



Editora **UNIJUI**

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito

Volume 7, Número 14

Jul./Dez. 2019

ISSN 2317-5389

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista
**Direitos
Humanos e
Democracia**

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editor
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Cristina Eliza Pozzobon
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora UNIJUI

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

Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2317-5389
Ano 7 • nº 14 • Jul./Dez. 2019

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUI – Mestrado em Direitos Humanos

doglasl@unijui.edu.br
Douglas Cesar Lucas, Unijuí, Brasil
Rosemeri Lazzari Lacorth, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Santa Maria-RS, Brasil
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália
- Valcir Gassen, Universidade de Brasília- UNB, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ, Brasil
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Graciela Beatriz Rodriguez, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
- Manuel Moreira, Universidad Nacional de Misiones, Argentina
- Katia Ballacchino, Università del Molise, Itália
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile- USACH, Chile
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil
- Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana- UNILA, Brasil
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Vicente de Paulo Barretto, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, Brasil
- Dr Gilmar Antonio Bedin, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos, Brasil
- Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS, Brasil
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil
- André de Carvalho Ramos, Universidade de São Paulo- USP, Brasil
- Dr Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil

Sumário

APRESENTAÇÃO

Doglas Cesar Lucas

Páginas 5-6

A Livre-Disposição de Si: o Mais Fundamental dos Direitos Humanos

Daniel Borrillo

Páginas 7-14

A Iniciativa de Cidadania Europeia num Contexto de Democracia

Dora Resende Alves, Maria Manuela Magalhães

Páginas 15-29

Os Rumos que a Reforma Trabalhista Tomará Para Ressignificar o que se (Re)Conhece Como Trabalho: Entre Possibilidades Discursivas e Palavras Retóricas

Wilson Engelmann, Guilherme Wunsch

Páginas 30-49

Os Impactos da Declaração Universal dos Direitos Humanos Sobre o Desenvolvimento do Novo Direito Internacional

Sidney Cesar Silva Guerra, Fernanda Figueira Tonetto

Páginas 50-72

O Ministério Público Brasileiro Enquanto Instituição de *Police Oversight*: Controle Externo da Atividade Policial, Direitos Humanos e o Conceito de Investigação Criminal Efetiva

Thiago Pinheiro Corrêa, Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Páginas 73-84

Princípio Democrático e Administração Pública Democrática em Tempos de Cibercidadania

Caio Sperandéo de Macedo

Páginas 85-97

Lições da Teoria da Reação Social Para o Estudo da Resistência aos Crimes de Estado

Vernon Araújo Corrêa Simões, Thiago Fabres de Carvalho

Páginas 98-106

O *Revenge Porn* no Brasil e as Consequências da Criminalidade Digital Para os Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes: Uma análise a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça

Felipe da Veiga Dias, Iuri Bolesina

Páginas 107-127

A ADPF 153 e o Caso Herzog: Uma Justiça de Transição à Brasileira

Adrielle Priscila Sales Aragão, Daize Fernanda Wagner

Páginas 128-150

Doutrina da Proteção Integral e Criminologia Brasileira: A Sujeição Criminal do Adolescente Suspeito

Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Maurilo Sobral Neto

Páginas 151-171

Educação para a Cidadania Global no Brasil e a Participação do Imigrante

Guilherme Perez Cabral

Páginas 172-186

Tráfico de Pessoas:

Uma Análise da Lei N. 13.344/2016 à Luz dos Direitos Humanos

Ronaldo Alves Marinho da Silva, Fernanda Caroline Alves de Mattos

Páginas 187-200

**Os Direitos Humanos da ONU e o Governo Brasileiro:
Uma Análise da Incorporação dos Preceitos da ONU
nas Ações Governamentais**

Thais Aparecida Dibbern, Milena Pavan Serafim

Páginas 201-214

**A Organização das Nações Unidas e seu Papel na Manutenção da Paz:
Uma Análise Sobre suas Potencialidades Políticas**

Gilmar Antonio Bedin, Aline Michele Pedron Leves

Páginas 215-231

Movimento Feminista e Reconhecimento das Donas de Casa na Obra de Clarice Lispector

Mariana Paiva Frizzera, Nelson Camatta Moreira

Páginas 232-248

**O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Justiça Restaurativa
a Partir do Pensamento de Immanuel Kant**

Eluane de Lima Corrales, Carla Bertoncini

Páginas 249-262

**A Reincidência Criminal em uma Abordagem Fenomenológica:
Um Estudo na Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande**

Antonio Pereira Cardoso da Silva Filho, Tiago de Oliveira Melo, Bruno César Cadé

Páginas 263-286

ENSAIO

A Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica no Projeto do Novo Código Penal

Wanderlei José dos Reis

Páginas 287-292

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.5-6>

APRESENTAÇÃO

O ano de 2019 é particularmente especial para o nosso Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos da Unijuí, pois iniciamos a primeira turma de nosso curso de Doutorado. Após 7 anos da criação do Mestrado, o esforço de muita gente transformou este projeto em realidade. A Revista Direitos Humanos e Democracia foi criada neste contexto, no ano de 2013, para colaborar na transformação de nossa Universidade num importante centro de pesquisa e divulgação científica nas diversas áreas que interdisciplinarmente compõem o núcleo estruturante do que sejam os direitos humanos e a democracia. Pesquisas teóricas de diferentes matizes têm habitado e dado vida ao nosso periódico, sempre com seriedade acadêmica e comprometidas com análises críticas das categorias enfrentadas.

Manter o foco na democracia e nos direitos humanos é, em nosso entendimento, a grande missão de nossa Revista, sobretudo e especialmente agora que o mundo vem enfrentando uma onda bem significativa de movimentos populistas de extrema direita, inclusive no Brasil, que desdenham das virtudes da democracia e apelam, cada vez mais, para o fortalecimento das majorias nacionais, homogeneizadoras, e elegem, como sempre, os seus inimigos entre as diferentes minorias sociais. Apelos à Pátria, Povo, Família, Deus, Nacionalidade, “Homens de Bem”, e todas as demais formas expressas em grandes narrativas são um sinal evidente desse novo tempo em que até o povo parece estar contra a democracia.

Várias publicações recentes que se ocupam desse fenômeno têm deixado estampada essa preocupação já em seus títulos, como se o alerta e o perigo nelas denunciado já devesse ser apresentado subitamente. Os títulos das obras dizem praticamente tudo. Assim são os livros de: Yascha Mounk (2019), *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*; Daniel Innerarity (2017), *A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia*; Manuel Castells (2018), *Ruptura: a crise da democracia liberal*; David Runciman (2019), *Como a democracia chega ao fim*; Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), *Como as democracias morrem*; Sergio Abranches e outros (2019), *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. A denúncia de todas estas obras é evidente: a democracia liberal está em crise e sendo enfraquecida em dezenas de países. Não é por outra razão que os direitos humanos, núcleo substancial de qualquer democracia, também tenha recebido ataques de todos os tipos. Argumentos e movimentos políticos neofascistas adquiriram potência e têm propalado uma guerra aberta contra as minorias de todos os tipos.

O projeto democrático é indispensável para que processos inclusivos e emancipatórios se realizem. Não deixemos nossa democracia morrer em aparentes tempos de normalidade democrática. É preciso lutar e denunciar os arroubos contra a democracia e os direitos humanos em todas as frentes, acadêmicas ou não. A democracia representativa precisa ser substancializada por novas modalidades de participação, capazes de reconectar o dilema da vida mundana dos cidadãos com a agenda política institucional. As novas tecnologias podem, para além de sua missão narcísica e produtiva, ser muito bem utilizadas para a construção de novos modos de comunicação pública e decisão política, permitindo fluxos contínuos de interação e formas mais efetivas de transparência com as coisas do Estado. É praticamente impossível pensar, num futuro muito próximo, a qualidade e a intensidade das democracias sem sua relação direta com as novas mídias, apesar dos novos riscos que isso possa suscitar. Numa sociedade cada vez mais individualizada, o grande desafio democrático é conectar pessoas, responsabilizá-las, sensibilizá-las em relação aos problemas comuns. O Direito tem a missão de garantir que as regras desse jogo sejam trans-

parentes, que o direito de todos, independentemente de qualquer diferença, seja igualmente uma preocupação da República. O Direito e a política só podem aprofundar suas promessas e suas conquistas em ambientes democráticos.

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

Ijuí, dezembro de 2019.

Douglas Cesar Lucas
Editor

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.7-14>

A Livre-Disposição de Si: o Mais Fundamental dos Direitos Humanos¹

Daniel Borrillo

Diplomado em Jurisprudência pela Universidade de Buenos Aires e professor de Direito Privado na Université Paris 2 Panthéon-Assas. Pesquisador do Laboratoire d'Etudes de Genre et de Sexualité (LEGS) Paris Lumière. borrillo@u-paris10.fr

RESUMO

Este texto pretende trazer à luz algumas das ideias presentes na obra intitulada *“Disposer de son corps: un droit encore à conquérir”*, lançada em abril de 2019 pela Editora Textuel Paris pelo professor de Direito Privado da Universidade de Paris II, doutor Daniel Borrillo. Inscrevendo-se nas notícias políticas do debate parlamentar relativo à Lei de Bioética na primavera de 2019, Borrillo questiona-se: Somos realmente senhores das nossas vidas, dos nossos corpos, dos nossos destinos? Com base nesses questionamentos, propõe-se uma reflexão crítica sobre as principais nuances relacionadas à vida, à morte, à sexualidade e à intimidade.

Palavras-chave: Autonomia. Corpo. Daniel Borrillo. Liberdade.

A FREE DETERMINATION OF YOURSELF: THE MOST FUNDAMENTAL OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This essay aims to bring to light some of the ideas present in the work entitled *“Disposer de son corps: un droit encore à conquérir”*, launched in April 2019 by Textuel Paris Editor by the Professor of Private Law at the University of Paris II, Doctor Daniel Borrillo. As part of the political news of the parliamentary debate on the Bioethics Act in the spring of 2019, Borrillo asks: are we really masters of our lives, our bodies, our destinies? Based on these questions, a critical reflection on the main points related to life, death, sexuality and intimacy is proposed.

Keywords: Autonomy. Body. Daniel Borrillo. Freedom.

SUMÁRIO

1 A Livre-Disposição do Corpo: Um Direito Ainda a Conquistar. 2 Referências.

Recebido em: 6/9/2019

Aceito em: 6/11/2019

¹ Tradução do francês Neiva Brum. Contato: neivabrum@gmail.com. Revisão doutor Douglas Cesar Lucas.

1 A LIVRE-DISPOSIÇÃO DO CORPO: UM DIREITO AINDA A CONQUISTAR

A quem pertence meu corpo? Eu sou senhor da minha vida e do meu destino? E se o corpo é meu, eu posso decidir por comercializá-lo? Eu sou livre para mudar de sexo e para escolher a minha morte? Os prejuízos causados a mim próprio e que não causam qualquer prejuízo aos demais são necessariamente imorais? Essas questões perpassam a filosofia política e moral e sua resposta determina a relação que entretém o indivíduo com ele mesmo e com sua intimidade.

O movimento feminista, alavancado pelos avanços técnicos em matéria de contracepção, permitiu colocar em evidência na cena pública a questão da disponibilidade de si e do seu próprio corpo. Essa problemática não é recente; ela constitui um dos fundamentos da relação de poder, entendido como limitação da vida e da morte no Antigo Regime ou enquanto disciplina permanente sobre o ser vivo desde a Modernidade, como demonstrou Michel Foucault. Se os avanços tecnológicos permitiram objetificar o corpo e renovaram o debate bioético, sua ancoragem, entretanto, permanece bem mais antiga.

Os romanos organizaram a vida política a partir da *summa divisio* entre *alieni iuris et sui iuris*, separando a comunidade dos homens livres e senhores deles mesmos dos outros (mulheres, estrangeiros, crianças, escravos, etc.), estando necessariamente sob tutela. Mais tarde, a tradição cristã vai generalizar esse dispositivo tutelar em virtude de outros critérios morais. A partir de agora o corpo não pertence mais ao cristão. Ele é o templo de Deus, como ensina São Paulo: “O corpo não é mais por má conduta, ele é para o Senhor e o Senhor para o corpo” (I, Cor., 6.13.), e “aquele que se entregou à má conduta peca contra o seu próprio corpo” (ibid., 6, 18). O corpo, o portador provisório da alma, é sagrado e deve ser respeitado pelos outros e por aqueles que nele vivem. A igreja não hesita em utilizar a figura do usufruto para caracterizar a relação do indivíduo com o seu corpo.

Retomando a tradição, Pio XII, em seu discurso aos participantes do VIII Congresso Internacional dos Médicos, em Roma, em 20 de setembro de 1954, proclamou: “O homem é apenas o usufrutuário, não o possuidor independente e o dono do seu corpo e tudo o que o criador lhe deu para usar e isso é conforme a natureza”.

Se, atualmente, a justificativa cristã se laicizou, a maior parte dos juristas está de acordo, entretanto, em considerar que a vida e a existência não pertencem ao indivíduo. Apesar de sua força persuasiva, o conceito de propriedade parece, de fato, incapaz de caracterizar a relação do indivíduo com seu corpo e sua vida.

Os especialistas de direito público falarão primordialmente de uma liberdade ao invés de um direito subjetivo, à medida que os privatistas oscilarão entre a noção de “coisa fora do comércio” ou de primazia da pessoa humana (ou ser humano) quando se trata de justificar as limitações da livre-disposição de si.

Sem entrar no debate relativo à natureza do direito que une a pessoa ao seu corpo (direito subjetivo ou natural, liberdade ou direito da personalidade), parece importante sublinhar que a utilização da noção de propriedade pelos juízes pode ser particularmente benéfica para o indivíduo. Dessa forma, no célebre “Caso Moore”, o Tribunal de Apelação da Califórnia reconheceu os direitos de propriedade do enfermo sobre suas células, as quais foram usadas como base para a fabricação de um medicamento patenteado por uma empresa farmacêutica

multinacional. Esse julgamento permitiu ao senhor Moore obter uma compensação substancial. Infelizmente, a Suprema Corte da Califórnia decidiu o contrário, deixando o demandante sem dinheiro, mas com toda a sua dignidade...

Na França, a possível dissociação do sujeito abstrato (pessoa singular) de seu invólucro de corpo concreto foi particularmente bem-ilustrada pela jurisprudência Perruche, no caso em que o requerente se queixou do preconceito resultante de sua deformidade física de nascimento. O julgamento de Perruche foi uma novidade que reconheceu os danos à criança nascida com deficiência e, portanto, o princípio da indenização pelo médico que não detectou a doença da mãe. Contrariamente à jurisprudência anterior que compensava os pais, mas não a criança com deficiência, o Tribunal de Cassação havia decidido sobre a possibilidade de compensar uma criança com deficiência pelos danos resultantes de sua deficiência. Essa decisão provocou protestos na opinião pública e o legislador interveio, em 2002, para determinar que “ninguém pode se prevalecter de um prejuízo pelo simples fato do seu nascimento”.

Essa lei “anti-Perruche”, celebrada pelo pensamento conservador como uma vitória contra “a cultura da morte e a desintegração do corpo social”, constitui uma regressão à autonomia individual. Assim, reclamar de seu corpo doente, conforme permitido pelo julgamento de Perruche, envolvia necessariamente diferenciar-se deste último e testemunhar sua liberdade de se dissociar dele. De fato, a liberdade do indivíduo é, portanto, útil como uma liberdade em relação à sua própria natureza. Essa modernidade individualista e artificialista possibilita pensar na pessoa como o constructo da vontade e não o dado da natureza, ou, mais precisamente, como o produto da técnica jurídica e não como uma qualidade ontológica do ser humano que a lei deve se contentar em consagrar. Em nome de sua autonomia, o indivíduo torna-se seu próprio criador e adquire o controle e a disposição completos de seu corpo. A própria ideia de modernidade implica essa relação de pertencer a si mesmo.

Porque alguém foi capaz de se afastar da dominação natural do monarca absoluto é que foi possível delegar poder aos representantes do povo. A questão é eminentemente política: o elo que me liga ao meu corpo e à minha vida aparece como um laço cívico e não apenas como um elo natural, como Savigny afirmou em sua famosa fórmula *Jus in se ipsum*. Nesse sentido, o slogan feminista “meu corpo pertence a mim” tinha um escopo emancipatório: o indivíduo contra a autoridade, a mulher contra o estado. Segundo Gisèle Halimi, este é “um ponto intransponível de resistência”. É a partir dessa noção poderosa que nos é permitido pensar na relação do indivíduo com seu corpo, sua vida e sua reprodução.

Esse ponto de resistência, porém, agora mudou, e está do lado das pessoas trans, que desejam acessar a mudança de estado civil sem a autorização do médico ou do juiz, está do lado das mulheres, que desejam gerar uma criança para os outros, também está do lado de profissionais do sexo, homens e mulheres, que lutam pelo reconhecimento de seu *status* profissional e está, finalmente, do lado dos pacientes que desejam acabar com seu sofrimento com a ajuda do suicídio ou da eutanásia.

Uma abordagem democrática deve, portanto, nos levar a pensar no elo que nos une às nossas vidas, aos nossos corpos e aos nossos descendentes, não tão natural e sagrado (necessariamente imutável e vinculativo para nós), mas de acordo com uma visão política de soberania individual. Como Tocqueville observou, “o indivíduo é o melhor como o único juiz de seu interesse particular [...], todo mundo é o melhor juiz do que só olha para ele”. Essa visão

de liberdade, peculiar ao século 18, no entanto, foi diferenciada por Foucault, que, magistralmente, trouxe à luz novas formas de dominação da vida: o biopoder, definido pelo filósofo como “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais, vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral do poder” (FOUCAULT, 2008, p. 3). Os limites dessa nova forma de subjugação parecem ser aceitos pelas sociedades democráticas que, por meio de regras bioéticas, foram capazes de justificar certas formas de interferência do Estado (e de seus responsáveis: hospital, administração, prisão, comitê de ética, escola, etc.) nos corpos dos indivíduos.

Da mesma forma, intervenções para evitar abusos e desequilíbrios financeiros entre as partes parecem ser imperativas para o Estado de Direito. A crítica do liberalismo econômico e o enaltecimento do biopoder, contudo, não devem ofuscar os princípios fundadores dos direitos humanos desde a perspectiva do pensamento político moderno, a saber a liberdade do indivíduo na relação que ele mantém com ele mesmo.

No fundo, o enaltecimento do biopoder deveria nos levar a encontrar os mecanismos para superar as forças que nos são impostas, desconstruindo a subjugação pela retomada do autogoverno. Em outras palavras, cada indivíduo deve ser capaz de determinar por si mesmo o que leva ao seu próprio bem-estar, e ele pode até chegar a recusá-lo. Isso parece, para muitos, uma atitude “imoral”, mas nós, ao contrário do que Kant afirma, não temos nenhum dever para conosco além do que autoimpomos. O estado liberal deve sancionar apenas aquilo que prejudica os outros (crimes) e não os vícios sem outras vítimas além de mim, ou seja, a sociedade não deve limitar a liberdade dos indivíduos quando isso não afeta outros indivíduos.

Com base na proteção da privacidade, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu o direito de todos os indivíduos à “autonomia pessoal”. Assim, é aceita a “faculdade de cada um levar a vida como bem lhe convir”, de modo que “pode, igualmente, se envolver em atividades percebidas como sendo de uma natureza física ou moralmente causadora de danos ou perigosa para a pessoa”. Cabe aos indivíduos escolher o que é adequado para a realização de seus interesses, e devemos respeitar essa escolha, mesmo que pareça chocante e contrária à dignidade humana. Permitir que cada um determine o que é melhor para si não é apenas uma garantia de igual consideração dos cidadãos, mas também o baluarte contra a invasão excessiva de autoridades e juízes públicos (MISES, 2006). Ao querer impor um comportamento contra a vontade da pessoa em questão e em nome de sua dignidade, o Estado não está minando a autonomia da pessoa e, portanto, sua dignidade pessoal? A autonomia individual, entendida como “a possibilidade reconhecida de dar normas a si próprio”, ou seja, como um princípio “colocado a serviço do desenvolvimento da pessoa”, é particularmente expressa no direito de dispor livremente de si mesmo. “Algumas pessoas podem sentir a necessidade de expressar sua personalidade pela maneira como decidem se desfazer do corpo”, diz a Corte Europeia de Direitos Humanos sobre um caso de suicídio assistido.

A falta de consenso e a margem de apreciação dos Estados, no entanto, limitam consideravelmente a autonomia individual como um direito subjetivo. As invocações da dignidade humana, a ordem simbólica ou mesmo a não patrimonialidade do corpo humano, constituem uma nova ordem imperativa e transcendente capaz de aniquilar qualquer reivindicação subjetiva do indivíduo sobre seu corpo, sua vida ou seu destino. Estou tentando questionar aqui

os argumentos contra a autodeterminação, especialmente quando se trata de proteger o indivíduo contra si mesmo, de tal modo que os direitos subjetivos e a privacidade possam ser sacrificados em nome de uma prioridade moral e contra uma suposta afirmação egoísta dos desejos individuais. Assim, a ordem pública, a identidade narrativa, a função antropológica do direito, a ordem simbólica, a comunidade de sentido, a ecologia integral ou a dignidade humana, põem fim de uma maneira paternalista à soberania individual.

A humanidade aparece nesse discurso como uma entidade anterior ao ser humano, impondo-lhe o uso reflexivo do princípio da dignidade humana. Os direitos subjetivos do homem devem, portanto, estar subordinados ao direito objetivo da humanidade que nos habita. Assim, encontraríamos os direitos da personalidade de um lado e os direitos humanos, arcados por todos e cada um, do outro. A proteção da humanidade que nos é inerente permitiria ao Estado intervir, se necessário, contra a nossa vontade: garantindo nossa humanidade indisponível. Ele saberia melhor do que nós mesmos o que é digno ou indigno para nós. Tudo acontece como se a dignidade não pertencesse ao indivíduo concreto, mas à humanidade abstrata.

As noções de indisponibilidade do estado das pessoas e do corpo fora do comércio, permitem justificar os limites à liberdade do indivíduo em relação a si mesmo, sua procriação, seu gênero e sua morte. Esses limites podem, de fato, ser necessários e justificados no caso de infrações provenientes de terceiros, mas quando se trata da escolha do indivíduo a respeito de si mesmo, a imposição de tais limites torna-se problemática.

O feminismo materialista, inspirado no pensamento marxista, considera que, para as mulheres, o consentimento é necessariamente viciado pela existência da dominação masculina, de modo que a experiência subjetiva delas deve ser corrigida ou cancelada pelo reconhecimento objetivo de dominação, pois, estruturalmente, toda mulher é uma vítima. Isso permite considerar que nenhuma mulher, em nenhuma circunstância, pode consentir em prostituir-se, usar a burca ou submeter-se a uma gestação para os outros. Essa crítica, no entanto, permitiu o surgimento de uma questão legal relevante: Como a lei se apropria do consentimento das partes no ato? Que análise faz de suas situações concretas? Acima de tudo, ela levantou a questão de saber se podemos continuar a manter os limites entre as esferas pública e privada assim que tocamos em um problema tão fundamental quanto a disposição do eu.

Ora, a análise aprofundada do consentimento parece-me, mais do que nunca, necessária em um mundo de desigualdades econômicas e sociais. O consentimento deve, necessariamente, ser submetido a um rigoroso escrutínio. Uma vez feito esse escrutínio, porém, estabelecendo que ele é, de fato, voluntário, livre, informado e, portanto, privado de violência, intimidação, erro, fraude, coerção e desequilíbrio financeiro nos benefícios, em nome de quem seria permitido proibir a livre-disposição de si mesmo? Considerar que, quaisquer que sejam as circunstâncias, ninguém pode dispor livremente de seu corpo para, por exemplo, se prostituir, submeter-se a uma barriga de aluguel, usar o véu completo ou pedir eutanásia, não seria como tratar o indivíduo como um incapaz?

Como, então, encontrar o equilíbrio entre a proteção necessária em um mundo em que o mercado afeta a efetividade dos direitos e a salvaguarda de nosso sistema democrático? Sem dúvida, não por rejeitar o consentimento, mas por considerá-lo, pelo contrário, de acordo com sua finalidade: o direito à autonomia, à privacidade e ao respeito à privacidade como *ultima ratio* em relação a si mesmo. Ao querer proteger o indivíduo contra si mesmo, atri-

buindo um objetivo comum à sociedade, não estamos criando uma comunidade de vítimas em vez de incentivar o empoderamento, a emancipação e o poder de agir dos indivíduos? A consideração das relações de dominação não deve instalar certos indivíduos nesse *status* fixo de vítima, mas, pelo contrário, permitir que eles escapem de lá. De fato, a questão central é: Quem decide sobre minha vida e minhas escolhas vitais: eu ou os outros (administração, médico, juiz, etc.)?

