sustentável. É como se a sobrevivência e a continuidade da humanidade dependessem da preservação da natureza, pois, sem os animais e plantas, os seres humanos não conseguiriam manter sua própria existência, em uma frágil teia da vida (Potter, 2016, p. 27-28).

Segundo Patrão Neves (2002, p. 30), o ser humano torna-se, finalmente, atento ao impacto que suas ações geram, interrogando-se sobre os limites dessa ação, despertado ao incondicional valor de todo e de cada ser humano, interrogando-se sobre o sentido ou a finalidade do seu agir, em um espaço de interação da vida com a natureza, do qual se insurge a bioética, articulada em um plano transdisciplinar, em uma razão do ser e do ir sendo, mais do que do ter ou do produzir.

A bioética, nessa perspectiva, provém da integração transdisciplinar entre as ciências biológicas e humanas, com o objetivo de resolver problemas atuais e garantir a proteção da humanidade e seus valores sociais, tanto no presente quanto no futuro. Logo, a ideia de “ponte para o futuro” proposta por Potter está baseada na relação entre o homem e a natureza, enfatizando a preservação ambiental e a co-dependência entre os seres vivos, de modo que se salienta que uso excessivo dos recursos naturais poderia causar danos à humanidade.

Desse modo, em tese, a ponte para o futuro de Potter, ou seja, a bioética, deve ser uma disciplina capaz de acompanhar o avanço científico por meio de uma vigilância ética, promovendo a democratização contínua do conhecimento científico como uma maneira exclusiva de preservar a ética (Diniz; Guilhem, 2002, p. 14).

A “ponte para o futuro” simbolizada pela bioética é um instrumento a forjar a reflexão crítica e a vigilância ética sobre questões que afetam diretamente os direitos humanos, seja em questões relativas ao direito e acesso à saúde como, também, complicações mais coletivas como catástrofes ambientais e sanitárias. A bioética proporciona uma análise profunda e ética de situações complexas, como a desigualdade no acesso a tratamentos médicos, a eutanásia, e a autonomia reprodutiva e sexual, além de questões que emergem em momentos de crise, como a própria pandemia da COVID-19.

A bioética desempenha um papel fundamental na análise crítica de questões complexas da vida humana, especialmente quando se trata de garantir a perpetuação da humanidade com respeito à dignidade. Durante a pandemia de COVID-19, por exemplo, a bioética foi essencial para discutir a distribuição adequada de vacinas, a proteção de populações vulneráveis e as decisões de saúde pública que buscam equilibrar direitos individuais e coletivos. Além disso, a bioética também compreende conteúdo fundamental no contexto de catástrofes ambientais, como desastres naturais e mudanças climáticas, em que é imprescindível refletir sobre a responsabilidade humana em relação ao meio ambiente e à sustentabilidade, orientando as ações necessárias a proteger os direitos das populações afetadas, assegurando que a dignidade humana seja preservada em situações de grande extrema adversidade.

Especialmente, a bioética de Potter também pode ser intitulada como bioética global, tendo em vista que compreende um pensamento específico, no qual propõe algo que se associa à ética social em oposição à ética econômica ou capitalista, em uma ponte se estende às éticas fragmentadas, como a ética médica, a ética social e as éticas ecológicas (Cunha; Lorenzo, 2014, p. 119).

Dentro desse contexto, a “bioética crítica” é uma abordagem teórica que combina a teoria crítica de Frankfurt e os estudos sobre colonialidade para fundamentar a bioética, opondo-se a discursos hegemônicos que excluem as diferenças e negam a alteridade, típicos das ideologias de dominação, contrapondo-se aos discursos reducionistas e conservadores que podem dominar o estudo nessa área (Cunha; Lorenzo, 2014, p. 121).

Não é à toa que Garrafa (2012, p. 743-744) descreve a história da bioética em quatro etapas principais: fundação, expansão e consolidação, revisão crítica e ampliação conceitual; a primeira, nos anos 1970, sendo marcada pelo conceito de bioética proposto por Potter, a segunda etapa, nos anos 1980, quando o termo bioética se espalhou globalmente, seguidas pela terceira e quarta etapas, que culminaram para a homologação, em Paris, em 2005, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que estabeleceu a natureza pluralista e multi-intertransdisciplinar da bioética.