O que me parece problemático não é tanto o estabelecimento de uma ordem pública corporal (restrições ao exercício de certas liberdades individuais e limites a intervenções externas *noli me tangere*) quanto ao uso dessa mesma ordem pública contra a vontade do indivíduo no que é mais íntimo, a saber, a relação consigo mesmo. Tradicionalmente, esse domínio da vida poderia ser explicado pela vontade do Estado de controlar seus assuntos legais: “Como a personalidade é um dom do grupo que confere dignidade, fazê-la desaparecer pelo suicídio equivale a negar o coletivo que criou a pessoa conferindo-a”, enfatizou Xavier Bioy (2003, p. 709).

Essa ideia é antiga, posto que no século 16 “o suicídio cometeu um ato de traição, não apenas porque agiu contra a natureza e contra Deus, mas também contra o rei, na medida em que, por esse ato, o rei perdeu um sujeito; e sendo o chefe, ele perdeu um de seus membros místicos” (KANTOROWICZ, 1989, p. 197).

A relação consigo mesmo, com o corpo, a vida e o destino de alguém, parece-me tão íntimo, tão subjetivo, que a intervenção do Estado deve ser concebível apenas de maneira excepcional e como *ultima ratio*. É claro, no entanto, que muitas práticas voluntárias que não prejudicam outras pessoas permanecem severamente punidas, como suicídio assistido (3 anos de prisão e multa de 50.000 euros), prática da barriga de aluguel (3 anos de prisão e 45.000 euros de multa), inseminação *post mortem* (2 anos de prisão e multa de 30.000 euros), eutanásia (30 anos de prisão criminal), cliente de prostituição (multa de 1.500 euros), consumo de narcóticos (1 ano de prisão e 3.750 euros de multa) ou o uso do *niqab*, sancionado de 150 euros e um curso de cidadania. Da mesma forma, não é o indivíduo quem domina o destino de seu corpo, mas a administração: somente o enterro e a cremação são possíveis, qualquer outra opção é excluída, como criopreservação, imersão no mar ou embalsamamento, mesmo que essas práticas não apresentem riscos à saúde pública nem causem danos a ninguém.

No lugar de consagrar um direito subjetivo, o legislador limitou-se à exclusão do campo da norma penal de certas práticas, como contracepção, aborto, mudança de sexo ou parto “sob X”, a tal ponto que a livre-disposição de si aparece mais como uma figura retórica do que como uma prerrogativa individual autêntica. É, com efeito, a partir de uma justificação médica que o indivíduo é autorizado a agir e não como um credor dos direitos subjetivos de sua própria pessoa. Não é o respeito à “vida privada” e ao “consentimento livre” que governa o relacionamento do indivíduo consigo mesmo, pois essas noções são frequentemente consideradas subjetivas demais, com probabilidade de levar à alienação e à autorreificação. O Estado o substitui pelo respeito à “dignidade humana”, entendida não como um bem individual, mas como um bem comum: a humanidade que nos habita.

A ideia não é nova e refere-se às teorias teológicas relativas à sacralidade do corpo como um tabernáculo da alma e, mais recentemente, sob uma forma laicizada, à filosofia kantiana. Pode-se encontrar, por exemplo, autores que criticam o conceito de consentimento, como Carole Gilligan ou Harry Frankfurt, que propõem requalificar a relação consigo mesmo não como uma disposição, mas como uma identificação e amor definidos como um bem-estar e cuidado fundamental do qual um indivíduo não pode se destacar correndo o risco de alienar-se.

É em nome de afeto e bem-estar (cuidado) que interditamos uma pessoa de solicitar ajuda para o suicídio, ou de uma pessoa com incapacidades de se prostituir, de portar um bebê para outrem, de participar de um espetáculo de entretenimento (arremesso de anões), ser inseminado com o esperma de seu falecido companheiro, entrar em práticas sexuais extremas ou usar o véu completo.

Na autonomia, a teoria do cuidado, baseada na noção paradigmática de vulnerabilidade, opõe-se à categoria dos fracos como uma forma de identidade da qual raramente podemos escapar. À livre-disposição de si mesmo (e de todas as liberdades que se seguem: procriativa, sexual, religiosa, de expressão, de vestuário, etc.), uma nova forma de conservadorismo antiliberal impõe o amor à humanidade que está em nós.

Em nome de nosso próprio bem-estar e, se necessário, contra nossa própria vontade “alienada”, essa nova e poderosa forma de paternalismo, geralmente e no abstrato, considera que certas escolhas são “essencialmente” ruins porque são contrárias ao amor de si próprio ou à dignidade humana. Assim, não se trata mais de promover os direitos humanos, mas os direitos da humanidade: não se trata mais dos direitos subjetivos do indivíduo, mas da ordem pública da dignidade humana. Esta última, em meio a uma inflação fetichista no vocabulário jurídico contemporâneo, oferece aos oponentes resolutos do subjetivismo moderno os meios de combater tanto na teoria quanto na prática qualquer ideia de soberania individual, inclusive na estrutura íntima da disposição exclusiva de si mesmo, pretendendo mediar e, assim, monitorar e controlar, sem que, de forma alguma, tenha sido autorizado pelo interessado, o relatório que o sujeito mantém consigo mesmo, argumentando que, mesmo no aparente contexto da mais pura privacidade, a presença permanente da humanidade que o habita, no entanto, proíbe qualquer solidão e qualquer possibilidade de escapar à transcendência das requisições de uma ordem natural pública ou simbólica.

Destinar aos indivíduos algo dessa ordem implica, ao mesmo tempo, incumbir o Estado de uma missão: a de tornar os cidadãos virtuosos. As recentes cruzadas morais contra os clientes de prostitutas ou contra aqueles que se utilizam de uma barriga de aluguel, são as manifestações políticas dessa concepção substancial e objetiva da dignidade humana, executável contra a pessoa. Ainda, outra concepção de dignidade é possível: a que é invocada pelo indivíduo em questão; a que é envolvida pelo direito de todos de fazer o que ele considera estar de acordo com suas crenças, valores ou interesses. O indivíduo deve ser a única fonte de valor moral, que exclui qualquer medida de interesse da comunidade que não seja reduzida ao de seus membros. Além disso, os imperativos do Estado democrático devem levar o direito a uma perfeita neutralidade, tanto em termos de valores coletivos quanto de práticas culturais dominantes. Infelizmente, não é essa lógica que parece prevalecer nas relações do

indivíduo com ele mesmo, mas uma lógica paternalista e compassiva, imbuída de conotações moralistas e antidemocráticas, fornecendo a estrutura e a matriz do que, a partir de então, poderíamos chamar de o Estado moralista.

2 REFERÊNCIAS

- BIOY, Xavier. *Le concept de personne humaine en droit public*. Paris: Dalloz, 2003.
- BORRILLO, Daniel. *Disposer de son corps: un droit encore à conquérir*. Paris: Editora Textuel Paris, 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: Curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. *Les deux corps du roi*. Paris: Gallimard, 1989.
- MISES, Ludwig von. *Le libéralisme (1927)*. França: Editions Charles Coquelin, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte, São Paulo: Itatiaia, Edusp, 1977, p. 513.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.15-29>

A Iniciativa de Cidadania Europeia num Contexto de Democracia¹

Dora Resende Alves

Doutora em Direito. Professora-auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Membro integrado do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, como investigadora permanente do Instituto Jurídico Portucalense, na linha de investigação Capital, Labour, Tax and Trade. Com experiência em unidades curriculares no domínio do Direito da União Europeia, Direito Constitucional e da História do Direito. Doutora pela Universidad de Vigo (Espanha), com tese sobre tema do Direito da Concorrência da União Europeia, e mestre em Direito, área de Integração Europeia, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Formadora da Ordem dos Advogados no Centro Regional do Porto.
<http://orcid.org/0000-0003-4720-1400>. dra@upt.pt

Maria Manuela Magalhães

Professora-associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Doutora em Direito – Ciências jurídico-políticas. Membro integrado e investigadora principal do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, investigadora associada do Centro de Investigação em Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal – Cideeff – Faculdade de Direito de Lisboa e investigadora colaboradora do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Comparados – CEPCC – Universidade Autónoma do Chile. <http://orcid.org/0000-0003-4261-7271>. mmdmms@upt.pt

RESUMO

Os valores da liberdade, democracia e estado de direito, os seus valores fundadores, e, disso consciente, a União Europeia (UE) mantém a construção em permanência no sentido de uma maior transparência de procedimentos, criando mecanismos de melhor funcionamento interinstitucional. O direito à iniciativa de cidadania europeia foi introduzido pelo Tratado de Lisboa como um instrumento inovador da democracia participativa transnacional. Pretende-se associar ativamente os cidadãos ao processo de decisão europeu, proporcionando-lhes uma forma indireta de direito de iniciativa legislativa. A questão prende-se com a aplicação efetiva das regras da UE como uma vertente importante para os europeus, que afeta, inelutavelmente, a sua vida diária. O problema nem sempre é a ausência de legislação da UE, mas, sim, o fato de nem sempre essa legislação ser aplicada de forma eficaz. Foi desenhada uma abordagem com especial enfoque na questão da vertente democrática do processo legislativo europeu e a forma de os cidadãos garantirem que o direito da União é aplicado de forma efetiva.

Palavras-chave: Iniciativa legislativa europeia. Legislação. União Europeia.

THE EUROPEAN CITIZENS' INITIATIVE IN A CONTEXT OF DEMOCRACY

ABSTRACT

The values of freedom, democracy and the rule of law are the mottoes of all European construction. With this in mind, the European Union (EU) maintains the ongoing construction towards greater transparency of procedures, creating mechanisms for better interinstitutional functioning. The right to the European citizens' initiative was introduced by the Treaty of Lisbon as a new instrument of transnational participatory democracy. The intention is to actively involve citizens in the European decision-making process by providing them with an indirect form of legislative initiative. Yet no successful initiative has given rise to a new legislative proposal, although in some cases the European Commission has taken into account the position of public opinion on specific aspects. The issue is the effective implementation of EU rules as an important strand for Europeans which inevitably affects their daily lives. The problem is not always the absence of EU legislation, but rather the fact that this legislation is not always applied effectively. It will thus be possible to infer the contribution of EU law texts to the achievement of this aspect.

Keywords: European citizens initiative. Legislation. European Union.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Construção Europeia Democrática. 3 O multilinguismo. 4 A iniciativa de cidadania europeia. 4.1 A Iniciativa de Cidadania Europeia – Casos. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 16/9/2019

Aceito em: 17/9/2019

¹ O texto parte da Comunicação oral apresentada na International Conference Democracy and Participation in the 21st Century, na Universidade de Lisboa, 12 a 15 de Julho de 2017, ISEG.

1 INTRODUÇÃO

O modelo democrático foi o escolhido para a construção da União Europeia numa via de integração, na qual o cidadão, tal como no seu país de origem, tem direitos e deveres a desempenhar.

A União Europeia é, no seu lema, “Unida na diversidade”. Tal lema começou a ser usado por volta do ano 2000 e foi pela primeira vez objeto de referência oficial no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em 2004.² Este lema significa que na União Europeia os europeus estão unidos, trabalhando em conjunto pela paz e pela prosperidade, e que o fato de existirem diferentes culturas, tradições e línguas na Europa é algo de positivo para o Continente. É esta união da diversidade europeia que deve ser preservada, nos mais variados aspectos da vida privada e cotidiana.

Essa diversidade é algo que deve ser preservado independentemente dos cenários futuros, porque os valores da dignidade humana, da liberdade e da democracia são valores fundamentais que foram conquistados com esforço e que permitiram a construção de uma Europa que resulta num projecto único no mundo.³

Cada vez mais os cidadãos europeus devem estar cientes dos seus direitos no seu país, na Europa e no mundo, para deles poderem se beneficiar. Embora alguns direitos sejam bem-conhecidos e aplicados eficazmente, continuam a existir lacunas e mal-entendidos. A eficácia dos direitos de cidadania, nacional ou da UE, depende desta tomada de consciência entre os cidadãos, governos nacionais e órgãos de poder local e regional.

A questão prende-se com a aplicação efetiva das regras da UE como uma vertente importante para os europeus, que afeta, inelutavelmente, a sua vida diária. O problema nem sempre é a ausência de legislação da UE, mas, sim, o fato de nem sempre essa legislação ser aplicada de forma eficaz. A aplicação e a execução do direito da UE é um desafio que exige uma maior ênfase na execução a fim de servir o interesse geral.

Atendendo aos pressupostos e objetivos supradelineados, foi dado especial enfoque à questão da vertente democrática do processo legislativo europeu e à forma de os cidadãos garantirem que o direito da União é aplicado de maneira efetiva. Será, assim, possível inferir o contributo dos textos do direito da União Europeia para a concretização de tal aspecto. O estado da arte, de pendor teórico-acadêmico, será coadjuvado e consolidado por meio da interpretação normativa sistemática e metodologicamente selecionada dos textos legais nacionais e do direito da União Europeia.

² Texto da Constituição Europeia em JOUE C 310 de 16.12.2004.

³ Livro Branco da Comissão *Sobre o Futuro da Europa – Reflexões e cenários para a UE27 em 2025*. Documento COM(2017) 2025 final de 1º.3.2017, p. 2, 17.

2 A CONSTRUÇÃO EUROPEIA DEMOCRÁTICA

Os valores da liberdade, democracia e estado de direito⁴ são moles de toda a construção europeia, ontem e hoje, presentes na Declaração Schuman de 1950⁵ ou em documentos do momento em que traçam os vetores de ação atuais,⁶ além de plasmados no Tratado da União Europeia (TUE), no seu artigo 2º, e salvaguardados por intermédio do mecanismo do artigo 7º, que aborda a violação da democracia.⁷

Valores comuns fruto da história europeia.⁸ Muito embora estes valores sejam fundadores, a UE é, muitas vezes, acusada de um *deficit* democrático, seja no funcionamento das instituições, seja na questão do direito do acesso aos documentos, seja nas, também atuais, questões da paridade de gênero. Disso consciente, a UE mantém a construção em permanência no sentido de uma maior transparência de procedimentos, acesso à informação pelos cidadãos e criação de mecanismos de melhor funcionamento interinstitucional.⁹

De outra forma,¹⁰ a democracia, a par dos direitos humanos e do Estado de direito, constitui também um dos três pilares do Conselho da Europa, sendo subscrito no preâmbulo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)¹¹ e motivando um grupo de especialistas próprio – a Comissão de Veneza –,¹² cujas apreciações são consideradas na elaboração de diversos documentos da UE.

É mediante a construção democrática com raízes na Convenção de Filadélfia de 1787, que se alcança uma possível homogeneidade da UE que assenta na incontornável diversidade dos 6 países fundadores e, hoje, 28, ou 27, se levarmos em conta a saída do Reino Unido pelo mecanismo do artigo 50 do TUE.

⁴ Nomeadamente, “O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do Estado de direito.” Comissão Europeia 2001/C 287/01. *Governança – Um Livro Branco*. COM(2001) 428 final, JOUE C 287 de 12.10.2001, p. 7.

⁵ Disponível em: http://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt.

⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – Apoio à prevenção da radicalização que conduz ao extremismo violento. Documento COM(2016) 379 final de 14.6.2016.

⁷ Parecer do Comitê Económico e Social Europeu 2017/C 034/02 sobre o “Mecanismo europeu de controlo do Estado de direito e dos direitos fundamentais”, JOUE C 34 de 02.02.2017, p. 12, § 2.8.

⁸ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu *sobre o artigo 7º do Tratado da União Europeia. Respeito e promoção dos valores em que a União assenta*. Documento COM(2003) 606 final de 15.10.2003, p. 3, 13.

⁹ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – *Reforçar os direitos dos cidadãos numa União da mudança democrática*. Relatório de 2017 sobre a Cidadania da UE. Documento COM(2017) 30 final de 31.1.2017, p. 10.

¹⁰ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*. Documento COM(2014) 158 final de 11.03.2014, p. 2.

¹¹ Textos em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

¹² Ver em: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/>. A Comissão Europeia para a Democracia através do Direito é conhecida pelo nome de Comissão de Veneza, cidade italiana onde se reúne, como órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais. Foi criada em 1990 como um acordo entre 18 membros do Conselho da Europa, composta por especialistas independentes, nomeados por quatro anos pelos Estados-Membros, e reúne-se quatro vezes por ano.

A defesa do Estado de direito (SILVA; ALVES, 2016, p. 238) está presente como princípio democrático e desafio, nomeadamente em matéria de alargamento, atento o artigo 49 do TUE a outros países europeus onde, atualmente, o conceito periga, embora não se deixem de registrar, paralelamente, progressos importantes.¹³

Certo de que se apresenta como um dos valores fundadores há quase 70 anos, a caracterização democrática da União Europeia de hoje está ainda aberta à discussão (MOURY, 2016, p. 49) em vertentes como a transparência das tomadas de decisão, o controle das instituições ou a participação dos cidadãos na legitimidade de ambas as anteriores. Não é questionável, porém, que a União Europeia continua seguramente a constituir um dos locais do mundo em que a democracia e os direitos fundamentais são protegidos da melhor forma.¹⁴ São já 60 anos de paz num globo onde se vivem 60 conflitos militares, mas nenhuma dessas guerras em território da União.¹⁵

Em todas as situações, o valor universal da democracia deve ser promovido pela UE nas suas ações, parcerias e instrumentos.¹⁶ As instituições estão atentas aos esforços,¹⁷ tendo sido a sua própria geometria de poderes, com freios e contrapesos, tradução destas preocupações, bem como as diversas reformas sofridas pelas instituições da UE (PAIS, 2010). Será pela educação e formação nos valores comuns e nos princípios gerais do direito, estabelecidos nos artigos 1º a 3º do TUE, que o caminho da UE deve ser trilhado para possibilitar aos aprendentes adquirir conhecimentos, aptidões e atitudes no sentido de uma cidadania ativa¹⁸ e democrática. Ao garantir uma educação de elevada qualidade para todos, em todos os graus de ensino a política de educação tem um papel de primeiro plano a desempenhar. Essas competências sociais, cívicas e interculturais permitirão reforçar, reafirmar e promover os valores democráticos da UE.¹⁹

Conforme a Comissão: *“O funcionamento da União assenta na democracia representativa, o que implica transparência e uma cultura política assente na acessibilidade e na responsabilização, apoiada por um sistema eleitoral eficaz e por um eleitorado informado e partici-*

¹³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – Estratégia de alargamento da UE. Documento COM(2015) 611 final de 10.11.2015, p. 6, e Relatório Anual 2016/C 316/18 do Parlamento Europeu sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2013 e a política da União Europeia nesta matéria, JOUE C 316 de 30.8.2016, p. 149.

¹⁴ Documento COM(2003) 606, cit., p. 4.

¹⁵ Conforme o discurso proferido pelo presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, no Instituto de Estudos Europeus da Universidade Católica de Louvain-la-Neuve (Bélgica) intitulado “A Europa hoje e de amanhã”, referência SPEECH/17/341 de 23 de fevereiro de 2017. Comemoraram-se em 25 de Março de 2017 os 60 anos dos Tratados de Roma que criaram a Comunidade Europeia da Energia Atômica (C. E. E. A. ou Euratom) (<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html#new-2-53>) e a Comunidade Econômica Europeia (C. E. E.) (<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-founding.html>).

¹⁶ Já pensa-se na Agenda 2030. Ver na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – Proposta de um novo Consenso Europeu sobre o Desenvolvimento, O nosso mundo, a nossa dignidade, o nosso futuro. Documento COM(2016) 740 final de 22.11.2013, p. 18.

¹⁷ Resolução 2015/C 313/03 do Comitê das Regiões sobre o tema “Melhorar o funcionamento da União Europeia: O Tratado de Lisboa e mais além”, no JOUE C 313 de 22.9.2015, p. 9, § 4 e 6.

¹⁸ Conclusões do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-Membros 2017/C 62/02, reunidos no seio do Conselho, sobre a inclusão na diversidade a fim de alcançar uma educação de elevada qualidade para todos, no JOUE C 62 de 25.2.2017, p. 3.

¹⁹ *Ibidem*.

pativo".²⁰ Desta ideia retira-se a importância da educação, da defesa da diversidade linguística e do mecanismo da iniciativa de cidadania europeia, conforme pretende-se apresentar.²¹ Em especial, esta realização desempenha um papel importante na aproximação dos cidadãos ao processo legislativo.²²

3 O MULTILINGUISMO

Ligada à questão da diversidade, tônica sempre presente desde o lançamento da ideia da Europa comunitária, está o multilinguismo desde o primeiro momento.²³ Hoje, o artigo 3, n. 3, § 4º do Tratado da União Europeia (TUE), estabelece como princípio estruturante o respeito pela riqueza da diversidade cultural e linguística da União e, do mesmo modo, o artigo 22 (SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 269) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A União Europeia tem 24 línguas oficiais e de trabalho, conforme correspondência ao artigo 55, n. 1 do TUE. É de sublinhar-se esta faculdade de a União Europeia permitir a utilização de 24 línguas oficiais, que surge como caracterizadora desta organização internacional, talvez, de uma forma ímpar.²⁴ Nomeadamente, isso acontece na publicação do jornal oficial.²⁵

Hoje, nos mais variados documentos e a propósito de assuntos muito diversos, regressa a afirmação do relevo do multilinguismo no sentido de o respeitar e o acolher. O assunto pode surgir, logicamente até, a propósito da vocação de alargamento da UE ou tão somente da formação judiciária.

Neste item, no âmbito da formação judiciária, a formação multilinguística surge mencionada,²⁶ cada vez com maior frequência,²⁷ para reforçar as competências linguísticas das autoridades judiciais, advogados e outros interessados.²⁸ Decorre também do fato de o Tribunal de Justiça da União Europeia ser uma instituição multilingue sem equivalente em nenhuma outra jurisdição do mundo, posto que cada uma das línguas oficiais da União pode ser língua de processo. O Tribunal de Justiça²⁹ é, com efeito, obrigado a respeitar um multilinguismo

²⁰ Documento COM(2017) 30 final, cit., p. 8, 3.

²¹ Curiosamente duas ideias ligadas na última apresentação do instrumento que pretendemos focar neste pequeno estudo, no qual, por meio de uma iniciativa de cidadania europeia, que se repete pois fora recusada em 2013, se convida a Comissão "a melhorar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais e linguísticas e a reforçar a diversidade cultural e linguística da União" (comunicado de imprensa IP-17-776).

²² Resolução 2017/C 408/02 do Parlamento Europeu, de 2 de abril de 2014, sobre a revisão intercalar do Programa de Estocolmo, no JOUE C 408 de 30.11.2017, p. 9, § 11.

²³ O primeiro regulamento da UE sobre o seu regime linguístico foi aprovado em 1958 e mantém-se em vigor, com alterações. O Regulamento nº 1 do Conselho, de 15 de abril de 1958, estabelece o regime linguístico da Comunidade Econômica Europeia. Inicialmente tratava-se de dois regulamentos, este e o Regulamento nº 1 do Conselho, de 15 de abril de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Europeia da Energia Atômica.

²⁴ Basta consultar os endereços oficiais de grandes organizações internacionais para verificar a dificuldade de acesso em qualquer língua de Estados-Membros dessas mesmas organizações (ONU – www.un.org; UEO – www.weu.int; EFTA – www.efta.int; OCDE – www.oecd.org).

²⁵ Relatório do Conselho 2015/C 97/3 sobre o acesso à legislação, JOUE C 97 de 24.3.2015, p. 3, § 14.

²⁶ Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 251 E/7 de 14 de março de 2012 sobre formação judiciária, JOUE C 251 E de 31.8.2013, p. 44.

²⁷ Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 24/12, de 7 de fevereiro de 2013, sobre formação judiciária – coordenadores nos tribunais, JOUE C 24 de 22.1.2016, p. 99, § Q.

²⁸ Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho 2010/C 212 E/19 de 7 de Maio de 2009 referente ao desenvolvimento de um espaço de justiça penal na UE, JOUE C 212 E de 05.8.2010, p. 122, h), penúltimo §.

²⁹ Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/.

integral em razão da necessidade de comunicar-se com as partes na língua do processo e de assegurar a difusão da sua jurisprudência em todos os Estados-Membros. O mesmo Tribunal de Justiça afirma que a União Europeia é uma “comunidade de direito”,³⁰ que se concretiza também por meio dos seus aplicadores que são os juízes nacionais, que constituem um agente essencial do sistema jurisdicional da União Europeia, nomeadamente nos casos de aplicabilidade directa das suas normas.

Então, aqui as universidades têm um papel a desempenhar no ensino dos profissionais do direito, organismos profissionais, professores e estudantes de direito.³¹ Diga-se que o atual nível de formação em línguas estrangeiras, também em conjugação com o atual nível de conhecimento do direito comunitário, aliás, é insuficiente e limita o pleno exercício das possibilidades de cooperação judiciária. A necessidade de aumentar o conhecimento geral dos juízes nacionais em matéria de línguas estrangeiras é urgente, porque é do interesse público europeu desenvolver as competências linguísticas dos membros do poder judicial dos Estados-Membros.³²

O sistema de educação, da primeira infância ao Ensino Superior, é convocado a levar em conta a aprendizagem de línguas refletindo a diversidade cultural.³³ Está comprovado que o incentivo da educação na primeira infância constituiu uma medida que condiciona o percurso de aprendizagem ao longo da vida e o espírito democrático e de cidadania.³⁴

O multilinguismo é aceito como elemento-chave do processo de integração europeia baseado em valores comuns e num patrimônio comum,³⁵ numa perspectiva de direito fundamental e de patrimônio cultural,³⁶ como um valor a incrementar.³⁷

4 A INICIATIVA DE CIDADANIA EUROPEIA

A construção de uma Europa unida permitiu a paz que se vive na Europa há quase 70 anos, além de outros sucessos, como o alargamento, o mercado único, a moeda única³⁸ ou a cidadania europeia.³⁹ As escolhas assumidas hoje, porém, podem condicionar o percurso e o modo como a democracia funciona.⁴⁰

³⁰ No Acórdão do TJCE de 23 de 1986, *Les Verts / Parlamento Europeu*, Proc. C-294/83, Colect. 1986, p. 1.339, § 23.

³¹ Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 251 E/07, cit., e Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 24/12, cit.

³² Resolução do Parlamento Europeu 2009/C 294 E/6, de 9 de julho de 2008, sobre o papel do juiz nacional no sistema jurisdicional europeu, no JOUE C 299 E de 3.12.2009, p. 29, § 6.

³³ Conclusões do Conselho 2017/C 62/2, cit., p. 5.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Resolução do Conselho 2007/C 287/01 de 16 de Novembro de 2007 *sobre uma Agenda Europeia para a Cultura*, JOUE C 287 de 29.11.2007, p. 1-4.

³⁶ Conclusões do Conselho 2014/C 183/08, de 21 de maio de 2014, *sobre o património cultural como recurso estratégico para uma Europa sustentável*, JOUE C 183 de 14.6.2014, p. 36-38, e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões – *Rumo a uma abordagem integrada do património cultural europeu*. Documento COM(2014) 477 final de 22.7.2014.

³⁷ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões *sobre a execução, os resultados e a avaliação global do Programa “Europa para os Cidadãos” 2007-2013*. Documento COM(2015) 652 final de 16.12.2015, p. 2.

³⁸ Discurso SPEECH/17/341, cit.

³⁹ Relatório da Comissão COM(2017) 30 final/, cit., p. 3.

⁴⁰ Livro Branco. Documento COM(2017) 2025, cit., p. 6.

Os cidadãos da União Europeia são os reais atores de uma União de direito,⁴¹ se bem que, como reconhece o Parlamento Europeu, “*os Estados-Membros são os principais responsáveis pela correta aplicação e execução do direito da União*”.⁴²

Em articulação, a cidadania europeia faculta aos cidadãos europeus diversos direitos proclamados nos tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais e mais do que uma forma de intervir na vida política democrática. As questões do exercício e conhecimento sobre a cidadania e participação ativa na vida democrática da União estão entre as prioridades definidas pela UE, que considera este domínio prioritário nas suas ações.⁴³ Os estudos demonstram que os europeus estão cada vez mais alertas na vivência do seu papel de cidadãos da União, e a percentagem de europeus que querem saber mais sobre os seus direitos continua a aumentar.⁴⁴ Os europeus estão maioritariamente conscientes da sua cidadania da UE, mas nem sempre conhecem os direitos que dela decorrem. A cidadania da União Europeia comporta importantes direitos e liberdades e também a possibilidade de participação democrática e envolvimento ativo no processo decisório da UE, continuando a importar e definir a substância da cidadania europeia, porque muitas dúvidas se levantam ainda, mormente no campo dos direitos fundamentais.⁴⁵

Uma das facetas da democracia é, então, permitir aos cidadãos envolverem-se nas tomadas de decisão por meio da participação no exercício da iniciativa legislativa. Não sendo a única forma de democracia participativa,⁴⁶ é hoje promovido este instrumento. Acontece em âmbito nacional de variados países a reconhecerem, tal como Portugal,⁴⁷ Brasil,⁴⁸ EUA ou Suíça, e acontece na esfera da União Europeia. Não se trata do único direito político de imersão na democracia,⁴⁹ mas é uma vertente muito promissora que se mostrou clara e de fácil concretização. Os resultados são escassos, tal como acontece no plano nacional, talvez atentando

⁴¹ Comunicação da Comissão *sobre a melhoria do controlo da aplicação do direito comunitário*. Documento COM(2002) 725 final de 11.12.2002, p. 22.

⁴² Resolução 2017/C 316/28 do Parlamento Europeu de 10 de setembro de 2015, sobre o 30º e 31º relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do Direito da UE (2012-2013), JOUE C 316 de 22.9.2017, p. 249, § 20.

⁴³ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – *Relatório de avaliação ex post relativo ao programa “Direitos Fundamentais e Cidadania” (2007-2013)*. Documento COM(2017) 69 final de 13.2.2017, p. 9, 11.

⁴⁴ Comunicado de imprensa da Comissão MEX/17/142 de 24 de janeiro de 2017.

⁴⁵ Conforme analisado por SILVEIRA, Alessandra. *Revista Julgar digital*, n. 22, p. 181, 2014.

⁴⁶ Como, além do direito de petição, o caso da ação popular, prevista na Constituição da República Portuguesa, por previsão pelo artigo 52º. Ver MAIOR, Mariana Sotto. “O direito de ação popular na Constituição da República Portuguesa”, 1998, e GONÇALVES, Rubén Miranda. *Novas alternativas ao exercício da democracia tradicional: a democracia participativa*. *Revista Jurídica UniCuritiba*, p. 428, 2016.

⁴⁷ A iniciativa popular, na Constituição da República Portuguesa, por previsão pelo artigo 167º, nº 1, depois da revisão constitucional de 1997, artigo 118º do Regimento da Assembleia da República nº 1/2007 de 20 de agosto (com as últimas alterações de 2010) e regulada na Lei nº 17/2003 de 24 de junho (com as alterações introduzidas pela Lei nº 26/2012, de 24 de julho; Lei Orgânica nº 1/2016, de 26 de agosto; Lei nº 52/2017, de 21 de julho e Declaração de Retificação nº 24/2017, de 5 de setembro). Disponível em: <http://www.parlamento.pt/EspacoCidadao/paginas/direitoiniciale legislativa.aspx>. Disponível em esquema em: <http://www.helenarosea.pt/documentos/1489938103K4pPC4mm5Uz69OU1.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁴⁸ Neste país já por quatro vezes projetos de lei de iniciativa popular foram aprovados como lei em casos de violência que mobilizaram a opinião pública, como a primeira utilização que resultou na Lei nº 8.930 de 7/9/1994.

⁴⁹ European Commission. *EU Citizenship Report 2017 Strengthening Citizens’ Rights in a Union of Democratic Change*. 2017, p. 17.

na juventude do instrumento, contudo, a utilização deste é uma via importante mesmo que apenas pela aprendizagem que resultam de contributos sem sucesso efetivo. Busca-se capacitar os cidadãos para influenciarem a agenda política.⁵⁰

Por um lado, como referido, os europeus estão cada vez mais conscientes do seu estatuto de cidadãos da União, e a percentagem de europeus que querem saber mais sobre os seus direitos continua a aumentar. Por outro lado, cada vez mais a UE toma medidas para melhorar a conhecer os direitos de cidadania,⁵¹ nomeadamente fomentando o envolvimento cívico dos jovens, para quem uma maior utilização da tecnologia pode traduzir uma maior adesão.⁵²

O direito à iniciativa de cidadania europeia, plasmado no Regulamento (UE) n. 211/2011 de 2011,⁵³ foi introduzido pelo Tratado de Lisboa (artigos 11, n. 4 do TUE e 24, § 4, TFUE). Este tratado de revisão reforça a cidadania da União e melhora o seu funcionamento democrático,⁵⁴ com este instrumento inovador da democracia participativa transnacional em vigor desde abril de 2012. Permite que um milhão de cidadãos da UE de, pelo menos, sete Estados-Membros, convidem a Comissão Europeia a apresentar propostas legislativas em domínios da competência da União Europeia, como condições de admissibilidade jurídica. Ainda, devem dizer respeito a matérias da competência da Comissão em apresentar uma proposta legislativa para efeitos de aplicação dos tratados. Deste modo, pretende-se associar ativamente os cidadãos ao processo de decisão europeu, proporcionando-lhes uma forma indireta de direito de iniciativa legislativa. Até hoje, mais de 6 milhões de cidadãos europeus assinaram uma iniciativa de cidadania europeia. Embora tenham sido apresentadas 58 iniciativas com sucesso,⁵⁵ somente 36 foram registadas pela Comissão,⁵⁶ das quais apenas 3 recolheram pelo menos 1 milhão de assinaturas.⁵⁷ É depois de registada que se dá início a um processo de 12 meses para recolha das assinaturas em apoio da proposta de iniciativa de cidadania euro-

⁵⁰ Comunicado de imprensa da Comissão IP/17/649 de 22 de março de 2017.

⁵¹ Documento COM(2017) 30 final, cit., pp. 23 e 31, e EUROPEAN COMMISSION. *Did you know? 10 EU rights at a glance*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

⁵² Resolução do Parlamento Europeu 2017/C 355/03, de 28 de outubro de 2015, sobre a Iniciativa de Cidadania Europeia, JOUE C 355 de 20.10.2011, p. 20.

⁵³ Regulamento (UE) nº 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 2011 sobre a iniciativa de cidadania, JOUE L 65 de 11.03.2011, pp. 1 a 22, e <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome>.

⁵⁴ Ver “A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia”, 2012.

⁵⁴ Decisão (UE) 2017/599 da Comissão de 22 de março de 2017, no JOUE L 81 de 28.03.2017, p. 18, § 5.

⁵⁵ Uma das mais recentes, publicitada pela Comissão que emitiu em 10.1.2017 um comunicado de imprensa (disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-28_en.htm) que registava a Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE) “Proibir o Glifosato – Proibição do glifosato e proteção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos” que convida a Comissão “a propor aos Estados-Membros a proibição do glifosato, a rever o procedimento de aprovação de pesticidas a nível da UE e a estabelecer metas obrigatórias de redução da utilização de pesticidas”. Este registo deu início ao necessário processo de 12 meses para recolha de assinaturas em apoio da proposta de Iniciativa de Cidadania Europeia pelos seus organizadores. Surgem, entretanto, mais três, ligadas à questão da saída do Reino Unido da União por exercício do artigo 50 do TUE, duas aceites (“Cidadania da UE para os europeus: unidos na diversidade apesar do jus soli e do *jus sanguinis*”, pela Decisão (UE) 2017/599, cit., p. 18-19, e “Manutenção da cidadania europeia”) e uma rejeitada (“Stop Brexit”), em 22.3.2017. Ainda é noticiada, em 29.3.2017, outra denominada Minority Safepack (comunicado de imprensa IP-17-776, cit. e Decisão (UE) 2017/652 da Comissão de 29 de março de 2017, JOUE L 92 de 6.4.2017, p. 100-104).

⁵⁶ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões *nos termos do artigo 25 do TFUE sobre os progressos rumo a uma efetiva cidadania da UE 2013-2016*. Documento COM (2017) 32 final de 24.1.2017, p. 16.

⁵⁷ As propostas que foram bem-sucedidas são “A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!”, “Stop Vivisection” (não à vivisseção) e “Um de nós”. Disponíveis em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>.

peia pelos seus organizadores, por 1 milhão de cidadão oriundos de, pelo menos, um quarto dos Estados-Membros da UE. Constitui um convite à Comissão a apresentar propostas legislativas, naturalmente em domínios da sua competência, não podendo, por tal, ser contrária aos valores da União. Ademais, é no prazo de um a três meses após o registo que cabe à Comissão apresentar a sua resposta, decidindo se intervém ou não, explicando as razões da sua posição com conclusões jurídicas e políticas.⁵⁸ Até à presente data ainda não existiu nenhuma iniciativa totalmente bem-sucedida, isto é, não deu origem a nenhuma proposta legislativa, apesar de, em alguns casos, a Comissão Europeia ter considerado a posição da opinião pública sobre aspetos específicos. É, contudo, um instrumento de futuro de grande significado democrático a levar-se em conta.

A Comissão considera que a iniciativa de cidadania europeia está “*plenamente operacional*”,⁵⁹ mas reconhece que é possível melhorar a ferramenta. Nesse caminho, o Comitê das Regiões veio solicitar a revisão e a simplificação deste instrumento, a fim de o tornar mais convivial e acessível aos cidadãos, salientando que seria necessário à Comissão, por exemplo, não somente analisar, mas lançar um debate seguido de votação.⁶⁰ Também o Parlamento Europeu foi mantendo-se atento a este mecanismo legal, procurando aperfeiçoá-lo no sentido de o tornar um instrumento de democracia participativa mais acessível e de fácil utilização,⁶¹ no sentido de prevenir obstáculos técnicos e burocráticos⁶² à sua utilização.⁶³ A Comissão apresentou uma proposta de alteração do regulamento⁶⁴ com medidas para facilitar a organização da iniciativa de cidadania, facilitar o apoio a iniciativas e aumentar o impacto das iniciativas bem-sucedidas. Resultará mais uma vez da educação o reforço para o exercício da cidadania democrática nos valores da igualdade e da equidade, entendidos como distintos e complementares.⁶⁵

O Comitê Econômico e Social Europeu criou o “Dia da Iniciativa de Cidadania Europeia”, organizado em 2018 para 10 de abril,⁶⁶ por ocasião da comemoração do 60º aniversário desse órgão.

⁵⁸ Comunicação da Comissão sobre a iniciativa europeia “A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!” Documento COM(2014) 177 final de 19.3.2014, p. 2, 1.

⁵⁹ Documento COM (2017) 32 final, cit., p. 17.

⁶⁰ Resolução 2015/C 313/3, cit., p. 9, § 4.

⁶¹ Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 212 E/14, de 7 de maio de 2009, que contém um pedido à Comissão no sentido da apresentação de uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à aplicação da iniciativa de cidadania, no JOUE C 212 E de 5.8.2010, p. 99-105, e Resolução do Parlamento Europeu, de 28 de outubro de 2015, sobre a Iniciativa de Cidadania Europeia de 28 de outubro de 2015, P8_TA(2015)0382.

⁶² Resolução do Parlamento Europeu 2017/C 378/25, de 13 de março de 2014, sobre a aplicação do Tratado de Lisboa no que respeita ao Parlamento Europeu, JOUE C 378 de 9.11.2017, p. 223, § 37.

⁶³ Disponível em: <https://epthinktank.eu/2017/12/07/revising-the-european-citizens-initiative-eu-legislation-in-progress-policy-podcast/>. Acesso em: 11 dez. 2017.

⁶⁴ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a iniciativa de cidadania europeia. Documento COM (2017) 482 final de 13.9.2017.

⁶⁵ Conclusões do Conselho 2017/C 62/02, cit., p. 4.

⁶⁶ Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/pt/node/58609>. Acesso em: 29 mar. 2018.

Merece ainda a atenção do Provedor de Justiça, que observa e indaga no sentido de uma melhoria de eficácia.⁶⁷

Desta forma, o processo legislativo europeu assume como característica essencial o fato de se tratar de um processo negocial que apela à participação das instituições europeias, dos Estados-Membros e, mesmo, dos cidadãos (MARRANA, 2012, p. 7).

Convém sublinhar que o instrumento da iniciativa de cidadania é diverso do direito de petição (mesmo artigo 24, § 2 e 3, TFUE) que assiste aos cidadãos europeus, e mais semelhante ao direito de iniciativa do Parlamento Europeu (artigo 225 TFUE) ou do Conselho (artigo 241 TFUE).⁶⁸ Também não se insere normalmente na catalogação dos direitos políticos resultantes da cidadania europeia. Embora o reforço da participação dos cidadãos no processo democrático da UE seja prioridade atual da Comissão para os anos 2017-2019,⁶⁹ este instrumento, objeto da nossa análise, é encarado como específico.

4.1 A Iniciativa de Cidadania Europeia – Casos

Conforme mencionado, e atentos aos desenvolvimentos mais recentes, desde a entrada em vigor do Regulamento (UE) n. 211/2011 sobre a iniciativa de cidadania, surgiram já mais de 36 iniciativas registradas pela Comissão. Desde a entrada em vigor deste instrumento, em 1º de abril de 2012, já 9 milhões de cidadãos europeus nele participaram⁷⁰ com declarações de apoio recolhidas em toda a União Europeia.⁷¹

Afirmam-se, até o momento, como iniciativas bem-sucedidas,⁷² três propostas muito diferentes, visto terem alcançado uma subscrição suficiente e terem resultado em resposta da Comissão, ainda que por meio de comunicação. Nestas, a Comissão propõe-se tomar medidas adequadas (ou não num dos casos).⁷³ Significa que, em tais casos, os organizadores da iniciativa de cidadania dispuseram do período de um ano para recolher as declarações de apoio necessárias que alcançaram e que foram confirmadas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros. A Comissão, então, teve o prazo de três meses para analisar a iniciativa e tomar uma decisão sobre a mesma, o que fez por intermédio desses documentos COM.

⁶⁷ Resolução do Parlamento Europeu 2018/C 35/21, de 25 de fevereiro de 2016, sobre o Relatório anual de 2014 do Provedor de Justiça Europeu, JOUE C 35 de 31.1.2018, p. 129. No caso, a Provedora *Emily O'Reilly*, em funções desde 1º de outubro de 2013 (JOUE L 369 de 24.12.2014, p. 70).

⁶⁸ Ficha técnica sobre a União Europeia – 2017, consulta em 9.3.2017.

⁶⁹ Relatório da Comissão COM (2017) 30 final, cit., p. 8.

⁷⁰ Resolução do Parlamento Europeu 2017/C 378/17, de 12 de março de 2014, sobre o Relatório de 2013 sobre a cidadania da União. Cidadãos da UE: os seus direitos, o seu futuro, JOUE C 378 de 9.11.2017, p. 147, § M.

⁷¹ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação do Regulamento (UE) nº 211/2011. Documento COM(2018) 157 final de 28.3.2018.

⁷² Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>. Acesso em: 2 jun. 2017, e Resolução do Parlamento Europeu 2017/C 378/17, cit., p. 148, § 13.

⁷³ Vejam-se, respectivamente: Comunicação da Comissão sobre a iniciativa europeia “A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!”. Documento COM (2014) 177 final de 19.3.2014; Comunicação da Comissão relativa à iniciativa de cidadania europeia “Um de nós”. Documento COM (2014) 355 final de 28.5.2014; Comunicação da Comissão relativa à Iniciativa de Cidadania Europeia “Stop Vivisection”. Documento COM (2015) 3773 final de 3.6.2015.

O que não se alcançou ainda foi o resultado de conseguir uma proposta legislativa concreta que resulte em legislação aprovada. A Comissão não estará nunca obrigada a apresentar uma proposta legislativa na sequência de uma iniciativa, que, obviamente, terá de ser sempre em matéria no quadro da competência da União Europeia. Se a Comissão, no âmbito do poder discricionário que a caracteriza, decidir apresentar uma proposta legislativa, é desencadeado o processo legislativo normal: a proposta da Comissão é apresentada ao Parlamento Europeu e ao Conselho ou, dependendo da matéria, somente ao Conselho, e só terá força de ato legislativo se seguir toda a tramitação até à publicação no jornal oficial.

Pela primeira vez, em 19 de março de 2014 a Comissão Europeia decidiu dar resposta favorável à Iniciativa de Cidadania Europeia “A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!”;⁷⁴ uma iniciativa sobre o direito à água e ao saneamento a todos os cidadãos da UE; muito curiosa na medida em que vai ao encontro das recentes diretrizes da ONU para 2030,⁷⁵ quando os 193 Estados signatários se propõem a garantir a disponibilidade e a gestão da água potável e do saneamento para todos como objetivo a atingir até ao ano de 2030.

Seguiu-se o tema “*Stop Vivisection*” (Fim à vivisseção),⁷⁶ propondo um quadro legal europeu com vista a acabar com as experiências em animais.

Há, ainda, a iniciativa “Um de nós”,⁷⁷ para criar uma protecção jurídica da dignidade, do direito à vida e da integridade de cada ser humano desde a concepção nas áreas de competência da UE.

Estão ainda a decorrer, entretanto, os prazos para preencher a adesão a nove iniciativas com os procedimentos em aberto.⁷⁸

Relativamente às iniciativas recusadas, nas suas respostas a Comissão específica, com base nas condições estabelecidas no regulamento, mostra as razões da sua decisão de não registar a proposta em causa e informa os organizadores sobre todas as vias de recurso de que dispõe. seja porque não preencheram os requisitos exigidos pela legislação ao não reunirem apoio suficiente, como 18 delas,⁷⁹ seja porque foram retiradas, como 14 delas,⁸⁰ e, em ambos os casos, se tornaram obsoletas. A Comissão *Juncker* salienta⁸¹ que, desde que tomou posse, em novembro de 2014, criou medidas concretas para melhorar o funcionamento deste instrumento, e, na sua vigência, apenas uma iniciativa foi recusada, um pedido no sentido de

⁷⁴ Disponível em: <http://www.right2water.eu/>. Acesso em: 2 jun. 2017.

⁷⁵ Resolução intitulada “Transformar o nosso mundo: Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável” adotada a 25 de setembro de 2015 e que entrou em vigor a 1º de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 31 maio 2017.

⁷⁶ Disponível em: <http://www.stopvivisection.eu/>. Acesso em: 2 jun. 2017.

⁷⁷ Disponível em: <https://oneofus.eu/>. Acesso em: 2 jun. 2017.

⁷⁸ Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open>. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁷⁹ Disponível em: http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/conditions_not_fulfilled. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁸⁰ Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete>. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁸¹ Comunicado de imprensa da Comissão de 15 de setembro de 2017 e documento da Comissão MEMO/17/3168 também de 15.9.2017.

pôr termo à retirada do Reino Unido, claramente fora do âmbito do regulamento em causa.⁸² Também, a Comissão recuou na sua decisão inicial de não registrar a iniciativa “Não ao TTIP”,⁸³ que fora anulada pelo Tribunal de Justiça da UE, conforme Relatório Anual (2017, p. 141).

A subscrição será realizada por qualquer cidadão da UE, ou seja, nacional de um Estado-Membro, com a idade mínima necessária para exercer o direito de voto nas eleições para o Parlamento Europeu. Para apoiar uma iniciativa, os cidadãos têm de preencher um formulário de declaração de apoio disponibilizado pelos organizadores em papel ou por via eletrônica. A questão da recolha de número de assinaturas por país membro⁸⁴ pode surgir como um entrave procedimental, independentemente do interesse do tema proposto.

Por exemplo, veja-se o caso da pretensão “Educação europeia de qualidade para todos”,⁸⁵ que defendia que o futuro da Europa depende da educação, de como educar os cidadãos, sobre como eles aprendem e os objetivos pedagógicos comuns, refletindo os valores fundamentais da UE, que deveriam estar no centro da solução para os desafios atuais, lançada em 16.7.2012, não conseguindo prosseguir,⁸⁶ quando, afinal, o núcleo do assunto prossegue pela UE nos mais recentes documentos da Comissão⁸⁷ e corresponde, aliás, a um dos direitos fundamentais proclamado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 14, o que nos leva de volta à questão da ideia de simplificar os moldes procedimentais e insistir na publicitação para o sucesso deste instrumento.