Quanto à revisão crítica, destaca-se uma apreciação veemente da teoria principialista, de Childress e Beauchamp, muito útil ao ambiente médico-hospitalar, ao mesmo tempo que carregada de controvérsias relativas ao universalismo identitário, quando, segundo Diniz e Guilhem (2002, p. 53), objetivava um projeto comum para todos ignorando diferenças fundamentais entre grupos e pessoas.

Ora, sobre a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, leia-se que:

Reconhecendo que as questões éticas suscitadas pelos rápidos progressos da ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas tendo o devido respeito pela dignidade da pessoa humana e o **respeito universal e efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais**, (...) Reconhecendo que, baseados na liberdade da ciência e da investigação, **os progressos da ciência e da tecnologia estiveram, e podem estar, na origem de grandes benefícios para a humanidade**, nomeadamente aumentando a esperança de vida e melhorando a qualidade de vida, e sublinhando que estes progressos deverão sempre procurar promover o bem-estar dos indivíduos, das famílias, dos grupos e das comunidades e da humanidade em geral, **no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e efectivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais**, (UNESCO, 2006, p. 01-02, grifo nosso).

Observa-se que o respectivo documento internacional veio a destacar que, embora os progressos científicos e tecnológicos possam trazer grandes benefícios, como o aumento da expectativa e da qualidade de vida, concomitantemente podem gerar dilemas éticos significativos que exigem reflexão e regulação cautelosa, do qual a bioética, enquanto campo que integra ciência e ética, insurge como ferramenta garantidora de um avanço tecnológico baseado no bem-estar coletivo, respeitando a autonomia humana, a integridade física e psíquica de todos, bem como a justiça social.

Em principal, a referência ao respeito universal aos direitos humanos e à dignidade humana constante no trecho da Declaração relaciona-se objetivamente com a bioética crítica, posto que, ao questionar as estruturas de poder e as ideologias dominantes, busca promover uma ética que transcenda interesses individuais ou nacionais, colocando a dignidade humana e os direitos dos mais vulneráveis no centro das decisões éticas.

Nesse contexto, vale a menção da bioética de intervenção, tipicamente latino-americana, fundada por Garrafa e Porto (2008), quando determinam que se trata de vertente que analisa macroproblemas e conflitos coletivos relacionados às questões bioéticas persistentes, encontradas em países periféricos ou em desenvolvimento.

Essas situações persistentes compreendem questões relativas à exclusão social, ao exemplo das discriminações de gênero, dos preconceitos ra-

ciais, bem como tratam de temáticas sobre a equidade, a universalidade e a distribuição e a alocação de recursos econômicos em saúde (Barbosa, 2013, p. 328).

Logo, seriam situações que exigem uma análise crítica e interventiva, capaz de enfrentar as desigualdades estruturais e os desafios impostos pelas realidades sociais e econômicas em contextos de vulnerabilidade, atuando como uma resposta ética às injustiças sociais principalmente por meio de políticas públicas que garantem o acesso igualitário às garantias fundamentais, em especial no que tange a áreas como a saúde.

Essa vertente se alinha com a proposta de uma bioética global, que, como destaca a Declaração, reconhece a importância de uma ética universal e inclusiva, que respeite a dignidade humana em um nível global, sem desconsiderar as particularidades regionais e as necessidades das populações mais desfavorecidas. Desse modo, observa-se que a bioética crítica e a bioética global, juntas, defendem que a ciência e a tecnologia, embora essenciais para o progresso humano, devem ser utilizadas de maneira que promovam o bem-estar coletivo, levando em consideração a justiça social e os direitos humanos como pilares fundamentais para uma convivência mais equitativa e digna.

Em resumo, como bem salienta Barbosa (2013, p. 333):

A bioética está presente em todo esse debate e carrega um desafio central, que é o da construção de uma “consciência sanitária” capaz de garantir a dignidade humana frente às novas tecnologias em saúde, politizando a agenda social, de maneira que as questões da saúde pública, da biodiversidade, da miséria, entre outras, tenham relação com a autonomia, os direitos e decisões individuais.

Uma agenda social alinhada à perspectiva bioética é crucial para a promoção de um modelo de sociedade mais justa e equitativa, especialmente em países com altas taxas de desigualdade social, como é o caso do Brasil, que, conforme o Índice de Gini de 2023, registrado em 0,518, revelou um rendimento mensal real domiciliar per capita menor da série histórica, com concentração de riquezas em uma parcela pequena da população em contraponto a uma grande quantidade de brasileiros que enfrentam dificuldades para acessar serviços básicos existenciais (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023).