Uma outra pretensão, publicitada pela Comissão que emitiu em 10.1.2017 um comunicado de imprensa (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-28_en.htm) que registrava a Iniciativa de Cidadania Europeia (ICE) “Proibir o Glifosato”, convida a Comissão “*a propor aos Estados-Membros a proibição do glifosato, a rever o procedimento de aprovação de pesticidas a nível da UE e a estabelecer metas obrigatórias de redução da utilização de pesticidas*”. Este registo deu início ao necessário processo de 12 meses para recolha de assinaturas em apoio da proposta de Iniciativa de Cidadania Europeia pelos seus organizadores. A Comissão volta a responder em 12.12.2017⁸⁸ por meio de comunicado de imprensa e compromete-se a apresentar, em 2018, uma proposta legislativa para reforçar a transparência e qualidade dos estudos utilizados na avaliação científica de substâncias.

⁸² “Stop Brexit”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/3511>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸³ “Stop TTIP”, *to recommend to the Council to repeal the negotiating mandate for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) and not to conclude the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/details/2017/000008>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸⁴ Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/signatories?lg=en>. Acesso em: 2 jun. 2017.

⁸⁵ Disponível em: www.EuroEdTrust.eu. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁸⁶ Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2012/000008>. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁸⁷ Vendo o próprio documento e todas as referências nele contidas a documentos anteriores no mesmo sentido de relevo à educação. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê Das Regiões *Desenvolvimento das escolas e um ensino da excelência para um melhor começo de vida*. Documento COM (2017) 248 final de 30.5.2017.

⁸⁸ Disponível em: https://ec.europa.eu/food/plant/pesticides/glyphosate_en. Acesso em: 13 dez. 2017.

Surgiram, entretanto, mais três, ligadas à questão da saída do Reino Unido da União por exercício do artigo 50 do TUE, duas aceites (“Cidadania da UE para os europeus: unidos na diversidade apesar do *jus soli* e do *jus sanguinis*”⁸⁹ e “Manutenção da cidadania europeia”) e uma rejeitada (“Stop Brexit”),⁹⁰ em 22.3.2017. Ainda foi noticiada em 29.3.2017 outra denominada *Minority Safepack*.⁹¹

Já em 14.2.2018, a Comissão Europeia decidiu registar uma Iniciativa de Cidadania Europeia intitulada “Somos uma Europa acolhedora, deixem-nos ajudar!” (“*We are a welcoming Europe, let us help!*”), atentas às dificuldades dos Estados-Membros em lidar com a migração.⁹²

Surge a iniciativa de cidadania intitulada “Amigos britânicos, fiquem conosco na UE!”, no entendimento que o referendo de 2016 sobre o Brexit não foi um plebiscito cujo resultado seja vinculativo, mas, tão somente, um referendo público levado a efeito para que o Parlamento britânico pudesse ajuizar da opinião da população britânica naquele momento.

O instrumento da iniciativa europeia é, portanto, considerado pela UE como estando “plenamente operacional” o que, contudo, não o isenta de possíveis melhoramentos, conforme intenções expressas pelas instituições.⁹³ Consideramos que este continua a ser importante manifestação de democracia, e a prática demonstra que os cidadãos europeus vêm descobrindo aos poucos este meio de contato com o exercício dos seus direitos de cidadania. A tônica continua, talvez, na necessidade de maior divulgação, maior visibilidade, maior proximidade com o cotidiano e, claro, maior adesão por parte dos meios de comunicação social para tornar transparente não apenas a sua plena existência, mas o seu real impacto.

Estando já exaustivo o elencar das iniciativas, diga-se que, ainda antes de terminar o ano de 2019, frequentes foram as novas iniciativas submetidas com admissibilidade, o que demonstra a maior visibilidade a utilização deste instrumento de democracia.⁹⁴

5 CONCLUSÃO

A ideia de reforço de democracia não se esgota ou restringe ao funcionamento das instituições europeias, tampouco ainda à participação dos cidadãos nos procedimentos tendentes à adoção de medidas legislativas. O aprofundar da cidadania da União Europeia pode permitir

⁸⁹ Pela Decisão (UE) 2017/599, cit., p. 18-19.

⁹⁰ Disponível em: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/3511>. Acesso em: 5 jun. 2017.

⁹¹ Conforme o comunicado de imprensa IP-17-776 e Decisão (UE) 2017/652 da Comissão de 29 de março de 2017, JOUE L 92 de 6.4.2017, p. 100-104.

⁹² Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-746_en.htm. Acesso em: 18 fev. 2018, e Decisão (UE) 2018/262 da Comissão de 14 de fevereiro de 2018 relativa à iniciativa de cidadania proposta intitulada “*We are a welcoming Europe, let us help!*”, JOUE L 49 de 22.2.2018, p. 64-65.

⁹³ Resolução do Parlamento Europeu 2017/C 316/09, de 8 de setembro de 2015, sobre o seguimento da Iniciativa de Cidadania Europeia “*Right2Water*”, JOUE C 316 de 22.9.2017, p. 102, § 1.

⁹⁴ SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende e Ferreira, Maria João (2019). The value of new technologies in participatory democracy: The case of the European citizens’ initiative. *Doxa Comunicación*, p. 37.

aos cidadãos a oportunidade de interagirem e participarem na construção de uma Europa cada vez mais próxima, democrática e unida, enriquecida pela sua diversidade cultural⁹⁵ nas mais variadas facetas.

O que entendemos por democracia continua ligado ao exercício das liberdades individuais e ao “desenho” da estrutura do Estado, quando se busca a relevância do cidadão. A aproximação de cada cidadão à construção europeia permanece ela própria em construção. Esta interação com os cidadãos está a ser e deve ser incrementada quer pela União Europeia quer pelos Estados-Membros, pelo bem da democracia,⁹⁶ no “desenho” do Estado de direito. A iniciativa de cidadania europeia é mais um veículo nesse sentido, é já sentida como um instrumento político de recurso para o pulsar dos cidadãos europeus, mas não deu ainda os resultados necessários para se fazer sentida pelo cidadão comum, e vive com dificuldades técnicas⁹⁷ de alguma forma identificadas e a que as instituições comunitárias já se mostraram sensíveis no sentido de introduzir melhorias com mudanças no regime jurídico aplicável. Tal como na realidade portuguesa, ainda não deu lugar a legislação aprovada, mas no plano europeu estão a ser exercitados os passos para alcançar nova legislação.

É, entretanto, muito pela educação e formação, criando uma cultura ativa de participação do cidadão para demonstrar e exercer o seu interesse cívico, que se manterá a diversidade da União Europeia como valor e unidade⁹⁸ em todos os aspectos da vida e para além de todas as diferenças, pela promoção desde a primeira infância ao ensino universitário.⁹⁹

6 REFERÊNCIAS

- ALVES, Dora Resende. A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia. *Revista Jurídica*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 15, 49-56, 2012. ISSN 0874-2839.
- EUROPEAN COMMISSION. *EU Citizenship Report 2017 Strengthening Citizens' Rights in a Union of Democratic Change*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. ISBN 978-92-79-65323-0. DOI: 10.2838/51061.
- EUROPEAN COMMISSION. *Did you know? 10 EU rights at a glance*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014. ISBN 978-92-79-35765-7. DOI: 10.2775/22234.
- GONÇALVES, Rubén Miranda. Novas alternativas ao exercício da democracia tradicional: a democracia participativa. *Revista Jurídica UniCuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 426-437, 2016. ISSN 2316-753X. DOI: 10.6084/m9.figshare.4610839.
- MAIOR, Mariana Sotto. O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa. *Documentação e Direito Comparado*. 75/76. 1998. Disponível em: <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-g.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.
- MARRANA, Rui Miguel. O acesso à informação no quadro do funcionamento da União Europeia. In: *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 21, p. 7-42, 2012. ISSN 1646-1029.
- MOURY, Catherine. *A democracia na Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. ISBN 978-989-8838-49-0.

⁹⁵ Documento COM (2015) 652 final, cit., p. 2.

⁹⁶ Livro Branco. Documento COM (2017) 2025, cit., p. 6.

⁹⁷ Documento COM (2018) 157 final, cit.

⁹⁸ Conclusões do Conselho 2017/C 62/02, cit., p. 3.

⁹⁹ Conclusões 2017/C 62/2 do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, sobre a inclusão na diversidade a fim de alcançar uma educação de elevada qualidade para todos, no JOUE C 62 de 25.2.2017, p. 3-7.

PAIS, Sofia Oliveira. O Tratado de Lisboa e a renovação das instituições da União Europeia. *Cadernos O Direito O Tratado de Lisboa*, Lisboa: Almedina, 5, p. 319-350, 2010.

SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. ISBN 978-989-88233-37-3.

SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende e Ferreira, Maria João. The value of new technologies in participatory democracy: The case of the European citizens' initiative. *Doxa Comunicación*, 28, 37-53, 2019. DOI: 10.31921/doxacom.n28a02 . Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/2841>.

SILVEIRA, Alessandra. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? – Eis a questão! *Revista Julgar Digital*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 22, p. 179-209, 2014.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – comentada*. Lisboa: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual 2016*. Atividade Judiciária. Síntese da atividade judiciária do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública da União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia. 2017. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_pt_web.pdf. Acesso em: 27 set. 2017. ISBN 978-92-829-2338-2. doi:10.2862/45870.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.30-49>

Os Rumos que a Reforma Trabalhista Tomará Para Ressignificar o que se (Re)Conhece Como Trabalho: Entre Possibilidades Discursivas e Palavras Retóricas¹

Wilson Engelmann

Pós-Doutor em Direito Público – Direitos Humanos – Centro de Estudios de Seguridad (Ceseg) da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Doutor e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Unisinos. Coordenador executivo, professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Unisinos. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Líder do Grupo de Pesquisa Jusnano, credenciado junto ao CNPq. <http://lattes.cnpq.br/7143561813892945>. <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559wengelmann@unisinos.br>.

Guilherme Wünsch

Pós-doutor em Direito pela PUCRS. Doutor e mestre em Direito pela Unisinos. Professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Unisinos. Acadêmico titular da Cadeira nº 26 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/2498253735871468>. <http://orcid.org/0000-0002-0012-3559.guilhermeipa@yahoo.com.br>

RESUMO

Este artigo pretende situar a reforma da legislação do trabalho no cenário da constitucionalização do Direito Privado. Por conta deste movimento, buscar-se á estudar os reflexos da Constituição do Brasil de 1988, ao inaugurar as bases do Estado Democrático de Direito, que procurou, por meio da valorização da livre iniciativa, instalar um sistema econômico capitalista, ao mesmo tempo em que consagrou, em mais de uma oportunidade, a valorização do trabalho humano. Em outras palavras, a ordem econômica social brasileira possui pretensões difíceis de serem concretizadas, posto que esta tem por objetivo conjugar ideias que se encontram em polos opostos, sendo, portanto, tendentes ao afastamento mútuo. Considerando este cenário, os autores farão a análise das possibilidades trazidas pelos pontos cardeais da reforma da legislação trabalhista, que são: flexibilização, geração de empregos, inovação e autonomia, observando as consequências previsíveis para o mercado e o meio ambiente laboral brasileiro.

Palavras-chave: Reforma da legislação trabalhista. Direito constitucional do trabalho. Flexibilização. Geração de empregos. Inovação. Autonomia.

THE ROADS THAT THE REFORM OF THE LABOR LAW WILL TAKE TO RESSIGNIFY WHAT IF (RE)KNOWS HOW WORK DOES MEAN: BETWEEN DISCURSIVE POSSIBILITIES AND RETORIC WORDS

ABSTRACT

This article intends to situate the reform of labor legislation in the scenario of the constitutionalization of Private Law. The purpose of this movement is to study the reflexes of the Brazilian Constitution of 1988, when it inaugurated the bases of the Democratic State of Right, which sought, through the valorization of free initiative, to implement a capitalist economic system, at the same time as it consecrated, in more than one opportunity, the valuation of human labor. In other words, the Brazilian social economic order has arduous pretensions to be fulfilled, since its aim is to conjugate ideas that are at opposite poles, and, therefore, are tending towards mutual estrangement. Considering this scenario, the authors will analyze the possibilities brought by the cardinal points of the reform of labor legislation, which are: flexibilization, job creation, innovation and autonomy, observing the foreseeable consequences for the Brazilian market and labor environment.

Keywords: Reform of labor legislation. Constitutional labor law. Flexibilization. Generation of Jobs. Innovation. Autonomy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A (Re)Estruturação Social do Trabalho como Fundamento de Uma Lógica Protetiva da Figura do Trabalhador. 3 A Reforma Trabalhista e o (Re)Nascimento da Autonomia Privada Como Um Vetor das Relações Entre Empregados e Empregadores. 4 O Sentido do Trabalho Entre a Flexibilização, a Geração de Empregos, a Inovação e a Autonomia Como Pontos Cardeais da Reforma Trabalhista. 4.1 Flexibilização. 4.2 Geração de Empregos. 4.3 Inovação. 4.4 Autonomia. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 8/3/2018

Aceito em: 29/7/2019

¹ Este artigo é o resultado parcial da investigação científica desenvolvida pelos autores, no contexto dos seguintes projetos de pesquisa: a) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital Fapergs/Capes 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS; b) Chamada Universal MCTIC/CNPq 2018, Faixa ‘C’: até R\$ 120.000,00, título: “Nanotecnologias e Direitos Humanos observados a partir dos riscos no panorama da comunicação entre o Ambiente Regulatório e o Sistema da Ciência.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho possui uma ligação histórica com o sistema econômico e foi um dos ramos do Direito mais afetados com o fenômeno da globalização, uma vez que suas estruturas estão voltadas à limitação da autonomia da vontade dos particulares. Neste cenário, classicamente desenhado como de interesses antagônicos, o sistema econômico pugnou por um Estado mínimo que apenas garantisse os direitos e liberdades individuais dos cidadãos, atendo-se na intervenção das relações privadas, ao passo que o Estado brasileiro, preocupado em concretizar o princípio da igualdade no plano material, iniciou um processo de constitucionalização do Direito Privado, o qual possui como marco inicial a promulgação da Constituição Federal de 1988.²

A partir de 1988 o Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, procurou, mediante a valorização da livre iniciativa, instituir um sistema econômico capitalista, ao mesmo tempo em que consagrou, em mais de uma oportunidade, a valorização do trabalho humano. Em outras palavras, a ordem econômica social brasileira possui pretensões difíceis de serem concretizadas, dado que esta tem por objetivo conjugar ideias que se encontram em polos opostos, sendo, portanto, tendentes ao afastamento mútuo.

Dessa maneira, com vistas a assegurar a instalação do modelo socioeconômico supracitado, possibilitando a comunicação entre o capital e os direitos sociais, o legislador constituinte, no artigo 7º, XXVI, da CF, veio a reconhecer os acordos e convenções coletivas como fontes normativas autônomas, as quais, mesmo sendo produzidas fora do âmbito de controle do Estado, são reconhecidas por este como normas jurídicas válidas e eficazes, reconhecendo-se a autonomia privada dos particulares para a criação de normas jurídicas. Tal reconhecimento, não por acaso, foi um dos principais pontos de alteração na recente edição da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada Reforma Trabalhista, que se estruturou em um grande mote do negociado sobre o legislado como um caminho pretense de modernização na relação entre empregados e empregadores.

Com o intuito de promover as aberturas necessárias ao enfrentamento de crises por parte das empresas, bem como para possibilitar uma margem mais ampla de atuação dos entes coletivos, oportunizando a adaptação do contrato de trabalho a situações específicas, o legislador constituinte veio, no artigo 7º, VI, XIII, XIV, da CF, a possibilitar que, mediante negociação coletiva, pudessem ser flexibilizadas regras atinentes ao salário e à duração da jornada de trabalho, por exemplo, de tal sorte que este caráter permissivo e flexibilizatório contido na legislação estatal inclina-se a visualizar os empregados e empregadores como equivalentes nos planos jurídico e econômico, de sorte que os contratos de trabalho poderiam ser adaptados para a manutenção da empresa e dos empregos gerados por esta, prestigiando a política de pleno emprego preconizada pela Carta Magna.

² A Constituição Federal elegeu como princípios fundamentais da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º III, IV, da CF). Além disso, elencou, em seu artigo 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 6º os direitos sociais, no qual o direito ao trabalho se encontra incluído, no artigo 7º arrolou os direitos objetivos dos trabalhadores e, no artigo 8º e seguintes, dispôs sobre a liberdade de associação sindical. Ainda, devido à relevância para a observação desse trabalho, o artigo 170 determina que a ordem econômica brasileira seja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo problematizar os rumos que a Reforma Trabalhista encaminhará o Direito do Trabalho a partir de agora, e, mais do que isso, o que significa o próprio trabalho a partir deste momento histórico que se vive, com uma profunda alteração legislativa, que implicou a modificação de mais de uma centena de artigos contidos na CLT. Para responder a tal questionamento parte-se da premissa de que existem limites à autonomia privada dos particulares, os quais podem ser fixados a partir de uma releitura do Direito do Trabalho sob o prisma constitucional. Será utilizado o método exploratório, a partir da pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

2 A (RE)ESTRUTURAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO COMO FUNDAMENTO DE UMA LÓGICA PROTETIVA DA FIGURA DO TRABALHADOR

Toda a Ciência Jurídica possui um marco temporal de criação, fazendo com que o sistema jurídico, em determinado momento histórico, evolua para responder à crescente complexidade presente na sociedade.³ Não é diferente com o Direito do Trabalho, que se constituiu, historicamente, em uma resposta regulatória, diante das alterações dos paradigmas até então vigentes nas sociedades absolutistas, que operavam sob o regime feudal, e que se reorganizavam rumo à modernidade.

O movimento histórico denominado como *Revolução Industrial* teve o seu início na Inglaterra do século 18, tendo como a sua característica principal a introdução das máquinas nas indústrias. Dessa forma o trabalho, antes realizado manualmente pelo ser humano, passou a ser feito por intermédio de máquinas, alterando radicalmente o modo de execução do labor, devido às mudanças que emergiram nos meios de produção.

A invenção da máquina e sua aplicação à indústria iriam provocar a revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores; primeiramente a máquina de fiar, o método de *pludlagem* (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho, tudo isso iria importar na redução de mão-de-obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários⁴ (grifo do autor).

Somando-se a esse cenário expansionista, com a desintegralização do regime de trabalho feudalista, ocorreu a migração em massa de agricultores em direção aos grandes centros urbanos, configurando-se “um casamento da necessidade de subsistência com a oferta de trabalho”⁵, fato este que permitiu o desenvolvimento inicial da indústria que necessitava de grande quantidade de mão de obra para operar o maquinário recém introduzido no meio fabril.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 80.

⁴ VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. p. 32. v. 1.

⁵ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010. p. 25.

Nesse sentido, é que se pode afirmar que houve realmente uma revolução, diante do fato de que, “agora, ao invés do setor primário, a vida econômica mundial transferira-se para o setor secundário, para as indústrias. Daí qualificar-se esse fenômeno como verdadeira revolução, uma Revolução Industrial, que modificou a estrutura produtiva mundial de forma inquestionável.”⁶

Assim sendo, com o advento da Revolução Industrial, o trabalho, até então entendido como sendo apenas o meio pelo qual os seres humanos garantiam a sua subsistência, passa a ser visto de uma nova forma, uma vez que “os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma anti-ga a ser desconsiderada”.⁷

O trabalho subordinado e assalariado entra em cena a partir da reorganização da estrutura social do trabalho, com o surgimento dos papéis sociais ocupados pelas categorias denominadas como *capitalistas* e *proletários*,⁸ os quais ocupavam polos opostos na relação de trabalho. De um lado encontravam-se os donos do capital, interessados em auferir a maior quantidade de lucro possível, com a menor contraprestação salarial; no outro polo da relação estavam os empregados, recém-chegados do campo, representando uma mão de obra farta e barata, não contando com nenhuma espécie de proteção legal diante dos empregadores, estando relegados ao trabalho e à remuneração nos termos em que eram oferecidos.

Essa conjuntura é exemplificada por Segadas Viana, que bem representa o espaço ocupado por empregadores e empregados nesse momento da História:

O trabalhador, na sua dignidade fundamental da pessoa humana, não interessava ou preocupava os chefes industriais daquele período. Era a duração do trabalho levada além do máximo da resistência normal do indivíduo. Os salários, que não tinham, como hoje, a barreira dos mínimos vitais, baixavam até onde a concorrência do mercado de braços permitia que eles se aviltassem. Embolsando o trabalhador regularmente as prestações devidas pelo seu trabalho, julgavam os patrões que, assim procedendo, estavam cumprindo integralmente os seus deveres para com esse colaborador principal de sua fortuna crescente.⁹

Dessa forma, este primeiro momento da Revolução Industrial foi marcado pela total ausência de regulação das relações de trabalho. As atividades laborais podiam ser estendidas por mais de 16 horas por dia; mulheres e crianças, que representavam uma mão de obra menos onerosa, ocupavam em grande quantidade o chão das fábricas; não havia higiene ou segurança no ambiente de trabalho. Ou seja, nada importava além do resultado final da produção, e os seres humanos eram vistos como meros objetos nesse processo.¹⁰

⁶ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010. p. 25.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁸ MILIBAND, Ralph. Análise de classes. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (org.). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 473.

⁹ VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. p. 34. v. 1.

¹⁰ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010. p. 27.

Desta maneira, “na doutrina individualista clássica, predominava a teoria da autonomia da vontade, com a maioria das normas dispositivas e não cogentes”,¹¹ o que trazia quase que uma total liberdade aos particulares para a fixação das condições de contratação. Não havia freios heterônomos relevantes advindos do Estado para regular os limites legais mínimos em que o contrato deveria ser inserido, cabendo somente aos particulares, considerados livres e iguais, produzirem o conteúdo contratual.¹²

Tendo em vista, entretanto, a ausência de uma igualdade material entre as partes, o contrato, baseado tão somente no princípio da igualdade formal, tornou-se um dos principais meios para a exploração dos trabalhadores, pois estes se encontravam em uma posição econômica e social muito aquém daquela que ocupava o empregador. Dessa forma, conforme adverte Pietro Perlingieri, “atrás do encantamento da fórmula, todavia, escondem-se tão somente o liberalismo econômico e a tradução de regras jurídicas de relações de força mercantil”.¹³

Diante da hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador, não se podia falar na época em autonomia para a negociação e eleição de cláusulas contratuais, o que vem demonstrar o conteúdo vazio do princípio em tela quando transferido do mundo jurídico para o mundo fático.

Nesse sentido, resta consagrada a lógica da igualdade, como princípio fundamental das Constituições burguesas, mas em seu sentido estritamente formal: todos os homens são iguais perante a lei, não importando que essa igualdade não se concretize no plano substancial, da emancipação social, política e econômica dos desfavorecidos [...] essas revoluções liberais resultaram na progressiva liberação dos servos dos vínculos de servidão e da terra de onde tiravam o seu sustento. Para eles, liberdade passava a significar a possibilidade de venderem livremente sua força de trabalho. Para os donos das terras, liberdade era dispor de sua propriedade como bem entendessem. Com isso, a nova organização socioeconômica era fundada em um duplo conceito de liberdade: a *liberdade do trabalho* e o *livre uso da propriedade e dos meios de produção*¹⁴ (Grifo do autor).

À vista disso, foi em razão da forma como se desenvolveu o novo modelo da relação laboral que acabou o trabalhador ocupando uma condição de hipossuficiência em relação ao empregador, pois foi nas mãos deste último que se concentraram a propriedade, os meios de produção, a matéria-prima e a força de trabalho, restando evidente a sua superioridade econômica em relação aos empregados. Por consequência não havia como se falar em igualdade entre partes contratantes. O trabalhador, na condição de sujeito de direitos passa a ser livre, encontrando, porém, uma limitação dessa liberdade, que insere a sua escolha em uma ordem predeterminada, sendo que “revela-se com isso, uma contradição conceitual, que estabelece, assimetricamente, que o trabalho livre do seio do capitalismo é francamente subordinado aos interesses do capital”¹⁵.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr. 2013. p. 53.

¹² BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr. 2013. p. 53.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

¹⁴ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr. 2009. p. 29.

¹⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr. 2009. p. 31.