As questões bioéticas, que envolvem desde o acesso à saúde até os direitos reprodutivos e ambientais, precisam ser analisadas considerando as especificidades e as condições socioeconômicas locais, pois a realidade prática de cada país pode moldar de maneira única a forma como questões morais são encaradas. No Brasil, por exemplo, as desigualdades de acesso a serviços de saúde, a discriminação racial e de gênero, tal qual a exclusão social impõem desafios específicos que tornam a aplicação de princípios bioéticos

sempre mais intrincada e múltipla, dotada de intersecções.

Nesse sentido, sobre a interseccionalidade, Trevizo (2020, p. 117) afere que:

En cuanto a la interseccionalidad, ésta es compleja porque tiene que ver con localizaciones de las relaciones de poder, con colonizaciones, con una distribución jerarquizada de privilegios y desventajas. Una de las características del movimiento feminista actual es abordar la intersección de las opresiones. (...) La interseccionalidad consiste en valorar la conjunción de las diferentes opresiones y ésta es una de las palancas que mueve a la teoría feminista a dar respuesta a las injusticias, una manera de enfrentar políticamente las desigualdades y discriminaciones para aspirar a vivir en sociedades decentes y justas.

A interseccionalidade, portanto, exige uma análise crítica que vá além das categorias isoladas de opressão, reconhecendo as múltiplas formas de discriminação que se entrelaçam e afetam os indivíduos de maneira distinta, dentro de uma cadeia ou rede de opressões, que afeta por meio do gênero, da raça, da sexualidade, da renda, dentre outros. Logo, vale refletir não somente na necessidade de tratamento diferença para diferentes grupos sociais, como, também, pensar justamente nas subjetividades de indivíduos humanos, analisando os casos concretos de forma não-universalista.

Nessa perspectiva, uma abordagem que considere as peculiaridades interseccionais faz-se essencial para que a bioética não se torne uma ferramenta padronizada, mas sim um instrumento dinâmico, capaz de responder de maneira adequada às necessidades reais da população. Exige-se, sobretudo, uma reflexão ética que respeite as diversidades culturais, sociais e econômicas, buscando garantir a dignidade humana e os direitos fundamentais de todas as camadas da sociedade, com um olhar atento para os mais vulneráveis.

Bioética de matriz feminista nos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres

Como bem salientado no tópico anterior, a integração da agenda social na bioética diz respeito à concretização de uma espécie de justiça social, organizando-se como um instrumento teórico e metodológico que pretende construir a cidadania e a democracia em meio à luta pelo fim da exclusão social (Garrafa; Manchola-Castillo, 2017, p. 18).

Nesse sentido, Guilhem e Zanella (2023, p. 186-189) identificam duas vertentes da bioética feminista brasileira, distintas e complementares, a de Maria de Fátima Oliveira e a de Débora Diniz e Dirce Guilhem. Neste momento, seguiremos com a segunda acepção, voltada aos aspectos da autonomia e justiça social.

Nesse contexto, no início dos anos 1990, a bioética de inspiração femi-

nista propôs a incorporação do feminismo às ideias bioéticas, sugerindo um olhar crítico sobre as desigualdades sociais e a assimetria entre os gêneros, além de questionar os pressupostos universalistas da bioética principialista, defendendo que a autonomia e a liberdade devem ser relacionados à busca pela igualdade social, sem desconsiderar as situações de opressão e violação de direitos de pessoas e comunidades vulneráveis (Diniz; Guilhem, 2009, p. 01).

Vulnerabilidade é, para Florência Luna (2008, p. 08), algo conceituável por meio da metáfora das camadas de vulnerabilidade, em espanhol *capas de la vulnerabilidad*, que se trata de uma definição plural e flexível, que se relaciona com as circunstâncias, com a situação e o contexto em análise, considerando a existência de camadas que se sobrepõem entre si, de forma múltipla e simultânea.

A metáfora das camadas de vulnerabilidade possibilita uma compreensão dinâmica e relacional desse conceito, considerando as características específicas de diferentes populações sob uma perspectiva ampliada e interseccional, que observa a coexistência de múltiplas vulnerabilidades, que se interligam e se manifestam de maneiras diversas, dependendo do contexto de cada grupo (BRITO; PALÁCIOS; REGO; SANTOS, 2021, p. 64).

Dentro dessa perspectiva, para Trevizo (2020, p. 117):

Las mujeres hoy en día deben enfrentarse a mecanismos de política pública que no les permite ejercer su autonomía y libertad reproductiva; tienen hijos en condiciones precarias y enfrentan las dificultades sociales, el desastre ecológico y económico ocasionado por la crisis climática, y por otras catástrofes, como la pandemia que sufrimos actualmente por el virus SARS-CoV-2,9 que empeora las vulnerabilidades de las mujeres precarizadas y las expone a mayor violencia doméstica y embarazos no deseados.

Este cenário revela uma interseção de vulnerabilidades que afeta de maneira desproporcional as mulheres, exacerbando as desigualdades estruturais já existentes. As dificuldades enfrentadas por essas mulheres não se limitam apenas à falta de recursos, estando ligadas a um contexto de opressão sistêmica, no qual a falta de acesso a serviços de saúde de qualidade, educação e emprego digno amplifica os impactos da crise climática e das emergências sanitárias, como ao exemplo da pandemia da COVID-19.

Essas diferenças, ao serem reconhecidas e analisadas por meio da identificação das camadas de vulnerabilidades, geram um valor moral essencial à modernidade, que fundamenta a ideia do pluralismo moral, um conceito central em muitas das teorias críticas da bioética, pois promove a convivência harmoniosa na diversidade, respeitando e garantindo a coexistência das diferenças (Diniz; Guilhem, 2000, p. 239).

De acordo com Diniz e Guilhem (2000, p. 238), é necessário examinar

os limites em que a autonomia pode ser comprometida pela coerção, destacando um aspecto essencial da abordagem política do conceito de vulnerabilidade. Um exemplo disso é o uso de novas tecnologias reprodutivas, em que o consentimento das mulheres nem sempre reflete um exercício livre de sua vontade, autonomia ou direitos reprodutivos.

Isso, posto que a consciência das mulheres estaria constantemente sujeita a influências externas da sociedade patriarcal, de forma que a maneira como percebem sua fisiologia e vivenciam suas vidas está intimamente relacionada aos poderes que atuam sobre seus corpos, criando subjetividades que não são genuinamente suas, mas, à verdade, produtos das forças externas que limitam ou diminuem sua capacidade de pensar de maneira autônoma (Bussinguer, Salvador, 2022, p. 55).

Por isso mesmo que o conceito de microfísica do poder do filósofo Michel Foucault (1998) destaca como o poder não se exerce apenas por meio da força visível, influenciando os comportamentos dos indivíduos de forma sutil. Ocorre que, por meio da disciplina, o poder molda corpos “dóceis” que se conformam às exigências da sociedade, sujeitando-se e se transformando conforme as necessidades impostas pelo modelo social vigente (McLaren, 2016, p. 116).

Contudo, apesar da possibilidade de influência no modo de pensar das mulheres e pessoas como um todo, há de se pensar que muito do controle sobre os corpos femininos está relacionado a legislações e governanças que consolidam normativas que efetivamente criam limites ou obstáculos ao exercício livre dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, por vezes desconsiderando conceitos que a bioética crítica discute e teoriza.

Exemplo disto está nas crescentes tentativas em proibir o aborto legal no Brasil, ao caso recente, da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados do Brasil, que aprovou no último dia 27 de novembro de 2024 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 164/2012, que acabaria com a possibilidade de aborto legal no país (Sampaio, 2024).

O aborto legal no Brasil é regido pelo Código Penal de 1940, conforme os artigos 128, incisos I e II, que estabelecem duas hipóteses em que o procedimento é permitido: quando há risco de vida para a gestante ou quando a gravidez é resultado de estupro, sendo necessário o consentimento da mulher ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz. Além dessas situações, o aborto também foi autorizado em casos de anencefalia do feto, conforme a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF).

Quando se analisam os dados sobre abortos e estupros no Brasil, especificamente o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2024, p. 20), percebe-se que as 76% dos estupros no ano de 2024 foram de vulneráveis, 88,2% do sexo feminino e 52,2% negras. Além disso, conforme pesquisa de 2011 a 2021, registraram-se 107.876 nascimentos de bebês de meninas que engravidaram com menos de 14 anos de idade, constituindo-se estupro de vulne-

rável, com permissão para o aborto legal (Andrade; Araújo; Bernal; Malta; Mendes; Montenegro; Souza; Souza; Vasconcelos, 2024).