Diante deste cenário, o “direito do trabalho nasceu sob os influxos do liberalismo econômico e do dogma da autonomia da vontade nas relações entre os particulares, com o conseqüente afastamento do Estado dessas questões”¹⁶. Ademais, é com o advento da Revolução Industrial que evidenciamos a formação de dois grupos contrapostos, quais sejam, os trabalhadores e os empresários, os quais se constituem ainda nos dois agrupamentos básicos sobre os quais a economia social moderna no mundo globalizado erige os seus pilares. Como resultado das pressões advindas da classe operária organizada, começam a surgir as primeiras leis de cunho eminentemente trabalhista, que tinham como objetivo principal fixar os limites mínimos a serem observados pelas partes contratantes na relação de emprego.

Este processo de valoração e proteção do trabalho continuou em expansão no decorrer do século 19, podendo-se citar como exemplo a intervenção da Igreja Católica, em 1891, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, que objetivava uma “fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão”¹⁷. Logo, o princípio protetivo ao trabalhador se constituiu no fundamento inicial sobre o qual a legislação trabalhista subsequente se irá apoiar, constituindo-se este, conforme Mauricio Godinho Delgado, na principal justificativa histórica e científica do surgimento desse ramo específico do Direito.¹⁸

Na primeira metade do século 20 o trabalho, em que pese existirem alguns movimentos descendentes, conseguiu se elevar à condição de direito social, conquistando espaço de valoração positiva nas Constituições ao redor do mundo, diante da sedimentação dos direitos subjetivos e objetivos do trabalhador nestas cartas políticas e na legislação infraconstitucional.

Esta fase inicial de institucionalização e conseqüente pacificação dos conflitos sociais oriundos do meio trabalhista, porém, não conseguiu uma estabilidade duradoura, pois “um amplo processo de reestruturação dos paradigmas de produção existentes no início da industrialização nos países das primeiras fases do capitalismo ocorreu no quarto final do século XX”¹⁹, demonstrando a fragilidade das bases nas quais o Direito do Trabalho se apoiou para a sua construção: a crença na sustentabilidade econômica do modelo de tutela implementado”²⁰.

Com vistas à superação dessa problemática histórica na qual o Direito do Trabalho encontra-se inserido, em que a questão dos limites possíveis à expansão da autonomia privada encontra lugar privilegiado na discussão contemporânea e dos próprios rumos que a Reforma Trabalhista traz para a figura do trabalho, é que se procurará compreender de que forma se deve almejar a redução dos custos com mão de obra, garantindo a lucratividade, mas sem que o anseio flexibilizador viole o princípio da irrenunciabilidade, para garantir ao trabalhador um conjunto mínimo de direitos que lhe assegurem o exercício do seu trabalho em condições dignas.

¹⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 133.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8.

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr: 2001. p. 41.

¹⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 52.

²⁰ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010. p. 32.

3 A REFORMA TRABALHISTA E O (RE)NASCIMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO UM VETOR DAS RELAÇÕES ENTRE EMPREGADOS E EMPREGADORES

Recentemente, a edição da Lei N. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, firmou-se como uma tentativa de reequilíbrio na relação entre empregado e empregador, pautando-se no postulado da autonomia privada e no intuito de diminuição da excessiva judicialização de demandas trabalhistas. Não raro, este foi um dos pontos constantes da exposição de motivos quando ocorrera a tramitação do Projeto de Lei que originou a redação final do texto hoje vigente.²¹ Trata-se, como referido, de uma tentativa de aproximação do Direito do Trabalho ao Direito Civil, com base no postulado contratual da autonomia entre as partes.

Na concepção tradicional de contrato, o valor da vontade é um de seus principais elementos, porque baseia-se no fato de que o ser humano, racional por natureza, é livre para contratar, cabendo ao Direito assegurar a livre manifestação de vontade e que as prestações acordadas fossem efetivamente cumpridas pelas partes.²²

À luz do princípio fundamental da dignidade humana tem-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social, todos previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

²¹ De acordo com o texto da exposição de motivos, “no Brasil temos um nível elevado de judicialização das relações do trabalho, o que é retratado pela quantidade de ações trabalhistas que anualmente dão entrada na Justiça do Trabalho. Na grande maioria das ações trabalhistas a demanda reside no pagamento de verbas rescisórias. A falta de canais institucionais de diálogo nas empresas que promovam o entendimento faz com que o trabalhador só venha a reivindicar os seus direitos após o término do contrato de trabalho. Com isso, problemas que poderiam ser facilmente resolvidos no curso do contrato de trabalho vão se acumulando, para serem discutidos apenas ao término do vínculo empregatício, na Justiça do Trabalho”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A73B0E9C2DD15B2D77E14C33FA9696E7.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=PL+6787/201. Acesso em: 27 fev. 2018.

²² O *objeto* do contrato significa a finalidade perseguida pelas partes, é o norteador para o cumprimento da obrigação assumida pelas partes e se materializa nas características expressas pela doutrina, como a sua licitude, possibilidade e determinabilidade, figuras presentes nos artigos 104 e 166, inciso II, do Código Civil de 2002 (artigo 82, do Código Civil de 1916, demonstrando que se trata de uma ideia já verificada no Direito Civil tradicional). Bussatta considera que o objeto do contrato sempre será, ainda que indiretamente, de conteúdo patrimonial, mas não há a necessidade de que a prestação seja diretamente patrimonial, basta que tenha reflexos no patrimônio da pessoa, ou possa, ainda que por estimativa, ser avaliada pecuniariamente. Já para Lorenzetti, no objeto já está expresso o consentimento, mas deve-se controlar a sua licitude, sua adequação aos valores essenciais do ordenamento jurídico. Para o autor, o que faz o legislador é coordenar a autonomia privada, que encarna propósitos individuais, com os valores coletivos. A forma, por fim, será o elemento externo que tornará possível o reconhecimento da manifestação da vontade, no sentido de se compreender que o contrato efetivamente existe no campo concreto. Considerando os princípios e elementos que formam a concepção tradicional de contrato, é possível se chegar aos quatro apontamentos seguintes: a) o contrato é substancialmente constituído pelo elemento da vontade, produto da autonomia das partes; b) o contrato é um conceito normativo e que pressupõe a manifestação voluntária da vontade pelos sujeitos; c) o contrato é um ato jurídico bilateral cuja finalidade é criar, modificar e extinguir direitos e d) o contrato foi entendido pela teoria clássica como um fenômeno econômico. Para maior aprofundamento desta leitura, recomenda-se: BUSSATTA, Eduardo Luiz. Elementos. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu (coord.). *Direito dos contratos: teoria contratual – contratos em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 550.

A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.²³ O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais.

Em tal perspectiva, a Reforma Trabalhista deveria ter como preocupação as novas dimensões do próprio mercado de trabalho, mediante um modelo econômico disruptivo, que rompe com a lógica tradicional para uma economia com forte presença das tecnologias digitais e conectividade das pessoas, por exemplo, o caso do Uber. Cuida-se, na verdade, de uma necessidade imposta ao Direito do Trabalho para a modificação de um modelo estanque rumo a um modelo de flexibilização.

O Direito do Trabalho deixa de operar de maneira fechada, abrindo-se em direção à comunicação com as demais regras do sistema, em que os princípios e as regras presentes na Constituição ocupam o lugar superior na escala hierárquica normativa, informando todo o sistema legal que abaixo destes se encontram. Nesta esteira comunicativa, cumpre ressaltar a existência do artigo 611-A,²⁴ da CLT, no tocante a diversas possibilidades de prevalência dos acordos coletivos em detrimento ao legislado.

Não se pode deixar de engrandecer a tentativa do legislador de estabelecer um catálogo acerca das possibilidades negociais entre as partes. Verifica-se, porém, que muitos pontos deste rol não deveriam ser catalogados como passíveis de negociação, como jornada de trabalho, registro de banco de horas, adicional de insalubridade, conquanto se saiba que, na realidade, o empregado possui um baixo poder de efetiva negociação sobre tais aspectos na sua relação empregatícia, mormente porque basicamente adere às condições de trabalho quando de sua admissão.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5, p. 174, 2003-2004.

²⁴ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI – regulamento empresarial; VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X – modalidade de registro de jornada de trabalho; XI – troca do dia de feriado; XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII – (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017); XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

Como forma de limitar as críticas a este artigo, o legislador optou pela criação do artigo 611-B,²⁵ com um catálogo de direitos que não podem ser objeto de negociação entre empregados e empregadores. Este artigo, acrescido na CLT por ocasião da Reforma Trabalhista, é, na verdade, ilusório. Primeiro, porque é flagrante a dicotomia com o artigo 611-A, quando, por exemplo, veda a negociação sobre regras de higiene e segurança do trabalho, ao passo que o artigo 611-A autoriza negociar regras de jornada, banco de horas e adicional de insalubridade, que justamente são vertentes da saúde laboral. Segundo, porque o artigo 611-B é cópia do artigo 7º da Constituição Federal, no seu âmago. Ou seja, a CLT está vedando, em 2017, a negociação sobre aspectos que desde 1988 já estavam vedados. É a falsa crença de que existem limites dados pela Reforma, quando ela na verdade só vem a autorizar a negociação e, não, limitá-la.

Por outro lado, um dos aspectos que a Reforma Trabalhista trouxe, e que, de certa forma, atende a um anseio dos empregadores e empregados, é a extinção do contrato de trabalho por mútuo acordo, este, sim, um típico exemplo de exercício da autonomia entre as partes da relação empregatícia, consoante se verifica da redação do novo artigo 484-A,²⁶ da CLT. Destaca-se que a legislação assegura a percepção dos direitos trabalhistas do empregado, com a ressalva do aviso prévio indenizado e da multa do FGTS, em que ambos serão pagos por metade.

²⁵ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV – salário mínimo; V – valor nominal do décimo terceiro salário; VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII – salário-família; IX – repouso semanal remunerado; X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI – número de dias de férias devidas ao empregado; XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX – aposentadoria; XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX – tributos e outros créditos de terceiros; XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

²⁶ Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I – por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no §1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas. §1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos. §2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

O aspecto que mais chama a atenção, contudo, é que esta modalidade de extinção do contrato de trabalho não autoriza o saque integral da conta vinculada do FGTS, nem a percepção do seguro-desemprego por parte do empregado, em situação igual ao que ocorre na extinção do contrato de trabalho intermitente. Pensa-se que, neste ponto, torna-se dever do empregador dar ciência ao empregado acerca de tal situação, como decorrência da boa-fé que deve permear a relação de confiança entre ambas as partes, para que o empregado não seja surpreendido com o ato, pensando que poderá ter acesso a direitos que a Reforma Trabalhista não concedeu. Do contrário, poder-se-ia pensar, até mesmo, na nulidade da extinção por vício de consentimento pautado no artigo 9º da CLT, quando dispõe que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Há um novo olhar do Direito do Trabalho pela ciência jurídica, fazendo com que o dogma da autonomia da vontade comece a ser flexibilizado, pois não mais poderia servir o contrato como instrumento de realização meramente individual. O contexto e os aspectos valorativos passam a ser tomados em consideração na relação contratual.²⁷

Como premissa inicial, tem-se que o princípio da função social, antes de mais nada, “significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetados”²⁸, passando a ser necessário a verificação dos reflexos do contrato no meio social, bem como se estes se adéquam aos novos princípios e regras presentes na Constituição Federal de 1988.²⁹

Pode-se afirmar que os contratantes possuem, a partir de uma perspectiva de um direito privado constitucionalizado, o dever “de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”.³⁰ No Direito do Trabalho, dada a autonomia científica da disciplina, bem como diante de sua característica fundante protecionista que impede o livre exercício da autonomia da von-

²⁷ A nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 101 (Biblioteca de direito do consumidor, v. 1).

²⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

²⁹ O contrato assume função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais da justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. “A boa-fé na relação de consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-32, p. 22-23, abr./jun. 1995.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. “Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002”. TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

tade pelas partes,³¹ o princípio da função social irá incidir de modo bastante particular. Assim, tanto no contrato individual como nos acordos e convenções coletivas de trabalho, os reflexos desses contratos passam a ser verificados no contexto social, bem como se a dignidade humana e os direitos fundamentais das partes estão sendo respeitados nessa relação contratual.

O trabalho estabeleceu-se na modernidade como a mola propulsora de todo o progresso social, gerando riqueza e prosperidade para o meio em que as atividades econômicas se desenvolvem. O ser humano, na condição de trabalhador, constitui-se no princípio e fim de todo o trabalho realizado na sociedade, produzindo e, concomitantemente, consumindo uma enorme gama de material gerado por meio do labor sob o regime capitalista.

O trabalho, assim, exerce a mais importante *função social* nas sociedades capitalistas globalizadas, sem o qual não poderia o atual sistema continuar em funcionamento.

A centralidade do trabalho – e, em especial, sua forma mais articulada e comum no capitalismo, o emprego – torna-se o epicentro da organização da vida social e econômica. Percebe tal matriz a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes da afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social e econômica. A centralidade do trabalho em todos os níveis da vida da ampla maioria das pessoas é percebida por esta matriz cultural, com notável sensibilidade social e ética, erigindo-se como um dos pilares principais de estruturação da ordem econômica, social e cultural de qualquer sociedade capitalista que se queira minimamente democrática.³²

Em grande parte, as dificuldades de se estabelecer os limites da autonomia privada, e, conseqüentemente, a sua *função social*, deve-se ao fato de que a Constituição Federal brasileira, ao regular os aspectos referentes à ordem econômica, adota um sistema híbrido, conjugando a livre iniciativa com a justiça social.³³ No caso do ramo trabalhista, resta bastante clara essa característica bipolar do sistema adotado pelo constituinte, pois este assegura à iniciativa privada a criação de normas jurídicas trabalhistas pela via autônoma, ao mesmo tempo que cria um núcleo rígido de direitos irrenunciáveis dos trabalhadores.

Exemplo dessa característica híbrida da ordem econômica brasileira a influenciar as normas de Direito do Trabalho manifesta-se no artigo 7º, VI, XIII, XIV, no qual o legislador constituinte previu que os salários são irredutíveis, que a jornada de trabalho resta fixada em 8 horas diárias e 44 semanais, sendo facultada a compensação de horário, e que o trabalho, em

³¹ Embora haja uma forte interferência e não exista exatamente autonomia da vontade entre empregado e empregador, há um sistema de proteção ao trabalhador, de forma que as normas de ordem pública incidem automaticamente sobre o contrato de trabalho, restringindo a autonomia da vontade dos sujeitos do pacto laboral. [...] A relação entre empregado e empregador não é igual, por isso há a necessidade de proteção ao economicamente mais fraco, visando a equilibrar a relação entre os envolvidos e evitar abusos do poder econômico, de forma que o empregador não imponha sua vontade ao empregado. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103.

³² DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006. p. 29.

³³ A tensão entre liberdade individual e solidariedade social – especificada, em relação à ordem econômica, no conflito entre a livre iniciativa e a justiça social – não se resolve com recurso à normativa constitucional. Ao contrário, está ali, na própria Constituição Federal, a fonte da tensão. Com efeito, a ordem econômica (artigo 170 *et seq.*), na qual se insere a ordem contratual, caracteriza-se por tentar articular a livre iniciativa com a justiça social. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 286.

turnos ininterruptos de revezamento, tem jornada especial de 6 horas, positivando, em cada uma dessas hipóteses, a possibilidade de incidência de negociações coletivas, possibilitando a flexibilização das normas de ordem pública.

Ao limitar, por exemplo, a jornada de trabalho e ao determinar a irredutibilidade dos salários, a Constituição Federal demonstra a preocupação com a pessoa humana do trabalhador e com a sua inserção qualitativa na sociedade, todavia, ao permitir a flexibilização de duas regras de extrema importância,

[...] temos frontalmente atingido o próprio Direito do Trabalho, porquanto ele foi construído a partir de um processo intenso de lutas e de conflitos sociais, a fim de serem estabelecidos padrões mínimos que impeçam que a classe trabalhadora, sobrepujada economicamente, fique à mercê das injunções estabelecidas pelos donos dos meios de produção.³⁴

Por outro lado, o legislador constituinte vem a atender com essas hipóteses de flexibilização positivadas uma histórica “reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho”³⁵, adaptando a atividade empresarial às flutuações constantes do mercado.

Em suma, a Constituição Federal busca a difícil missão de garantir, primeiramente, a dignidade da pessoa humana do trabalhador, e, para tanto, precisa promover a conciliação do valor social do trabalho e da livre iniciativa, possibilitando incluir a pessoa humana no contexto social capitalista de produção, inserindo esta conjuntura em um cenário de um Estado Democrático de Direito.

4 O SENTIDO DO TRABALHO ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO, A GERAÇÃO DE EMPREGOS, A INOVAÇÃO E A AUTONOMIA COMO PONTOS CARDEAIS DA REFORMA TRABALHISTA

O Direito do Trabalho, entendido como um conjunto de regras que visa a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores, encontra-se em permanente contato com o sistema econômico, o qual exerce pressão permanente no sentido da desregulamentação das leis trabalhistas, observando-se que nenhum dos dois pode existir, em um sistema capitalista, sem a presença do outro.³⁶ A adaptação de um direito de matriz individualista³⁷ para um outro, que privilegie a função social de seus institutos, se traduz em um processo em que os avanços no plano teórico necessitam de aplicação no espaço social, o que depende de uma evolução dos mecanismos de solução de conflitos na sociedade, na qual o princípio da autonomia privada

³⁴ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr. 2009. p. 155.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr. 2013. p. 69.

³⁶ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010. p. 71.

³⁷ É hoje plenamente aceito, no entanto, que a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o Direito Civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, partícipe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal. Especialmente no campo do Direito Contratual, a coerência da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

assume papel de vanguarda nesse processo emancipatório, permitindo aos grupos representados que negociem os seus interesses, agora, também, necessariamente atentos à função social dos acordos e convenções coletivas no contexto maior da sociedade.

Dessa forma, constando que a empresa cumpre a sua função social, conforme preconizado no artigo 170, III, da CF, gerando empregos e agindo de boa-fé com os seus empregados,³⁸ diante de uma crise financeira estariam autorizados os representantes de classe a encontrarem a melhor saída para que a atividade econômica se mantivesse viável, mesmo que, para isso, tivesse de ser reduzido, momentaneamente, o patrimônio jurídico do trabalhador. É em tal contexto que quatro pontos surgem como norteadores da aplicação da Reforma Trabalhista, tal como pontos cardeais na bússola, como tentativa de dar um norte à segurança jurídica na aplicação da nova legislação que, na verdade, ainda poderá sofrer mudanças diante da incerteza quanto à transformação em lei da Medida Provisória N. 808, de 2017.

4.1 Flexibilização

O tema da flexibilização sempre foi uma das principais controvérsias caras ao Direito do Trabalho, no sentido de se privilegiar a autonomia entre as partes, o que, de certa forma, encontrava-se esquecido no campo prático, especialmente porque se tinha uma atuação mais fortalecida dos sindicatos no tocante às negociações coletivas, representando os interesses das categorias, de modo que a negociação individual não era um marco ao Direito do Trabalho, o que vem modificado pela Reforma.

Nos casos de flexibilização do contrato de trabalho, a dignidade humana do trabalhador não poderá ser sobrepujada. É notório que a manutenção do emprego, em detrimento de uma pequena redução de seu patrimônio jurídico em determinada situação pontual, traz prejuízos menores a sua dignidade do que a perda definitiva do posto de trabalho poderia acarretar.

Nos demais casos, porém, nos quais acordos e convenções coletivas de trabalho são pactuados com o intuito de flexibilizar normas estatais de ordem pública, como aquelas que visam a assegurar a salubridade e a segurança no ambiente de trabalho, deve incidir o princípio de direito individual do trabalho da inalterabilidade contratual lesiva,³⁹ nos termos do artigo 468 da CLT,⁴⁰ com o afastamento da norma coletiva acordada *in pejus*, e com o retorno a situação jurídica originária.⁴¹

³⁸ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*, op. cit., p. 137.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, op. cit., p. 188.

⁴⁰ Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 dez. 2017.

⁴¹ Temos, portanto, que o ordenamento jurídico trabalhista estabelece a regra de possibilidade de ajuste entre as partes, ou de fixação pelo legislador de direitos e obrigações, mas sempre respeitado o mínimo garantido aos trabalhadores. Em síntese, pode-se estabelecer condições mais favoráveis ao trabalhador, mas não se pode retirar as garantias mínimas asseguradas. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 116.

Tal situação vem corroborada pelo princípio de direito coletivo do trabalho denominado como princípio da adequação setorial negociada, o qual, como se viu, estabelece que as normas de origem coletiva somente irão prevalecer sobre as normas estatais quando instituírem direitos em um padrão superior do que o previsto pelo legislador, sendo necessário, ainda, que as normas criadas pela via autônoma tratem de direitos revestidos de caráter de disponibilidade, como é o caso daquelas hipóteses em que o legislador expressamente previu a possibilidade de flexibilização mediante a negociação coletiva.⁴²

A garantia da prevalência dos limites de ordem pública decorre, justamente, das escolhas valorativas realizadas pelo legislador constituinte, bem como do princípio da gradação da positividade jurídica, o qual coloca a Constituição no topo da hierarquia normativa do sistema jurídico brasileiro, ressaltando-se que as normas coletivas, ao entrarem em choque com as diretrizes constitucionais, não podem prevalecer dado o grau inferior que ocupam na escala de valor normativo.⁴³

Pode-se afirmar, portanto, que, diante dos valores consagrados na Carta Magna, as normas coletivas cumprem a sua função social quando conseguem, apesar de todas as dificuldades desse processo, promover a conciliação entre o valor social do trabalho e da livre iniciativa, sempre em compasso com a dignidade humana do trabalhador. As últimas décadas evidenciaram que o trabalho passou por um processo de transformação, com significativas repercussões nos países em desenvolvimento, mormente naqueles de industrialização imediata. Ao mesmo tempo em que não se vislumbrou mais um trabalhador fabril, proletário, cresceu aquele trabalhador que se pode chamar de subproletário, assujeitado a condições precárias de trabalho, como na terceirização, em contratações informais, que amplificaram a fragmentação que o próprio trabalho passou com a criação de múltiplas categorias.

É certo que a Reforma Trabalhista pretende a ampliação do âmbito negocial, privilegiando-se o chamado negociado sobre o legislado. Trata-se de uma leitura cautelosa que se deve fazer. A negociação não pode e nem deve, sob pena de afronta ao artigo 9º da CLT, servir para a renúncia ou diminuição de direitos. Há limitações constitucionais que devem ser respeitadas, assim como todo o sentido do princípio da prevalência da norma mais benéfica, o qual determina a aplicação da fonte do Direito que seja mais vantajosa ao empregado.

4.2 Geração de Empregos

Um dos grandes chamativos da Reforma Trabalhista, à época de sua elaboração, foi o discurso de necessidade de mudança da legislação trabalhista para o aumento do número de empregos no Brasil, diante do cenário de crise econômica que atingia o mercado.

⁴² Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre determinada comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justtrabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justtrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, op. cit., p. 1.229.

⁴³ SANTOS, Ronaldo Lima de. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 57.

Sobre a questão da empregabilidade, refere Ricardo Antunes que a década de 80 presenciou, nos países de capitalismo avançado, profundas transformações no mundo do trabalho, nas suas formas de inserção na estrutura produtiva, nas formas de representação sindical e política. Foram tão intensas as modificações que se pode mesmo afirmar terem os trabalhadores⁴⁴ presenciado a mais aguda crise daquele século, que não só atingiu a sua materialidade, mas teve profundas repercussões na sua subjetividade e, no íntimo inter-relacionamento desses níveis, afetou a sua forma de ser.

A forma de produção do capital adaptou-se à emergência de um novo processo de trabalho, em que não apenas o tempo e a produção são fatores de avaliação, mas a flexibilização dos padrões, com novos modelos de busca de produtividade, virou sinônimo de uma gestão de trabalho. Neste sentido, novamente as palavras de Antunes, quando explica que de um lado verificou-se uma desproletarização do trabalho industrial, fabril, manual, especialmente (mas não só) nos países de capitalismo avançado. Por outro lado, ocorreu um processo intensificado de subproletarização, presente na expansão do trabalho parcial, precário, temporário. Efetivou-se, também, uma expressiva terceirização do trabalho, em diversos setores produtivos, bem como uma enorme ampliação do assalariamento no setor de serviços.⁴⁵

Desta forma, inobstante todo o desenvolvimento tecnológico que permeia as relações modernas de trabalho, verifica-se a ainda existente desqualificação de formas de trabalho, demonstrando que esta pretensa atualização das relações entre empregado e empregador não parece que fará desaparecer esta classe-que-vive-do-trabalho, para se usar aqui a expressão referida anteriormente. Os trabalhadores não se enxergam como sujeitos em um processo de negociações diretas com os empregadores, ou até mesmo por seus sindicatos, porque a lógica ainda presente no trabalho dos dias atuais não é a que busca a qualificação de tais relações, mas a que mantém a centralidade do poder nas mãos do empregador.