Dentro desse cenário, como salienta Saffioti (1987, p. 16), “não se pode negar que a última colocada na ‘ordem das bicadas’ é ocupada por mulheres negras e pobres”. Afinal, conforme estudo brasileiro recente da Abrasco, há uma probabilidade 46% maior de que mulheres negras façam o aborto, significando que para cada 10 mulheres brancas que interromperam a gestação há 15 mulheres negras na mesma condição no Brasil (Diniz; Medeiros; Souza; Goés, 2023).

Essa desigualdade racial e socioeconômica, evidenciada nos dados sobre aborto, reflete uma vulnerabilidade estrutural que exige respostas éticas e políticas robustas, principalmente quando se identifica a ocorrência abundante de estupros de menores de 14 anos de idade, jovens e crianças em uma condição de ainda maior vulnerabilidade humana. A bioética de inspiração feminista desempenha um papel crucial nesse cenário, ao trazer para o centro do debate as interseções entre raça, gênero e classe, permitindo vislumbrar estratégias que garantem o acesso equitativo aos direitos reprodutivos, ao mesmo tempo em que, concomitantemente, promovem a reparação histórica das desigualdades que afetam de maneira mais severa os grupos marginalizados.

Por fim, ainda no que tange à bioética de inspiração feminista, apresenta-se como uma base teórica essencial na efetivação dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, pois permite uma abordagem crítica das estruturas sociais, políticas e culturais que restringem a autonomia feminina, destacando as interseccionalidades das identidades sociais, como gênero, classe e raça para entender as diversas formas de opressão que as mulheres enfrentam no acesso a direitos fundamentais, como o aborto legal seguro, o planejamento familiar, a contracepção, a educação sexual e o amparo durante a gestação. Tratar-se-ia de uma lente crítica que identifica e questiona normativas limitadoras da autonomia corporal das mulheres, contribuindo decisivamente para a construção de políticas públicas mais inclusivas e justas, que respeitam e promovem os direitos humanos das mulheres.

Considerações finais

De um todo, destaca-se a importância da bioética de inspiração feminista como uma ferramenta teórica essencial para a transformação das estruturas que perpetuam a desigualdade de gênero, especialmente no campo dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, atuando como instrumento teórico e analítico à interpretação ou confecção de legislações, normativas e outros documentos relevantes ao Judiciário.

Dentro desse contexto, uma abordagem bioética de inspiração feminista parece imperativa na desobstrução do controle dos corpos das mulheres,

possibilitando uma autonomia de escolhas que garanta o usufruto de seus direitos humanos fundamentais. A bioética de inspiração feminista age como uma lente analítica ao exame dos desafios consequentes das desigualdades, ao ponto que a justiça social se torna uma meta que condiz com a perpetuação da vida humana com vistas na promoção da dignidade para todos e todas.

Ocorre que, ao propor uma análise aprofundada das desigualdades estruturais, essa abordagem reforça a justiça social como um objetivo indispensável para a construção de uma sociedade onde a dignidade humana seja universalmente respeitada. Além disso, ao reconhecer as interseccionalidades que atravessam gênero, raça, classe e outras vulnerabilidades, a bioética feminista amplia sua relevância ao abarcar múltiplas formas de opressão.

Portanto, é necessário valorizar e consolidar essa perspectiva bioética como um elemento central na luta pela emancipação das mulheres, particularmente nas esferas da saúde reprodutiva e dos direitos sexuais, que são historicamente relegados a segundo plano. Ao contribuir para o desenvolvimento de entendimentos teóricos sensíveis às especificidades de gênero e às desigualdades cumulativas, a bioética de inspiração feminista torna-se uma aliada imprescindível na promoção de sociedades mais justas, igualitárias e humanas, onde todos os indivíduos, independentemente de suas condições, possam viver com dignidade e plenitude.