O que se tem verificado neste momento é o aumento da informalidade como simulador de um crescimento do número de empregos no Brasil. Em recente pesquisa do IBGE, no ano de 2017 o Brasil gerou 1,8 milhão de novos postos de emprego, porém sem carteira assinada e em vagas de menor salário, de tal modo que hoje o número de trabalhadores sem carteira assinada supera os empregados com vínculo celetista formalizado.⁴⁶ Em outras palavras, trata-se da precarização selvagem que a Reforma traduz na questão da empregabilidade. Empregos informais não são vagas criadas, são subempregos, vagas precarizadas, que só aumentam o risco do trabalhador e dos próprios empregadores, que permanecem em um cenário de incertezas. Emprego sem décimo terceiro, sem férias, sem horas extras, sem proteção ao ambiente de trabalho, esta é a matriz reformista. Mesmo assim, o país conta, ainda, com mais de 12 milhões de desempregados, o que reforça a tese de que a Reforma Trabalhista, que seria a nova salvadora da Pátria, só fez piorar o mercado de trabalho, que vinha em um crescente contínuo ao longo do ano de 2017, na vigência da antiga legislação.

⁴⁴ Segundo a expressão de Ricardo Antunes, a “classe-que-vive-do-trabalho” (*Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 206).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 207.

⁴⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. *Informalidade se consolida como motor da recuperação do emprego*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/1954907-informalidade-se-consolida-como-motor-da-recuperacao-do-emprego.shtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compfb. Acesso em: 6 fev. 2018.

Mais do que uma crise de empregos, vive-se uma crise do que é o próprio trabalho e que possui estreita ligação com este novo paradigma flexibilizador e tecnológico em que se centra o Direito do Trabalho na lógica reformista.

4.3 Inovação

Uma das deficiências da legislação trabalhista e que veio regulamentada pela Reforma Trabalhista foi a questão do teletrabalho, esta possibilidade de o empregado, mantendo a relação subordinada com seu empregador, desenvolver as suas atividades fora do ambiente laboral típico. Trata-se de um ponto bastante salutar, em vista da crescente relação que o desenvolvimento tecnológico possui com a Ciência Jurídica, e, aqui, em especial o Direito do Trabalho.

É inegável que a relação entre Direito e técnica não ratifica apenas uma relação pau-tada pela conjunção “e”. Não se trata aqui de estudar apenas o Direito e a técnica, mas sim constatar que o Direito é parte da própria técnica. O Direito serve como forma de proteger o “homem das fantasias de onipotência geradas pela potência das máquinas”.⁴⁷ O que se verifica é a existência de questionamentos levantados pelas novas tecnologias, que provocam o Direito, sem fazê-lo desaparecer neste cenário, senão pelo contrário, a provocação da técnica ao Direito evidencia que ele se encontra atrasado em definições relativamente ao progresso técnico e que não pode querer submeter os avanços científicos a princípios jurídicos de caráter imutável. Agora já não mais falando em Direito e técnica, mas sim Direito enquanto técnica, desvela-se a necessidade de tornar o seu conteúdo um reflexo dos avanços tecnológicos a partir de valores humanos.

Neste sentido, Mattos e Guimarães compreendem que a geração de emprego e renda com base em atividades de ciência, tecnologia e inovação ainda é um tema controvertido e polêmico, porquanto o aumento dos sistemas de produção provocado pela ampliação da importância do conhecimento é uma forma de alavancar a relação entre capital e trabalho.⁴⁸ Nesta relação complexa, o ser humano deixa de ser um simples operador e passa a assumir tarefas novas, marcadas pelo uso intenso do conhecimento, gerando consequências econômicas, sociais, filosóficas e ideológicas que rompem com os pilares básicos do processo de desenvolvimento.

O uso da ciência, tecnologia e inovação como fator de geração de empregos se desvela, desta forma, a partir de três pilares, dentro da visão exposta por Mattos e Guimarães: a) o desenvolvimento de um produto inovador, de grande valor agregado e intensivo em conhecimentos gerados; b) um processo inovador, como um conjunto de procedimentos e tecnologias que compõem um sistema produtivo e eficaz em conhecimento direto; c) um empreendimento inovador, ou seja, uma organização composta por pessoas, processos, produtos, gestão e cultura gerados pelo processo de ciência, tecnologia e inovação.⁴⁹

⁴⁷ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.144.

⁴⁸ MATTOS, João Roberto Loureiro de; GUIMARÃES, Leonam dos Santos. *Gestão da tecnologia e inovação: uma abordagem prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.12-13.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 16.

Destarte, os autores apontam, pelo menos, quatro estratégias para o processo de geração de emprego e renda por meio da ciência, tecnologia e inovação, como o desenvolvimento de laboratórios de pesquisa em universidades, permitindo uma aplicação eficaz dos investimentos em ciência e tecnologia; os institutos de pesquisa e desenvolvimento, com a geração de novos conhecimentos que se transformem em resultados e benefícios para a sociedade; os centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas, em que estas dialoguem com as instituições científicas e tecnológicas para a criação da cultura da inovação, atingindo novos mercados e gerando emprego e renda e, por fim, as incubadoras de empresas e parques tecnológicos, como ambientes de inovação que oferecem condições para transformar o conhecimento em produtos, transferindo-se o conhecimento científico para as tecnologias de mercado, desenvolvendo-se talentos com a criação de produtos com valores altamente agregados.

Trata-se do desenvolvimento de conhecimentos e condições para a geração de empregos e renda a partir do empreendedorismo inovador, em que o desenvolvimento tecnológico cria novas condições do desenvolvimento do trabalho, e, por conseguinte, um repensar da gestão destes contratos de trabalho, mantidos com empregados que assumam uma visão inovadora, inspiradora e ousada, em que não apenas o trabalho manual se torne o exemplo da criação de renda e identificação do trabalhador no seio social, mas em que o conhecimento se torne mola propulsora de processos inovadores de ampliação do mercado de trabalho.

Quando o capital procura restabelecer seu ciclo, reorganizando e reestruturando o processo produtivo, os trabalhadores são atingidos material e subjetivamente. O plano material engloba as mencionadas formas de trabalho precário, parcial, terceirizado, subcontratado, no que se pode nominar subproletarização. O plano subjetivo abarca a transição da acumulação rígida para a flexível, provocando transformações na essência e nas representações do trabalho, assim como na consciência dos indivíduos.⁵⁰ A reorganização produtiva também é um período de transição na forma de acumulação. O modelo anterior, fordista, dá conta de um conjunto de práticas de controle e disciplina da força de trabalho, tecnologias, produção em massa de mercadorias, estruturada de forma homogênea e vertical, práticas de consumo, e respectivas configurações de poder político e econômico próprios do período pós-guerra. Com a crise mundial iniciada em 1973, o modelo fordista entra em colapso e cede lugar a um período de mudanças rápidas, pleno de incertezas e fluidez.⁵¹

Este novo cenário, inovador, até mesmo disruptivo, vai demandar cada vez mais a atuação conjunta de empregados e empregadores na proteção ao ambiente de trabalho saudável. Pode-se afirmar até mesmo a gênese de um novo conceito pela Lei nº. 13.467/2017, o de teleambiente de trabalho, que, igualmente, demandará uma postura do poder Judiciário, afinal, não serão mais raras as discussões sobre eventual responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho sofridos pelos trabalhadores a distância. É um ponto que ainda é bastante obscuro e que merecerá atenção daqui para a frente.

⁵⁰ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2006.

⁵¹ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2012.

4.4 Autonomia

É no princípio da autonomia que se assenta o maior discurso da Reforma Trabalhista, em que os sujeitos da relação de trabalho assumiriam posição paritária nas condições de execução do seu contrato de trabalho. No novo modelo que se delineia, trabalhadores e trabalhadoras devem se adaptar às exigências impostas pela flexibilização do mercado, ajustando-se às suas atividades laborais e à plena disponibilidade que lhes é exigida para adequar-se às flutuações de demanda.⁵² Com a acumulação flexível surge um novo modelo de constrição do tempo no âmbito capitalista, resultando no aumento da flexibilidade e da mobilidade das relações laborais. Os empregadores podem, a partir de então, controlar com maior pressão a força de trabalho, desorganizada e enfraquecida.⁵³

O novo padrão acumulativo compatibiliza componentes de continuidade e de descontinuidade quanto ao padrão anterior. Com a incorporação de técnicas de gestão da força de trabalho e tecnologias relativas à era da informação, o novo modelo descentraliza a produção, tornando a estrutura mais flexível, e aumenta a exploração da força de trabalho, ampliando sua intensidade. Em igual passo, promove a desregulamentação dos direitos trabalhistas, aumenta a fragmentação no interior da classe trabalhadora, incentiva a terceirização e a desvalorização da mão de obra e desagrega a organização sindical combativa.

O que se tem como um primeiro cenário, ainda incipiente, da Reforma Trabalhista, é que haverá, a curto e médio prazos, uma ressignificação do conceito de subordinação no trabalho, que deixará de ter a feição tradicional do poder de direção, controle e fiscalização rumo a um conceito integrativo do trabalhador na engrenagem econômico-empresarial, que revela a necessidade de adaptação da norma às exigências sociais, sem, no entanto, autorizar uma desarticulação do princípio protetivo, mas que seja mais eficiente na gestão da força laboral.

O contrato de trabalho, e o próprio Direito do Trabalho, são tidos pela ampla doutrina como figuras de Direito Privado. Na verdade, pensa-se que o contrato de trabalho guarda muito mais características de um contrato de adesão do que um contrato paritário. O empregado, no momento da contratação, não possui nenhum poder para discutir o seu salário, a sua jornada ou outro aspecto da relação. A ele, cabe aceitar todas as condições que lhe são impostas. Por tal razão, o discurso comemorativo de que a Reforma coloca empregados e empregadores em patamar de igualdade deve ser totalmente desconsiderado. A história do Direito do Trabalho sempre justificou com base científica a condição de inferioridade do empregado diante do seu empregador, que, hoje, traduz-se na noção jurídica de poder diretivo. A Reforma não muda este cenário. Mantém o empregado em posição de hipossuficiência e ainda permite que possa negociar com o seu empregador, sem muitas vezes até mesmo conhecer as condições do que está negociando. A estrada segura sempre conduz a alguma chegada. E o caminho mais fácil, às vezes, termina na beira do abismo.

⁵² CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁵³ HARVEY, David. *Condição pós-moderna, op. cit.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o trabalho exerce importante papel na vida das pessoas, seja para sobrevivência ou para desenvolvimento pessoal, profissional ou até mesmo social. A continuidade da relação de emprego, além de ser uma vertente teórica do Direito do Trabalho, é conveniente tanto para o empregador quanto para o empregado. Para este, desvela-se uma necessidade, porque fonte de sua subsistência, mediante o salário pago pelo serviço prestado. Para o empregador, porque lhe traz a tranquilidade de poder contar com a força de trabalho do empregado, direcionando-o para os fins da empresa.

Com o objetivo de adequar os direitos de ordem pública dos trabalhadores aos princípios gerais da atividade econômica, como a valorização social do trabalho e da livre iniciativa, a função social da propriedade e política de pleno emprego, o Direito do Trabalho procurou a renovação de sua efetividade na sociedade, com vistas a se readequar ao novo cenário político-econômico brasileiro. Esta nova postura traz consequências bastante relevantes para a sua área que cuida das relações coletivas. Com o reconhecimento estatal dos acordos e convenções coletivas, bem como da obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações, passam os entes sindicais a terem que observar também a Constituição Federal para a produção de normas jurídicas, inserindo o princípio da dignidade da pessoa humana no processo de tomadas de decisão, o que vem a acarretar na presença de certos limites à prática flexibilizatória de normas trabalhistas.

O Direito do Trabalho e o sistema econômico encontram-se em contato permanente desde o fenômeno da Revolução Industrial, o qual tomou forma no início do século 18, servindo a disciplina trabalhista como um contrapeso ao capital, que tende à busca pela lucratividade com o mínimo investimento possível. Neste atual cenário político-econômico brasileiro, o legislador constituinte buscou encontrar o equilíbrio entre o sistema econômico e a proteção social, instituindo limites de ordem pública e permitindo, em alguns casos, a flexibilização de direitos trabalhistas com vistas a atender às necessidades de adaptação das relações específicas que o Direito já não mais consegue controlar.

No atual momento histórico encontramos-nos diante do desafio de restabelecer o curso do desenvolvimento, configurando um novo modelo político em que o Estado, já despido do papel de protagonista maior, transfere para a sociedade grande parte da responsabilidade pelo desempenho em iniciativas de diminuição das desigualdades e melhoria da qualidade de vida, sem ignorar o papel que o mercado e a iniciativa privada têm. Por tais razões, reflete-se no sentido de que, para as empresas atingirem a sua função social, que é a de gerar empregos e movimentar a economia, concessões devem ser efetuadas, muitas delas até mesmo autorizadas pelo Direito do Trabalho, como as negociações coletivas e a própria possibilidade de redução salarial.

Deve-se ter em mente, porém, que o debate acerca do desenvolvimento econômico a partir da Reforma Trabalhista está longe de ser esgotado. A resistência da sociedade em relação à Reforma consiste na tentativa de conter o avanço da precarização nas relações laborais e a erosão nos direitos dos trabalhadores e não naquela velha dicotomia empregados contra empregadores, a ser sempre substituída pelo caráter de cooperação nas relações laborais.

6 REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-32, abr./jun. 1995.
- ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2006.
- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Informalidade se consolida como motor da recuperação do emprego*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/1954907-informalidade-se-consolida-como-motor-da-recupera-cao-do-emprego.shtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compfb. Acesso em: 6 fev. 2018.
- GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *A caminho de um direito trabalhista constitucional*. São Paulo: LTr, 2010.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2012.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1).
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.
- MATTOS, João Roberto Loureiro de; GUIMARÃES, Leonam dos Santos. *Gestão da tecnologia e inovação: uma abordagem prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MILIBAND, Ralph. Análise de classes. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (org.). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo código civil: estudos nas perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004.
- VIANA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.50-72>

Os Impactos da Declaração Universal dos Direitos Humanos Sobre o Desenvolvimento do Novo Direito Internacional

Sidney Cesar Silva Guerra

Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e mestre em Direito (UGF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor-associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor titular da Universidade do Grande Rio (Unigranrio). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI/FND/UFRJ). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/6208018085527826>. <http://orcid.org/0000-0002-5309-662X>. sidneyguerra@terra.com.br

Fernanda Figueira Tonetto

Doutora em Direito pela Université Paris II Panthéon-Assas – France. Doutora e mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – Brasil. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores – Brasília. <http://lattes.cnpq.br/3749612744684700>. fernandafigueiratonetto@gmail.com

RESUMO

Ainda que o Direito Internacional tenha origens que remontem ao antigo Direito das Gentes, pode-se dizer que sua faceta moderna, que coloca o indivíduo no centro do seu espectro de proteção, nasce em período posterior. Se as primeiras raízes do novo Direito Internacional começam a nascer no fim do século 19, com o surgimento do Direito Internacional Humanitário, é possível afirmar, de outro lado, que o segundo pós-guerra se constitui em um marco para novos paradigmas do Direito Internacional. Esse é o momento histórico em que se inaugura o sistema de proteção das Nações Unidas e toda uma construção normativa iniciada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do qual emerge toda uma constituição jurisprudencial oriunda das Cortes Internacionais e Regionais. Diante de todo esse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar os impactos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos na estruturação do Direito Internacional moderno, cotejando-a com o desenvolvimento do Direito Internacional dos direitos humanos, do qual pode-se extrair quais os valores mais caros pertencentes à comunidade humana em seu conjunto. Para atingir o objetivo proposto serão utilizados o método histórico de procedimento, por meio de uma análise evolutiva dessas construções. Será empregado igualmente o método hipotético-dedutivo de abordagem, o qual parte da hipótese de que a humanidade possui valores absolutos e universais a serem protegidos por esse sistema.

Palavras-chave: Novo Direito Internacional. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Valores universais da humanidade. Direito Internacional humanitário. Direito Internacional dos direitos humanos.

THE IMPACTS OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS ON THE DEVELOPMENT OF NEW INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Although international law has origins that go back to the old law of the people, it can be said that its modern facet, which places the individual at the center of its protection spectrum, is born in a later period. If the first roots of the new international law begin to emerge at the end of the 19th century, with the emergence of international humanitarian law, it can be stated, on the other hand, that the second post-war is a milestone for new paradigms of international law. This is the historical moment in which the United Nations protection system is inaugurated and a normative construction initiated with the Universal Declaration of Human Rights, from which emerges a whole jurisprudential construction coming from the International and Regional Courts. In this context, the following research aims to analyze the system of protection of human rights inaugurated by the creation of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, as well as to extract from it the most important values belonging to the human community as a whole. To reach the proposed objective, the historical procedure method will be used, by an evolutionary analysis of conventional constructions and jurisprudential. The hypothetical-deductive method of approach will also be used, which is based on the hypothesis that humankind has absolute and universal values to be protected by this system.

Keywords: New international law. Universal Declaration of Human Rights. Universal values of humanity. International humanitarian law. International human rights law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Novo Direito Internacional e a Identificação dos Valores Humanos Universais Fundados pela DUDH. 3 Um Novo Direito Internacional? 4 Considerações Finais. 5 Referências.

Recebido em: 18/3/2019

Aceito em: 8/8/2019

1 INTRODUÇÃO

Do contexto histórico do fim do século 18, do qual emergem os projetos de paz perpétua,¹ se unem movimentos do século seguinte inspiradores do (re)nascimento de um Direito das Gentes erigido sobre bases que têm os indivíduos e os elos por eles formados no centro de sua proteção, os quais ganharão ainda maior força com a chegada do Direito Internacional humanitário.

Ainda que o Direito Internacional tenha origens que remontem ao antigo Direito das Gentes, pode-se argumentar que sua faceta moderna, que coloca o indivíduo no centro do seu espectro de proteção, nasce posteriormente a esse contexto. Se as primeiras raízes do novo Direito Internacional começam a nascer no fim do século 19, com o surgimento do Direito Internacional humanitário, pode-se afirmar, de outro lado, que o segundo pós-guerra se constitui em um marco para novos paradigmas do Direito Internacional. Esse é o momento histórico em que se inaugura o sistema de proteção das Nações Unidas e toda uma construção normativa iniciada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e, com ela, a criação de todo o aparato de proteção fundado pelo sistema das Nações Unidas são dois pilares do segundo pós-guerra que dão nascimento a um novo Direito Internacional,² que passa a ter como braços principais o Direito Internacional dos direitos humanos³ e o Direito Internacional Penal.

Esse novo sistema começa a se desenvolver a partir da adoção de uma série de convenções internacionais, de modo a inaugurar uma espécie de sociedade humana universal⁴ (oposta ao modelo arcaico dos Estados soberanos) que, como tal, funda-se no respeito pelo ser humano.

A doutrina do Direito Internacional e, especialmente, do Direito Internacional dos direitos humanos, passa a se relacionar com outros campos do Direito e embasa aspectos, por exemplo, do Direito Internacional Penal que se relacionam à defesa de uma ordem de sociedade humana universal e lhe impregnam conteúdo. Essa noção aplica-se perfeitamente à edificação do conceito de crime contra a humanidade e do crime de genocídio, porquanto se tratam de crimes que afetam o que há de humano em todos os seres humanos sem exceção

¹ Essas ideias possuem suas primeiras sementes no pensamento de Abbé de Saint-Pierre, passando por Claude-Henri de Saint-Simon e tendo como grande estandarte a obra de Immanuel Kant.

² Como afirma Thomas Buergenthal, *“traditional international law developed various doctrines and institutions that were designed to protect different groups of human beings: slaves, minorities, certain native populations, foreign nationals, victims of very massive violations, combatants, etc. That law and practice provided the conceptual and institutional underpinnings of contemporary international human rights law. The most important feature of that law is that it recognizes that individuals have rights as human beings and that these rights are protected by international law”*. In: BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. St. Paul: West Publishing Co., 1988, p. 16.

³ Vide a propósito GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴ “[...] il y a une autre dimension des droits de l’Homme qui correspond à une définition fonctionnelle : ceux-ci sont aussi l’expression la plus directe du modèle de la Société humaine universelle, face au modèle de la Société des Etats souverains. “L’introduction des droits de l’Homme dans l’ordre juridique international signifie en effet que le droit international, comme le droit interne, devrait être fondé sur le respect de la liberté et de la dignité de l’être humain. Cela signifie aussi que le seul vrai sujet de droit est l’individu”. FROUVILLE, Olivier de. *Droit international pénal*. Sources. Incriminations. Responsabilité. Paris: Pédone, 2012. p. 8.

– o irreduzível humano⁵ – e essa definição comum de humanidade é precisamente o que o Direito Internacional dos direitos humanos se desincumbe mais facilmente de identificar. Ele o faz tanto por meio das convenções internacionais de direitos humanos quanto pelas decisões oriundas das jurisdições internacionais que as aplicam, auxiliando na tarefa de identificar os valores universais, os denominados valores intangíveis da humanidade.

Nesse sentido, esse novo Direito Internacional passa a edificar uma série de valores, tendo na construção normativa fundada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos uma pedra fundamental que permite a identificação de valores humanos a promover sem qualquer espécie de relativização

Essa identificação se deu tanto por força do Direito Internacional convencional dos direitos humanos quanto pela construção da jurisprudencial.

2 O NOVO DIREITO INTERNACIONAL E A IDENTIFICAÇÃO DOS VALORES HUMANOS UNIVERSAIS FUNDADOS PELA DUDH

Uma nova configuração do Direito Internacional, que permitirá a identificação dos valores fundamentais da humanidade, ganha uma significativa riqueza de contornos a partir da grande produção de convenções internacionais de direitos humanos que começa a ocorrer especialmente após o segundo pós-guerra, impulsionada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela criação das Nações Unidas e pelo surgimento dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

A criação das Nações Unidas inaugura o que se pode chamar sistema universal de proteção e, desde o seu primeiro alicerce, esse edifício traz expresso o que entende por valor essencial a proteger: o preâmbulo da Carta de São Francisco contém em suas linhas iniciais uma declaração de fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor do ser humano,⁶ aparentemente erigindo a dignidade humana como base subjacente desses direitos fundamentais.

O valor dignidade humana será, a partir de então, acredita-se, a pedra de toque da construção normativa subsequente. Pormenorizando o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷ e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem em seu preâmbulo a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, entendendo que esta dignidade constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

⁵ A ideia do irreduzível humano consiste justamente na tentativa de isolar um núcleo duro de direitos dos seres humanos, os quais não podem lhes ser negados (irreduzíveis) e que são, portanto, irrevogáveis, independentemente do tempo – atemporais (do que decorre a imprescritibilidade do crime contra a humanidade) – e do espaço (do que decorre a sua universalidade). Sobre a noção de irreduzível humano, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n. 3, Jui-Sep. 1994, p. 477-490.

⁶ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, São Francisco, 26 de junho de 1945.

⁷ Preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966 e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 19 de dezembro de 1966.

O primeiro instrumento, ampliando o rol de direitos civis e políticos contidos na Declaração, além de criar para os Estados a obrigação positiva de respeitá-los e promovê-los, enumera direitos que não são passíveis de sofrer essas restrições, o que aponta para alguns indícios acerca de quais desses direitos possuem a conotação de prerrogativas absolutas, uma vez que não podem ser relativizados no plano do Direito interno.

Trata-se dos direitos previstos no Pacto em seus artigos 6º (direito à vida), 7º (interdição da tortura e de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos), 8º (interdição da escravidão), 11 (interdição da prisão por descumprimento de obrigação contratual), 15 (proibição de ser processado por fato que não seja previsto como crime ou que não seja considerado delituoso de acordo com os princípios reconhecidos pela comunidade das nações), 16 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica a todas as pessoas) e 18 (direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião), conforme previsão restritiva de seu artigo 4º.⁸

A impossibilidade de relativização desses direitos parece estar ligada ao valor subjacente a eles. Quando o preâmbulo afirma que a dignidade humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, pensa-se que é esse valor dignidade que se encontra inerente à impossibilidade de que os direitos a ela intimamente ligados sejam excepcionados.

Apesar de não criar obrigações imediatas de cumprimento aos Estados, de uma maneira mais sutil, mas com o mesmo objetivo de fazer respeitar esses direitos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina aos Estados o compromisso de adotar medidas para satisfazê-los, devendo fazê-lo de forma progressiva, inclusive mediante a adoção de disposições legislativas.

O substrato da dignidade humana como fundamento de direitos universais e absolutos continua a servir como catalisador da construção normativa subsequente à criação das Nações Unidas e em textos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Embora a Declaração não possua valor de tratado internacional,⁹ entende-se que seu teor se constitui em uma tentativa de expressar os valores principais da comunidade humana, trazendo um corpo de princípios e de prerrogativas individuais e coletivas que o alçam à categoria de Direito Internacional consuetudinário.

Simbolizando alguns dos valores mais caros da sociedade contemporaneamente à sua proclamação, como um modelo acerca do que a comunidade internacional e a consciência jurídica universal entendem por direitos mais fundamentais, a Declaração Universal dos Direi-

⁸ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 4º. 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6º, 7º, 8º (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16 e 18.

⁹ “En la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible. Así pues, son las declaraciones actos solemnes por las cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adaptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados”. VENTURA-ROBLES, Manuel E. El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). *The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal*. Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 257-258.

tos Humanos ganha força normativa ou valor jurídico na medida em que serve de parâmetro para medir o quanto os Estados promovem ou desrespeitam os direitos dos indivíduos que se encontram sob sua tutela.

Esses direitos são proclamados sob a forma de duas categorias: de um lado, os direitos civis e políticos e, de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Como parte dos primeiros encontram-se o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à liberdade de expressão, de religião, de associação e de locomoção, a não ser detido arbitrariamente, a proibição da escravidão, da tortura, de tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, além de direitos processuais como o devido processo legal, a presunção de inocência, e de direitos políticos, como o de eleger representantes e ser elegível.

Como parte dos segundos estão o direito à assistência social, ao trabalho, a um nível de vida adequado, à educação e ao acesso à cultura

Existe, no entanto, uma diferença entre o fato de esses direitos serem universais, o que significa que são reconhecidos por todas as comunidades humanas, e o fato de serem absolutos, o que seria a impossibilidade de lhes impor limitações. A própria Declaração reconhece que muitos deles são relativos, e isso permite aos Estados, dentro de certos limites que não impliquem a sua supressão, impor-lhe igualmente regulações.

Tais direitos devem ser analisados em cotejo com as regras de *jus cogens*, permitindo-se perquirir em que hipóteses essas restrições não são possíveis a ponto de lhes atribuir o caráter de direitos universais e absolutos.

Mais uma vez, portanto, o valor dignidade deve servir como medida para se cotejar a natureza desses direitos, entendendo-os por direitos absolutos e universais quando a sua limitação se configurar em violação à dignidade humana. Essa análise parece ainda mais coerente se a violação de um desses direitos, em ofensa à dignidade humana, caracterizar um crime de genocídio ou um crime contra a humanidade, na medida em que esses crimes visam à proteção de direitos que não admitem limitação. É o caso, por exemplo, da impossibilidade da excepcionalização da tortura. A criação de exceções ao direito de todas as pessoas de não serem torturadas não integra a margem de apreciação nacional. A proibição da tortura é regra que pertence ao núcleo duro de direitos de *jus cogens*.

Esse mesmo tom que emerge da dignidade humana aparece na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965. Ela positiva sob a forma de um tratado internacional a igualdade de todas as raças e cria um sistema jurídico norteado pelo princípio de não discriminação, de modo a proibir todo e qualquer ato de discriminação racial consistente na distinção, exclusão, restrição ou preferência adotados por razões de raça, cor, linhagem, origem nacional ou étnica.

O direito à não discriminação é igualmente consequência do postulado geral da dignidade de todos os seres humanos, proclamada nos textos anteriores, como a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁰ Ele confirma a ideia de que a dignidade humana serve como valor subjacente à proteção de direitos que se compreende por universais e impassíveis de relativização.

O instrumento consiste em fonte de obrigações negativas e positivas aos Estados, na medida em que os obriga à prática da não discriminação por interposição de seus agentes e a adequar seus respectivos ordenamentos jurídicos de forma a torná-los compatíveis com o Direito Internacional. Tal aspecto parece demonstrar uma certa supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno naquilo em que legitimamente protege um valor universal, porquanto impõe aos Estados a obrigação de realizar o controle de convencionalidade de seu Direito Interno e lhes retira uma parcela significativa da margem nacional de apreciação.

Encontra-se sob a égide do mesmo princípio a Convenção Internacional sobre a eliminação e a repressão do crime de *apartheid* de 1973, que o tipifica como um crime contra a humanidade. A Convenção os define como sendo as práticas e políticas de segregação racial ocorridas no sul da África e cria um sistema paralelo de responsabilização, da mesma forma como o faz a Convenção do genocídio. Nesse sentido, atribui responsabilidade tanto aos Estados quanto aos indivíduos, com previsão, quanto a esses, de competência universal.

Ao analisar outras convenções internacionais que possuem finalidades semelhantes, elaboradas em seguimento à criação das Nações Unidas, paralelamente ao valor dignidade humana transparece a emergência de um outro valor, de natureza negativa, que se relaciona com o sofrimento humano.

O propósito de proteção da dignidade humana, valor positivo a promover conjugado com o intuito de prevenir o sofrimento humano, valor negativo a interditar, será a pedra de toque da construção normativa orquestrada pelo sistema universal das Nações Unidas, composta não somente de convenções internacionais como também na praxe da organização consistente na elaboração de uma série de resoluções.¹¹

A proteção desses valores parece estar clara, por exemplo, no texto da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, que teve como fator determinante as práticas de extermínio dos judeus e de minorias nacionais, étnicas e religiosas durante a Segunda Guerra Mundial e foi adotada a partir da construção criada por Raphaël Lemkin¹² e em seguida pelos trabalhos impulsionados pela Resolução 96 (I) da Assembleia Geral de 11 de dezembro de 1946. A Resolução começou por explicitar o conceito de genocídio e o descre-

¹⁰ SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 13. édition refondue. Paris: Presses universitaires de France, 2016. p. 427.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017. p. 359.

¹² Lemkin criou a palavra genocídio a partir da união do termo grego *genos* (raça) com o termo latino *caedere* (matar), que gera o sufixo *cide*. O jurista polonês criou o termo em resposta a Churchill quando se referia aos crimes sem nome cometidos pelos nazistas. Apesar de seu trabalho datar de 1944, durante o processo de Nuremberg, os acusados não tiveram seus atos qualificados como crimes de genocídio, mas sim como crimes contra a humanidade em conexão com crimes de guerra. Ainda assim, a expressão foi utilizada diversas vezes pela acusação, o que auxiliou na criação de uma consciência universal acerca da existência do crime de genocídio no Direito Internacional costumeiro e a sua posterior positivação pelas Nações Unidas. In: *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE. Carnegie Endowment for International Peace*. Washington D.C., 1944.

veu como sendo a recusa do direito à existência de grupos humanos inteiros, recusa essa que afeta a consciência humana, inflige grandes perdas à humanidade, a qual se encontra assim privada de aportes culturais ou outros aportes desses grupos e é contrária à lei moral, ao espírito e aos fins das Nações Unidas.

A Assembleia Geral classificou o genocídio como crime de Direito das Gentes que o mundo civilizado condena e pelo qual seus autores, quaisquer que sejam (pessoas privadas, funcionários ou homens de Estado), devem ser punidos e convidou igualmente os Estados-membros a adotarem medidas legislativas necessárias para prevenir e reprimir esse crime, para isso encarregando o Conselho Econômico e Social de fazer os estudos necessários para redigir o projeto de convenção.

Em seguida, a Resolução 260 (III), de 9 de dezembro de 1948, da Assembleia Geral da ONU, adotou o texto da Convenção e definiu o genocídio como sendo o ato cometido com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, por meio do homicídio de seus membros, ofensa grave à integridade física ou psíquica de integrantes do grupo, submissão a condições de existência capazes de levar à sua destruição física ou psíquica, impedimento de nascimentos no seio do grupo ou transferência forçada de crianças de um grupo para outro.

A Convenção impôs aos Estados uma obrigação no sentido de adotarem as medidas legislativas necessárias para assegurar a aplicação das disposições nela contidas e determinou que os Estados devem prever sanções eficazes contra os responsáveis por crime de genocídio, determinando expressamente que este não pode ser considerado crime político pelo Direito Nacional¹³ e não sujeito à imunidade.¹⁴

A Convenção prevê ainda duas espécies de jurisdição em decorrência da prática do crime de genocídio: possui competência a Corte Internacional de Justiça para a solução de conflitos entre Estados, compreendendo-se a responsabilização civil do Estado, bem como a interpretação, a aplicação e a execução da convenção;¹⁵ para a responsabilização pessoal, o que significa responsabilidade penal; a Convenção prevê igualmente que os sujeitos serão responsabilizados diante dos tribunais competentes do território do Estado onde o ato foi cometido ou perante uma Corte criminal internacional.¹⁶

Na época em que foi redigido o texto da Convenção, não existia Tribunal Penal Internacional, pois as duas Cortes então criadas (Nuremberg e Tóquio) foram Tribunais *ad hoc* com competência para julgar os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Por isso, seu final foi consagrado à previsão de um estudo pela Comissão de Direito Internacional a res-

¹³ Artigo 7º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

¹⁴ Artigo 4º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

¹⁵ Artigo 9º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

¹⁶ Artigo 6º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

peito da questão de uma jurisdição criminal internacional. De todo modo, o texto invoca a evolução da comunidade internacional e a necessidade cada vez mais crescente de um órgão judiciário internacional encarregado de julgar certos crimes do Direito das Gentes.

Inicialmente, cogitava-se que esta comissão de Direito Internacional, ao fazer este estudo, tomasse em consideração a possibilidade de criar uma câmara criminal na própria Corte Internacional de Justiça o que, sabe-se, foi um plano que restou entorpecido pela guerra fria, uma vez que um novo tribunal internacional só veio a ser instituído após os massacres na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

A proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento humano são igualmente subjacentes em convenções internacionais, como a Convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e a Convenção das Nações Unidas para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, de 2006.¹⁷

A interdição da tortura, a partir dos termos da Convenção, assume um caráter de direito universal e absoluto na medida em que declara que não existe nenhuma circunstância, ainda que de extrema excepcionalidade, que possa justificar o seu cometimento.¹⁸

Em seu artigo 2º, a Convenção cria para os Estados a obrigação positiva de adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais para impedir todas as espécies de atos de tortura em seus respectivos territórios, bem como a obrigação positiva de proteção e prevenção,¹⁹ criando para os Estados, além disso, uma obrigação negativa específica consistente em assegurar a proibição da prática de tortura, cujo monitoramento fica a cargo de um sistema de supervisão composto da exigência de apresentação de informações pelos Estados, pela utilização de reclamações e por meio de petições individuais.²⁰

¹⁷ Não se incluiu aqui a Convenção sobre a proibição de trabalhos forçados de 1957, tendo em vista que embora a interdição de trabalhos forçados seja reconhecida como proibição, ganhando caráter de proibição absoluta quando se trata de escravidão, essa interdição já teve sua relativização sedimentada na jurisprudência quando se trata, por exemplo, de trabalho de detentos, de serviço militar ou de trabalho em caso de força maior, os quais seriam resultantes de obrigações cívicas ou de um dever de solidariedade social. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Van der Musselle c/ Belgique, Requête n. 8919/80. Arrêt, Strasbourg, 23 novembre 1983, §38. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 30 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, Requête n. 13580/88. Arrêt, Strasbourg, 18 juillet 1994, §23. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁸ Artigo 2º da Convenção contra a tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 10 de dezembro de 1984.

¹⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Slimani c. France. Requête n. 57671/00. Arrêt du 27 juillet 2004. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Riad et Idiab c. Belgique. Requetes n. 29787/03 et 29810/03. Arrêt du 24 janvier 2008. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Mubilanzila Mayeka et Kaniki mitunga c. Belgique. Requête n. 13178/03. Arrêt du 12 octobre 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Popov c. France. Requetes n. 39472/07 et 39474/07. Arrêt du 19 janvier 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Placi v. Italy. Requête n. 48754/11. Arrêt du 21 janvier 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Hurtado c. Suisse. Requête n. 17549/90. Décision du 28/01/1994. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Levinta c. Moldova. Requête n.17332/03. Arrêt du 16 décembre 2008. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 31 mar. 2017.

²⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Pretty c/ Royaume-Uni, Requête n. 2346/02. Arrêt, Strasbourg, 25 avr. 2002, § 50. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 3 abr. 2017.

O mesmo espírito de proteção aos direitos humanos parece ter regido a elaboração da Convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados de 2006. Trata-se de uma Convenção Internacional de Direitos Humanos, cujo próprio título refere expressamente o objetivo de proteção das pessoas – daí porque não se vislumbra outro caminho senão a adoção da doutrina da dignidade do ser humano como baliza do Direito Internacional dos direitos humanos e de proteção da humanidade em seu conjunto. A Convenção é ao mesmo tempo uma fonte de Direito Penal nascida no Direito Internacional diante de uma grande lacuna existente nos ordenamentos jurídicos domésticos a propósito da incriminação dos desaparecimentos forçados. Ela constitui-se, por isso, na fonte de um movimento descendente que fará com que o crime passe a integrar progressivamente os Direitos Nacionais.²¹ Além disso, é fruto de um esforço de codificação conjugado das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos.

Em 1978 a ONU já manifestava a sua preocupação com o desaparecimento de pessoas em todas as regiões do mundo e dos excessos cometidos pelas autoridades supostamente encarregadas da proteção dessas pessoas, bem como de sua consciência acerca do risco que tais práticas representam para a vida, a liberdade e a segurança das pessoas e da angústia e tristeza causadas aos familiares das pessoas desaparecidas.²²

Impende assinalar o papel da Organização dos Estados Americanos na construção da noção de proibição absoluta dos desaparecimentos forçados, porquanto fora por meio do sistema regional de proteção interamericano que surgiu, em 1994, a primeira Convenção sobre o desaparecimento forçado de pessoas, prevendo expressamente o crime de desaparecimento forçado.

Mais do que isso, a Convenção constitui-se em fonte de obrigações positivas aos Estados relativamente ao dever de incriminação: ela promove ao mesmo tempo esse mencionado movimento descendente do Direito regional em direção aos respectivos Direitos domésticos, que passaram a integrá-los progressivamente, além de um movimento ascendente que inspirou a elaboração de uma mesma convenção em âmbito internacional.

Suas origens remontam à Resolução 666 (XIII – 0/83) da Organização dos Estados Americanos, erigida sobre a afirmação de que a prática do desaparecimento forçado de pessoas na América é uma afronta à consciência do hemisfério e constitui um crime contra a humanidade, concepção que irá se sedimentar na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos

²¹ MARTIN-CHENUT, Kathia. Le renforcement des obligations positives de nature penale dans la jurisprudence interamericaine: l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 3, Jui-Sep. 2012, p. 705-725.

²² NATIONS UNIES. Assemblée générale. Resolutions adoptees par l'Assemblée Generale au cours de la trente-troisieme session. Résolution 33/173: Personnes disparues. New York, 20 décembre 1978. Disponível em: http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/173&Lang=F. Acesso em: 4 abr. 2017.

Humanos, que em diversas oportunidades irá se utilizar de conceitos de Direito Internacional Penal, qualificando a prática de desaparecimento forçado como sendo uma espécie de crime contra a humanidade.²³

Essa adoção simboliza o quanto no âmbito dos sistemas regionais de proteção se produz um movimento convergente, ora impulsionando a criação de convenções internacionais, alçando-as de um nível regional para um nível universal – caso da Convenção Americana sobre o desaparecimento forçado de pessoas – ora confirmando o sistema normativo previamente criado pelas Nações Unidas.

Nesse sentido, os três principais sistemas regionais de proteção, europeu, americano e africano, ocupam-se dessa mesma construção normativa.

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos estabelecido pelo Conselho da Europa tem na Convenção Europeia de Direitos Humanos o seu principal instrumento normativo garantidor de direitos, trazendo a proteção tanto de direitos de natureza absoluta quanto de natureza relativa.

Detendo-se em direitos que se entende serem impassíveis de relativização, verifica-se que a Convenção consagra em seu artigo 1º o direito à não discriminação, elevando-o a um princípio geral baseado na igual dignidade de todos os seres humanos; seu artigo 3º sedimenta o porte de proibição absoluta à tortura, na medida em que declara ser insuscetível de restrições e derrogações,²⁴ igualmente o faz no seu artigo 4º, em que proíbe a escravatura (e não o trabalho forçado).

Por sua vez, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi estabelecido pela Organização dos Estados Americanos, cujos principais instrumentos são a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas adotadas em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José, adotada em 1969.²⁵

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem deu origem posteriormente, em 1959, à criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que garante a força obrigatória da Declaração, uma vez que competente por velar pela prática ao respeito e promoção dos direitos e garantias nela previstos.

Da mesma forma, a Convenção Americana contém um rol de direitos absolutos, como é o caso do seu artigo 5º, que proíbe toda forma de tortura, penas ou tratamentos cruéis ou degradantes, relacionando a proibição diretamente com o direito à integridade física e mencionando expressamente o dever de respeito à dignidade do ser humano. A escravidão é

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 29 de julio de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 4 abr. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 4 abr. 2017.

²⁴ SUDRE, Frédéric. Droit européen et international des droits de l'homme. 13^e édition refondue. Paris : Presses universitaires de France, 2016, p. 479.

²⁵ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

igualmente erigida ao nível de proibição absoluta em seu artigo 6º. Diferentemente da Convenção Europeia, a Convenção Americana prevê expressamente a proteção da honra e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sem qualquer exceção.²⁶

O sistema africano de proteção dos direitos humanos, criado pela Organização da Unidade Africana, tem na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos seu principal instrumento de direito convencional em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito regional, proclamando direitos tanto de natureza individual quanto coletiva, sendo igualmente fonte de obrigações positivas aos Estados na medida em que estabelece o dever de adoção de medidas legislativas a fim de tornar efetivas as prerrogativas enunciadas.²⁷

A Carta faz menção expressa à dignidade como objetivo essencial da realização das aspirações dos povos africanos e à necessidade de proteção internacional dos direitos fundamentais do ser humano,²⁸ trazendo o direito à igualdade perante a lei como direito absoluto, o qual pode ser interpretado como um direito à não discriminação,²⁹ o direito à vida e à integridade física,³⁰ além do direito à dignidade e à proibição da escravatura, do tráfico de pessoas, da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.³¹

A Carta africana ainda inova ao erigir o que denomina direitos dos povos, proclamando sua igual dignidade,³² seu direito à autodeterminação,³³ seu direito ao respeito à sua identidade e liberdade e o gozo igual do patrimônio comum da humanidade,³⁴ além do direito à paz e à segurança,³⁵ este último em paralelo à Carta das Nações Unidas.

²⁶ Artigo 1º – 1. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁷ Artigo 1º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

²⁸ Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos humanos e dos Povos, de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

²⁹ Artigo 3º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³⁰ No seu artigo 4º, diferentemente das Convenções europeia e americana, a Carta Africana não faz qualquer espécie de relativização ao direito à vida.

³¹ Artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³² Artigo 19 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³³ Artigo 20 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³⁴ Artigo 22 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³⁵ Artigo 23 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 15 abr. 2016.

3 UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL?

A questão que se coloca nesse início de século 21 é se efetivamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, com ela, todo o sistema de proteção universal dos direitos humanos erigido pelas Nações Unidas, inaugurou uma nova fase do Direito Internacional.

Em princípio, parece que uma primeira mudança que se operou foi efetivamente a colocação do indivíduo na posição de sujeito de direitos e deveres, ao mesmo tempo que o Direito Internacional passou a proteger juridicamente um novo ente, ora denominado humanidade. Essa apreensão da humanidade pelo Direito Internacional pode ter produzido um fenômeno de dupla dimensão: de um lado, a juridicização do conceito de humanidade é transformadora do próprio conceito – de um conceito filosófico e metafísico para um conceito jurídico; de outro lado, o Direito Internacional começa a passar por um processo de humanização propiciado pelo rompimento de algumas de suas bases herdadas do pilar da concepção de soberania do Estado – de um Direito Internacional clássico para um novo Direito Internacional.

As mudanças no conceito de humanidade e da própria concepção do Direito Internacional são resultado de todos esses acontecimentos sociais contemporâneos ao processo, que passaram a exigir a proteção do ser humano na cena internacional e a imposição de limites à razão de Estado. As atrocidades que marcaram o fim do século 19 e a primeira metade do século 20 acabaram por despertar “a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico internacional”.³⁶

Esse Direito Internacional nasce de um corpo de princípios e de costumes e transforma-se pouco a pouco em uma ordem jurídica convencional, encontrando um desenvolvimento sem precedentes desencadeado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Embora a construção convencional centralizada pelas Nações Unidas não tenha como objeto único a proteção dos direitos humanos, porquanto lhe coube igualmente se ocupar de matérias relativas à paz e à segurança internacionais, assim como a proteção dos direitos humanos não é o objeto único de proteção de alguns sistemas regionais,³⁷ junto dela seguiu-se toda uma construção jurisprudencial que deu primazia hierárquica ao que se pode denominar valores humanos intangíveis, dos quais decorrem direitos igualmente universais e absolutos.

Em todo o edifício erguido pela jurisprudência em matéria de interpretação e aplicação do direito internacional dos direitos humanos existe certa convergência de entendimento e mesmo uma influência recíproca de uma Corte sobre outra, mostrando-se não raro encontrar o cruzamento de decisões que podem ser compreendidas como um verdadeiro diálogo entre as Cortes, tanto entre as Cortes de Direitos Humanos entre si quanto destas com as Cortes Internacionais Penais, bem como com as Cortes Constitucionais.

³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 111.

³⁷ É o caso, por exemplo, do sistema comunitário que se ocupa largamente da elaboração de normas de proteção do mercado comum.

Toda essa construção jurisprudencial em matéria de direitos humanos se desenvolve em duas vertentes principais que se entrecruzam, encontrando-se de um lado o sistema universal de proteção coordenado pelas Nações Unidas e, de outro, os sistemas regionais de proteção nascidos da instituição de organizações internacionais como o Conselho da Europa,³⁸ a Organização dos Estados Americanos³⁹ e a União Africana.⁴⁰

A construção jurisprudencial baseada no sistema universal de proteção das Nações Unidas encontra seu pilar na Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição contenciosa pode ser exercida sobre os Estados em três diferentes hipóteses: por aceitação dos Estados envolvidos no caso da existência de uma disputa específica em matéria de Direito Internacional; por previsão de um tratado internacional que subentenda a jurisdição da Corte como competente para a solução do litígio (como é o caso da Convenção Sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio); ou ainda por aplicação da cláusula opcional, em que os Estados emitem uma declaração unilateral aceitando a jurisdição da Corte, sendo aplicável a todos os Estados que emitem tal declaração, sendo por isso denominada cláusula de reciprocidade.

Consolidada a jurisdição da Corte, sua decisão possui por consequência a criação de obrigação aos Estados em observá-la, somente cabendo a possibilidade de ser revista a decisão nos casos de descoberta de fato novo decisivo e que na época da decisão era desconhecido, conforme dispõem os artigos 59 a 61 do seu estatuto.⁴¹

Em matéria de proteção dos valores da humanidade, foram diversas as ocasiões em que a Corte Internacional de Justiça foi instada a se manifestar. Importa especialmente o seu entendimento em matéria de *jus cogens* e das obrigações dos Estados decorrentes do Direito Internacional, bem como as mudanças de entendimento ocorridas ao longo do tempo, notadamente quanto à natureza do Direito Internacional. Nesse último aspecto parece ter havido um avanço que parte de uma concepção voluntarista do Direito Internacional e deságua em uma visão teleológica voltada à finalidade protetiva.⁴²

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça servirá de base para a delimitação do conceito de obrigações *erga omnes* que alcançam toda a comunidade internacional. Estas diferenciam-se das obrigações decorrentes dos tratados internacionais que têm como objeto

³⁸ O Conselho da Europa foi instituído pelo Tratado de Londres de 5 de maio de 1949 e tem como principal base normativa a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950.