Referências

ANDRADE, Gisele Nepomuceno de. ARAÚJO, Larissa Fortunato. BERNAL, Regina Tomie Ivata. MALTA, Deborah Carvalho. MENDES, Mariana Santos Felisbino. MONTENEGRO, Marli. SOUZA, Juliana Bottoni. SOUZA, Maria de Fátima Marinho de. VASCONCELOS, Nadia. Gravidez em meninas menores de 14 anos: análise espacial no Brasil, 2011 a 2021. Revista Ciência & Saúde Coletiva. v. 29. n. 9. 2024. Disponível em: <https://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/gravidez-em-meninas-menores-de-14-anos-analise-espacial-no-brasil-2011-a-2021/19292?pid=19292&id=19292&id=19292> Acesso em: 22 nov. 2024.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 2024. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/c2423188-bd9c-4845-9e66-a330ab677b56/content>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BARBOSA, Swedenberger. Bioética e direito à saúde: dilemas. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União; Fiocruz Brasília, 2013. v. 2. p. 321-337.

BRITO, Luciana. PALÁCIOS, Marisa. REGO, Sergio. SANTOS, Roberta Lemos dos. Bioética e Covid-19: vulnerabilidades e saúde pública. In: MATTA, G.C., REGO, S., SOUTO, E.P., SEGATA, J., eds. **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia** [online]. Rio de Janeiro: Observatório Covid 19; Editora FIOCRUZ, 2021, p. 73-83.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. SALVADOR, Raíssa Lima e. O impacto

da pobreza menstrual e da desinformação na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde das mulheres no Brasil. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. v. 8, n. 1, jan/jul. 2022 p. 49-64.

CUNHA, Thiago. LORENZO, Cláudio. Bioética global na perspectiva da bioética crítica. **Revista Bioética**. v. 22. n. 01. p. 116-125. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/pXtsDt8qV8kQ6SHmBm6LSyv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 nov. 2024.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. Bioética feminista na América Latina: a contribuição das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, ago. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/hFScd4DfPPhm7nVH3wZn8Ks/?lang=pt#>. Acesso em: 3 dez. 2024.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. Bioética Feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. **Revista Bioética**. v. 7, n. 2, p. 01-06, 2009.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. Feminismo, bioética e vulnerabilidade. **Revista Estudos Feministas**. v. 8, n. 1, 2000, p. 237-244. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9881>. Acesso em: 3 dez. 2024.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

DINIZ, Debora. GOÉS, Emanuelle. MEDEIROS, Marcelo. SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Aborto e raça no Brasil, Pesquisa Nacional de Aborto 2016 a 2021. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. v. 08. n. 11, 2023.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. ed. 13, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

GARRAFA, Volnei. Bioética. In: CARVALHO, Antonio Ivo de (Org). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. p. 741-758.

GARRAFA, Volnei. MANCHOLA-CASTILLO, Camilo. Releitura crítica (social e política) do princípio da justiça em bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 18, n. 3, set/dez, 2017, p. 11-30.

GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética de Intervención. In: TEALDI, Juan Carlos (Org). **Diccionario Latinoamericano de Bioétique**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 161-164.

GUILHEM, Dirce Bellezi. ZANELLA, Diego Carlos. **História da Bioética no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Pucpress, 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Em 2023, massa de rendimentos e rendimento domiciliar per capita atingem recorde. 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39809-em-2023-massa-de-rendimentos-e-rendimento-domiciliar-per-capita-atingem-recorde> Acesso em: 21 nov. 2024.

LUNA, Flôrência. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. 2008.

MCLAREN, Margaret A. Foucault, Feminismo e Subjetividade. São Paulo: Intermeios, 2016.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A bioética como reflexão e como prática. In: NEVES, Maria do Céu Patrão (Org.). **Comissões de ética:** das bases teóricas à actividade quotidiana. 2. ed. Coimbra: Editora Gráfica de Coimbra, 2002.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. Genebra: Unesco; 2006 Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 20 nov. 2023.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética:** ponte para o futuro. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

SAFIOTTI, Heleieth. **O Poder do Macho.** São Paulo: Editora Moderna, 1987.

SAMPAIO, Cristiane. Sob Protestos, CCJ da Câmara aprova PEC do Estupro, que acaba com aborto legal por 35 votos a 15. Brasil de Fato, 2024. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2024/11/27/sob-protestos-ccj-da-camara-aprova-pec-do-estupro-que-acaba-com-aborto-legal-por-35-votos-a-15> Acesso em: 22 nov. 2024.

TREVIZO, Ana Violeta. Inclusión de la perspectiva de interseccionalidad y la justicia reproductiva em el marco del cambio climático desde la bioética. **Revista del Colegio de Filosofía.** n. 39, p. 112-126, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana-Trevizo-2/publication/348412883_Inclusion_de_la_perspectiva_de_interseccionalidad_y_la_justicia_reproductiva_en_el_marco_del_cambio_climatico_desde_la_bioetica/links/60948431299bf1ad8d816f51/Inclusion-de-la-perspectiva-de-interseccionalidad-y-la-justicia-reproductiva-en-el-marco-del-cambio-climatico-desde-la-bioetica.pdf. Acesso em: 21 nov. 2024.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 3 IX CIDHCoimbra 2024

Organizadores:

Vital Moreira

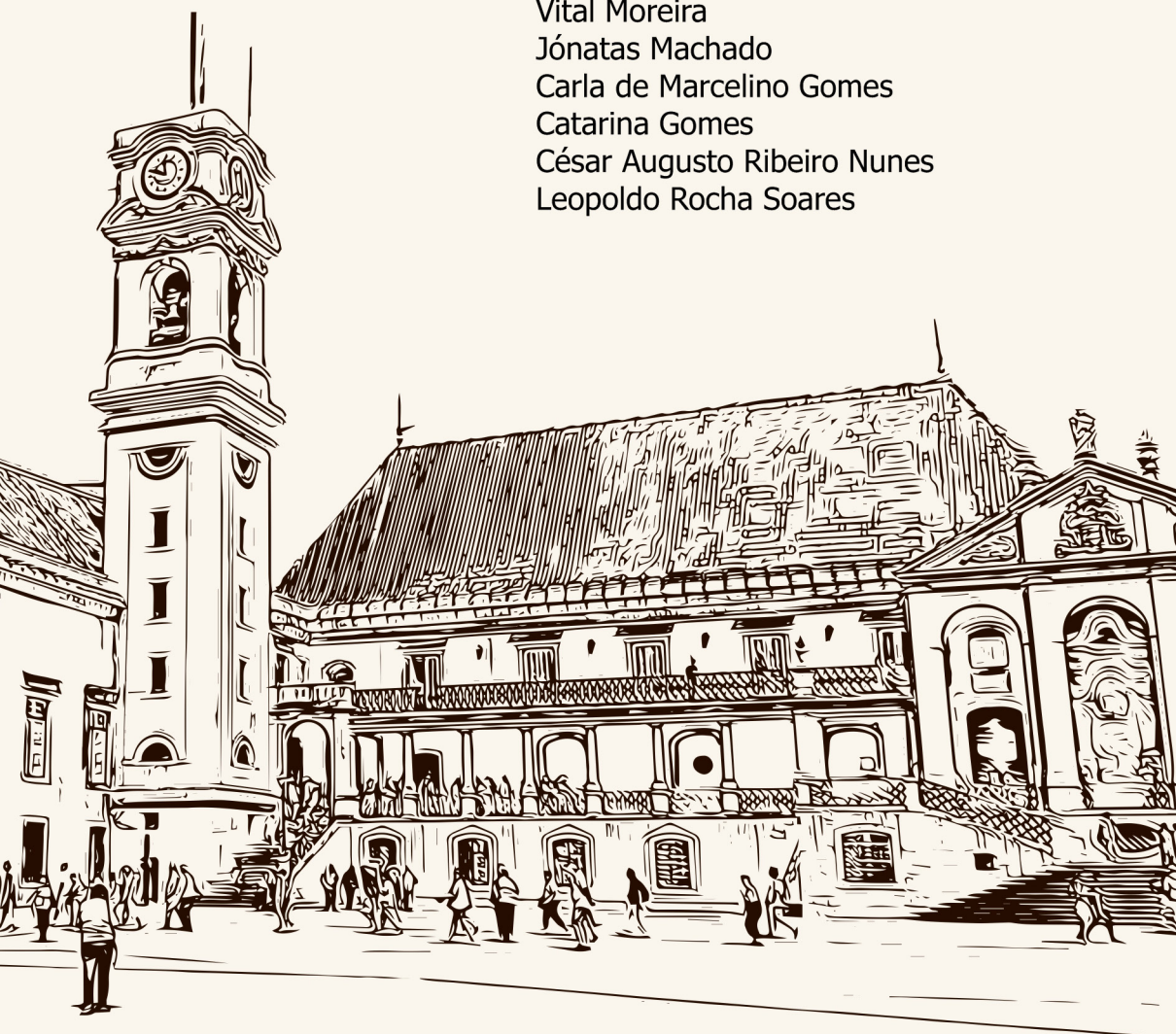
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-103-7