³⁹ Criada pela Carta da Organização dos Estados Americanos em 1941, tendo como texto protetor dos direitos humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

⁴⁰ Criada em 2002 em aplicação à Declaração de Syrte de 9 de setembro de 1999 (sucessora da Organização da Unidade Africana, criada em 25 de maio de 1963), cujo instrumento protetivo de direitos humanos é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 21 de outubro de 1986.

⁴¹ Article 59. *La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Article 60. L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie. Article 61. La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer. La procédure de révision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la révision, et déclarant de ce chef la demande recevable. La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de l'arrêt. La demande en révision devra être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau. Aucune demande de révision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt.* COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Statut de la Cour International de Justice. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/ijcstatute/pdf/ijcstatute.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁴² GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

a criação de obrigações limitadas aos Estados signatários. Nesse sentido, à Corte caberá fazer a separação entre o que são princípios de Direito Internacional com aplicação obrigatória, porquanto decorrentes do *jus cogens*, daqueles que não o são. Quando por ocasião do julgamento do caso Barcelona Traction, Light and Power Company entre Bélgica e Espanha,⁴³ a Corte faz a distinção entre as obrigações dos Estados em relação à comunidade internacional em seu conjunto e aquelas que nascem aos Estados no quadro da proteção diplomática.

Em relação às obrigações decorrentes das normas de *jus cogens*, de alcance *erga omnes*, a decisão da Corte cita os atos de agressão, o genocídio e as regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana. Tais normas compreendem a proteção contra a escravidão e a discriminação racial, as quais estariam integradas a um Direito Internacional que ela caracteriza como sendo de caráter universal ou quase universal. Declara, assim, o *jus cogens*, ou *peremptory rules*, como fonte autônoma de direitos, que vão mais além do mero direito convencional, haja vista que se tratam de normas internacionais de vital importância para toda a comunidade internacional.

Essa jurisprudência servirá de parâmetro para as jurisdições internacionais penais, especialmente no que se refere à inclusão da proibição da tortura, dos desaparecimentos forçados e do genocídio como normas decorrentes do *jus cogens*, de natureza absoluta e, portanto, impassíveis de relativização pelos Estados nacionais.

A substância da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio teve seu conteúdo ampliado pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, inicialmente pelo Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951 (reservas à convenção do genocídio),⁴⁴ no qual o direito dos tratados foi analisado com profundidade, especialmente naquilo que diz respeito à possibilidade de os Estados fazerem reservas ao texto de convenções internacionais multilaterais.

A propósito, entendeu a Corte que o direito de fazer reservas não pode comprometer os fins superiores da Convenção, oportunidade em que afirma que os princípios de base da Convenção são aqueles reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigando os Estados, mesmo aqueles que se encontram fora do elo convencional.⁴⁵

Reconheceu a Corte como princípio que toda convenção multilateral é fruto de um acordo livremente estipulado sobre cláusulas e que, em consequência, não cabe aos contratantes destruir ou comprometer, por meio de decisões unilaterais ou por acordos particulares, aqui-

⁴³ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgique c. Espagne). Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Deuxième phase. Arrêt du 5 février 1970. §§ 33-34. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁴⁴ Nesse parecer consultivo, a Corte Internacional de Justiça respondeu precipuamente à seguinte indagação: «L'Etat qui a formulé la réserve peut-il être considéré comme partie à la Convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la Convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas ?», ou seja, a questão a responder seria a de saber se o Estado contratante que formulou uma reserva pode, enquanto a mantiver, ser considerado parte signatária da Convenção, se os demais Estados não reconheceram essa reserva. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>.

⁴⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponível em : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>. “Les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel”, p. 12.

lo que é a finalidade e a razão de ser da Convenção. Nem por isso, no entanto, é defeso às partes fazer reservas, o que irá depender de sua natureza. A Corte, nesse aspecto, relativizou a concepção da absoluta integridade das convenções multilaterais, deixando de considerá-la uma regra de Direito Internacional em função da finalidade de participação do maior número de Estados, sob pena de ofensa aos princípios de moral e de humanidade que regem uma Convenção de Direito das Gentes.

Por isso as reservas, não podendo desfigurar a finalidade de uma convenção multilateral, para o caso da Convenção do Genocídio deve-se ter presente a intenção das Nações Unidas de condenar e reprimir um crime do Direito das Gentes que implica a recusa do direito à existência de determinados grupos humanos inteiros de forma a chocar a consciência humana e a infligir grandes perdas à humanidade. A Corte, assim, reconheceu princípios que se encontram na base da convenção, os quais são reconhecidos pelas nações civilizadas e que obrigam os Estados mesmo fora do elo convencional. Além disso, atribuiu caráter universal tanto à condenação do genocídio quanto à cooperação necessária para liberar a humanidade de um flagelo que adjetivou de odioso.

Quanto aos fins da Convenção, a CIJ ressaltou precipuamente seu caráter humanitário e civilizador, que visa a salvaguardar a existência de grupos humanos e confirmar princípios de moral elementares. Por essa razão, os Estados-parte da Convenção não possuem interesses próprios,⁴⁶ mas apenas um interesse comum, que é o de preservar os fins superiores e a própria razão de ser da Convenção. Esse entendimento demonstra que em determinadas matérias existiria um consenso da comunidade internacional sobre o interesse de proteção, decorrente do caráter essencial de algumas normas para a ordem jurídica internacional⁴⁷ ou dos interesses fundamentais da comunidade internacional.⁴⁸

Posteriormente, por ocasião do julgamento do caso das atividades armadas no território do Congo, a obrigação *erga omnes* dos Estados no que tange à prevenção e repressão do genocídio foi lembrada pela Corte Internacional de Justiça.⁴⁹

Em matéria intimamente relacionada com o pertencimento de algumas normas ao núcleo de *jus cogens*, a Corte Internacional de Justiça depara-se com algumas ocasiões de se pronunciar sobre o efeito que essas regras possuem de imporem obrigações aos Estados.

A concepção de supremacia do Direito Internacional naquilo em que protege os seres humanos contra a prática de violações graves, como é a hipótese de prática do crime de genocídio, é igualmente evidenciada na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso relativo às atividades armadas no território do Congo, cuja decisão afirma expressamente que os

⁴⁶ Como ter-se-á oportunidade de discutir mais longamente, discorda-se dessa opinião segundo a qual as obrigações decorrentes de tratados internacionais obrigam apenas os Estados signatários. No nosso entendimento, em relação aos tratados que portam a proteção de um núcleo intangível de valores, as obrigações que dele decorrem são de natureza *erga omnes*, impondo-se tanto aos Estados-partes quanto aos Estados não signatários, assim como aos indivíduos.

⁴⁷ DIACONU, Ion. *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)*. Bucarest: Impr. Institut international de Technologie et d'économie Apicole d'Apimondia, 1971. p. 106-107.

⁴⁸ DANILENKO, Gennady M. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1993, p. 234.

⁴⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo C. Ouganda). Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

princípios de base da Convenção são reconhecidos pelas Nações civilizadas, os quais obrigam os Estados, mesmo na ausência de qualquer elo convencional, e isto em virtude do caráter universal da condenação do genocídio e da cooperação que se faz necessária entre todos os membros da comunidade internacional, especialmente os Estados, a fim de libertar a humanidade de um flagelo tão odioso. A decisão acrescenta que por consequência desse postulado, os direitos e obrigações consagrados pela Convenção são de natureza *erga omnes*.⁵⁰

Resta evidenciada nesta decisão a ausência de caráter voluntarista do Direito Internacional, naquilo que protege os seres humanos da preservação de seus valores superiores, com vistas a prevenir e a reprimir violações a direitos que possuam esses valores como subjacentes. Ao mencionar que os princípios de base da Convenção obrigam os Estados fora do elo convencional, princípios esses ligados à preservação da humanidade contra uma prática odiosa como o genocídio, a Corte eleva o conteúdo material da convenção ao *status* de Direito Internacional costumeiro, oponível aos Estados independentemente de sua vontade.

A razão pela qual os princípios contidos em Convenções como a do genocídio obrigam os Estados além de qualquer elo convencional é ainda mais bem explicitada pela CIJ na decisão do caso Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro, no caso relativo à aplicação da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio.

A decisão afirma que a fim de determinar a natureza das obrigações impostas aos Estados, é preciso analisar os propósitos de uma Convenção, observando-se que no caso da Convenção do Genocídio, o crime por ela previsto se constitui em uma ofensa ao Direito das Gentes, porquanto implica a negação do direito de existência a grupos humanos inteiros, constituindo-se em uma recusa que perturba sobremaneira a *consciência humana* e inflige perdas à humanidade. Esse postulado teria, portanto, segundo a Corte, duas consequências: a imposição de obrigações aos Estados independentemente de sua anuência, dotados da natureza de engagements impassíveis de reservas, e o caráter universal da condenação do genocídio, decorrente da finalidade humana e civilizadora da Convenção.⁵¹

A Convenção do Genocídio e sua interpretação ampliada pela Corte Internacional de Justiça será de ainda maior valia para a elaboração dos estatutos das jurisdições penais internacionais e a jurisprudência dessas Cortes irá lembrar, em diversas ocasiões, a gravidade da infração.

⁵⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda). Nouvelle requête. 2002. Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête. Arrêt du 3 février 2006, § 64. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie et Montenegro). Arrêt du 26 février 2007, §§161-162. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

Embora a Corte Internacional de Justiça tenha em alguns momentos oscilado e tomado posições restritivas em relação à amplitude das normas imperativas⁵² e a imposição de obrigações *erga omnes* relativamente a alguns direitos,⁵³ de outro lado posicionamentos arrojados foram decisivos para o avanço do Direito Internacional, especialmente no que se refere à luta contra a impunidade de violações graves e massivas contra a humanidade.

É o caso da decisão proferida no caso Bélgica contra Senegal sobre questões concernentes à obrigação de processar ou de extraditar, tendo como objeto o pedido de que o Senegal extraditasse ou desse início ao procedimento penal contra o ex-ditador Hissène Habré, decisão que se ancora na Convenção internacional contra a tortura.

Apoiando-se no pressuposto de que a proibição da tortura decorre do Direito Internacional costumeiro com caráter de norma imperativa, repousando sobre uma ampla prática internacional sobre a opinião jurídica dos Estados e figurando em numerosos instrumentos internacionais com vocação universal, a Corte decide pela obrigação do Senegal em processar pela prática de tortura, mas retrocedendo no aspecto em que entende que essa obrigação somente nasce a partir da ratificação da Convenção por aquele país.⁵⁴

O dispositivo final da decisão acabou por se constituir em um dos marcos para a representação de crimes contra a humanidade praticados sob a execução de torturas, pelo fato de que o entendimento da Corte acerca da obrigação de processar (ou de extraditar) foi um dos fatores que desencadearam a criação das Câmaras Extraordinárias do Senegal e que culminou com a condenação do ex-ditador à pena de prisão perpétua.⁵⁵

De todo modo, ainda que tenha havido retrocessos no percurso histórico da sua construção jurisprudencial, a opinião que a Corte Internacional de Justiça faz transparecer de modo geral em matéria de respeito aos direitos mais caros dos seres humanos é uma baliza para o desenvolvimento de um Direito Internacional que aos poucos abandona seus postulados clássicos rumo à construção de um Direito Internacional mais adaptado às necessidades de proteção de valores universais.

Esse perfil protetivo transparece em julgamentos como o do já mencionado caso Nicarágua contra os Estados Unidos da América,⁵⁶ em um tom que se repete, por exemplo, por ocasião da opinião consultiva sobre a licitude da ameaça ou do emprego de armas nuclea-

⁵² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie; Grèce intervenant). Arrêt du 3 février 2012. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

⁵³ No caso relativo ao Timor Oriental, a Corte não acolhera o requerimento de julgar a responsabilidade da Austrália como membro das Nações Unidas, sob o argumento de que o direito dos povos de autodeterminação não seria oponível *erga omnes*. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative au Timor Oriental. Portugal c/ Australie. Arrêt du 30 Juin 1995, §29. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁵⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Belgique c. Sénégal. Arrêt du 20 juillet 2012, §§ 99-105. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁵⁵ CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. Ministère Public c/ Hissène Habré. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponível em: http://www.forumchambresafriaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁵⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique). Arrêt du 27 juin 1986. C.I.J. Recueil 1986, p. 114.

res,⁵⁷ bem como da opinião consultiva relativa às consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino, reportando-se a Corte às obrigações mais fundamentais do direito humanitário e ao fato de que considerações elementares de humanidade se impõem a todos os Estados, tenham ou não ratificado os instrumentos convencionais.⁵⁸

Nesses casos, a Corte reiterou que as regras de direito humanitário possuem como finalidade o respeito à pessoa humana e que diante de considerações elementares de humanidade elas se impõem a todos os Estados, criando-lhes obrigações imperativas e *erga omnes*, tenham eles ou não ratificado os instrumentos convencionais, uma vez que se constituem em princípios intransigíveis do direito costumeiro. Decisões dessa natureza fazem transparecer uma mudança do eixo de preocupação do Direito Internacional, na medida em que se coloca em um plano secundário os interesses dos Estados e passa-se a ter em seu centro a salvaguarda dos seres humanos e da humanidade em seu conjunto.

As obrigações dos Estados em virtude da violação do Direito Internacional dos direitos humanos foram igualmente demarcadas pela Corte Internacional de Justiça no julgamento do caso das atividades armadas sobre o território do Congo, movido pela República Democrática do Congo contra Uganda.⁵⁹ Entre outros fatos, a Corte apreciou a alegação de violação do Direito Internacional dos direitos humanos e igualmente do Direito Internacional humanitário, sob o argumento de que forças armadas ugandesas teriam cometido violações massivas de direitos humanos no território congolês, de modo a acarretar ao Estado demandado as consequências jurídicas decorrentes da violação de suas obrigações internacionais, compreendendo a obrigação de reparar integralmente os prejuízos causados por um fato internacionalmente ilícito.

A Corte teve a oportunidade de examinar as afirmações do Estado demandante, no sentido de que as forças armadas ugandesas teriam causado perdas de vidas humanas no seio da população civil, cometido atos de tortura e outras formas de tratamento desumano, além da destruição de vilarejos e habitações pertencentes a civis e incitação de conflitos étnicos. A decisão conclui pela caracterização da responsabilidade internacional de Uganda por sua responsabilidade pela violação do Direito Internacional dos direitos humanos e do Direito humanitário. O descumprimento das obrigações internacionais advém, segundo a Corte, da imposição de imenso sofrimento da população congoleza decorrente das atrocidades que foram cometidas durante o conflito.⁶⁰

⁵⁷ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Licéité de la Menace ou de L'emploi D'armes Nucléaires*. Avis Consultatif du 8 Juillet 1996, §79. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Conséquences Juridiques de L'édification d'un Mur dans Le Territoire Palestinien Occupé*. Avis Consultatif du 9 Juillet 2004, §157. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo C. Ouganda). Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁶⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo C. Ouganda). Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005, §§ 206, 211, 220-221. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Em todas essas construções, a Corte Internacional de Justiça aportou contribuições importantes sobre questões como a aplicação dos tratados internacionais, o valor do Direito Internacional costumeiro e dos princípios gerais de Direito Internacional, assim como sobre a responsabilidade internacional do Estado, auxiliando, assim, a precisar a existência e os contornos de certas normas fundamentais da comunidade internacional.⁶¹

O caráter obrigatório de determinados princípios oriundos do ordenamento internacional e a obrigação dos Estados decorrente de sua inobservância serão igualmente evocados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente nos votos arrazoados do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

No caso *Blake vs. Guatemala*, em que o Estado é condenado pela prática de crime de desaparecimento forçado, o juiz Cançado Trindade refere-se à consagração de obrigações *erga omnes* de proteção como sendo uma manifestação da emergência de normas imperativas do Direito Internacional, a qual representaria a própria superação da autonomia da vontade do Estado, que não poderia ser evocada diante da existência de normas de *jus cogens*. Trata-se, segundo o jurista, de uma evolução da consciência jurídica universal em benefício de todos os seres humanos.⁶²

Na mesma linha de pensamento, no seu voto arrazoadado no caso *Barrios Altos c. Peru*, violação ao direito à vida, à integridade física e à prática de desaparecimento forçado e, nesta hipótese, abrangidos por uma lei de autoanistia, Cançado Trindade refere que tais leis ferem direitos inderrogáveis, universalmente reconhecidos, que recaem no âmbito do *jus cogens*. Faz ainda referência ao edifício principiológico erguido desde o advento da Cláusula Martens e sua contribuição na construção dos princípios humanitários, a qual deve ser utilizada como fonte de interpretação no sentido de impedir a existência de regras que não sejam criadas em benefício de todo o gênero humano, dado o caráter de *jus cogens* que a cláusula contém, entendendo, por isso, que leis de autoanistia, por exemplo, nada mais são do que uma *afrenta inadmissível à consciência jurídica da humanidade*.⁶³

A referência à prática de crimes contra a humanidade como sendo as violações mais graves a direitos que visam à proteção de valores universais transparece em muitas outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶¹ CARREAU, Dominique; MARRELLA, Fabrizio. *Droit international*. 11ème édition. Paris: Pédone, 2012. p. 690.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. § 28. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶³ “[...] en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas ‘leyes’ de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. §§ 10-11; §§ 22-29. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

No caso Goiburú, que versa sobre a prática de desaparecimento forçado no âmbito da Operação Condor,⁶⁴ a Corte lembra, por meio do voto arrazoado de Cançado Trindade, que o ordenamento jurídico internacional deu início gradualmente ao processo de criminalização de graves violações aos direitos humanos e que tais normas alcançaram a mais alta hierarquia na medida em que consagram proibições de *jus cogens*, no intuito de evitar que ofensas dessa natureza se repitam. Tal processo, impulsionador da evolução do Direito Internacional contemporâneo, vem acompanhado do estabelecimento de uma jurisdição internacional penal que se ampara em um princípio de proteção de valores superiores. Esse processo, segundo o juiz, deve-se à intensificação do clamor de toda a humanidade, por ele denominado *consciência jurídica universal*, contra as atrocidades que têm vitimizado milhões de seres humanos.⁶⁵

No julgamento do caso Almonacid Arellano, que tem como um dos pontos centrais a invalidade de concessão de anistia em matéria de grave violação de direitos humanos, mais uma vez com ainda maior clareza do teor do voto arrazoado do juiz Cançado Trindade, ressaí da decisão da Corte o entendimento de que ofensas que configuram crimes contra a humanidade são regidas por normas proibitivas que pertencem ao domínio do *jus cogens* e que por isso escapam ao domínio do Direito Nacional a opção de punir ou não punir.⁶⁶

Posicionamentos semelhantes são perceptíveis na construção jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, a começar pelo tratamento dispensado à prática da tortura, consagrada pela Corte como proibição absoluta.

No paradigmático julgamento do caso Soering contra Reino-Unido, marco da construção jurisprudencial em matéria de proibição de extradição em caso de aplicação da pena de morte, a CEDH classifica a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes como sendo uma proibição absoluta e decide pela impossibilidade de extraditar, por mais odioso que tenha sido o crime praticado, tendo em vista a possibilidade de que o extraditado seja submetido à pena de morte (ou à tortura, em outros casos) – compreendida pela Corte como sendo um tratamento desumano ou degradante.⁶⁷

⁶⁴ A Operação Condor foi uma aliança firmada entre as ditaduras militares do Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Brasil, durante as décadas de 70 e 80, com vistas a desarticular movimentos de oposição aos regimes. A operação ocorria por meio da perseguição dos opositores políticos, consubstanciadas essencialmente em práticas de torturas, desaparecimentos forçados e homicídios. Sobre o tema, ver: DINGES, John. *The Condor Years: How Pinochet and his allies brought terrorism to three continents*. New York: The New Press, 2004.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§6-8. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. San José, Costa Rica: Sentencia 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§22-23. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 2 maio 2017.

⁶⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Soering c/ Royaume-Uni*. Requête n°14038/88. Jugement rendu le 07 juillet 1989, § 88. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%5C%22001-62176%5C%22%5D%7D>. Acesso em: 3 maio 2017.

Esse posicionamento do juiz europeu que considera que em qualquer circunstância a execução da pena de morte se constitui em tratamento desumano ou degradante tornar-se-á jurisprudência sedimentada, em relação à qual a Corte não irá retroceder. Tal posição representa um avanço quanto aos demais sistemas regionais de proteção, haja vista a inadmissibilidade da pena de morte em todos os países membros do Conselho da Europa.⁶⁸

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por meio da sua construção jurisprudencial, concebe um alargamento do conceito de tortura e a qualifica não somente como o fato de alguém sofrer violências físicas, mas também por ser submetido à ausência de cuidados médicos⁶⁹ e traz a dignidade humana como vetor naquilo em que condena o uso da força física contra as pessoas.⁷⁰

Precisamente na análise do conceito de tratamento desumano, a Corte Europeia de Direitos Humanos reporta-se em diversas ocasiões à questão do sofrimento humano e da dignidade humana. No caso *Chember contra Rússia*, a Corte refere-se expressamente à sanção disciplinar infligida com a finalidade de provocar sofrimento físico e que acarreta a invalidez da vítima;⁷¹ no caso *MSS contra Bélgica*, conceitua tratamento desumano e degradante quando humilha o indivíduo, desrespeitando sua dignidade, impondo-lhe sentimentos de medo, angústia ou inferioridade, de forma a quebrar sua resistência moral e física.⁷²

Em relação à proteção da dignidade humana, a jurisprudência da CEDH é pródiga em matéria de condições da detenção, entendendo que tais condições, por violarem a dignidade, ferem o disposto no artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos,⁷³ afirmando, por exemplo, que a colocação de um detento em uma gaiola de metal durante seu processo público constitui uma afronta à dignidade humana,⁷⁴ bem como consagrando expressamente o direito de todo prisioneiro de restar detido em condições compatíveis com o respeito à sua dignidade.⁷⁵

⁶⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Öcalan c. Turquie*. Requête n. 46221/99. Arrêt, Strasbourg, 12 mai 2005, § 165. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 4 maio 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*. Requête n. 61498/08. Arrêt, Strasbourg, 2 mars 2010, § 120. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 4 maio 2017.

⁶⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Algür c. Turquie*. Requête n. 32574/96. Arrêt, Strasbourg, 22 octobre 2002. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 4 maio 2017

⁷⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Ribitsch c. Autriche*. Requête n. 18896/91. Arrêt, Strasbourg, 4 décembre 1995. § 38. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 5 maio 2017.

⁷¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Chember c. Russie*. Requête n. 7188/03. Arrêt, Strasbourg, 3 Juillet 2008. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 5 maio 2017.

⁷² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce*. Requête n. 30696/09. Arrêt, Strasbourg, 21 janvier 2011, § 220. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 5 maio 2017.

⁷³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Kotälla c. Pays-Bas*. Requête n. 7994/77. Décision du 6 mai 1978 sur la recevabilité de la requête. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁷⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Svinarenko et Slyadnev c. Russie*. Requetes n. 32541/08 et 43441/08. Arrêt, Strasbourg, 17 juillet 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 9 maio 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Ashot Harutyunyan c. Arménie*. Application n. 34334/04. Judgement, Strasbourg, 15 juin 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁷⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Kudla c. Pologne*. Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000, § 94. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre>. Acesso em: 9 maio 2017.

A mesma relação entre a dignidade humana e a proibição a tratamentos desumanos ou degradantes é feita no que se refere à aplicação da pena de prisão perpétua, em relação à qual a CEDH fizera uma interpretação evolutiva, entendendo que para ser compatível com o artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ela deve ser passível de reexame,⁷⁶ sob pena de configuração de restar configurada a violação. Nesse aspecto, a Corte Europeia apresenta igualmente uma evolução relativamente aos demais sistemas regionais, pelo fato de criar uma limitação à imposição da pena de prisão perpétua, demonstrando nitidamente a sua inquietude com a preservação da dignidade humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de uma série de convenções internacionais de direitos humanos alavancada pela criação das Nações Unidas e a subsequente adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos são atos inaugurais de um novo Direito Internacional que coloca o indivíduo como centro de sua proteção. É nesse momento que nasce o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Internacional Penal, este último criado pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

Desse contexto emerge a humanidade como um novo ente, objeto de proteção jurídica, embora com contornos ainda não tão bem definidos. A humanidade torna-se sujeito de direitos, tantos são os textos convencionais que a colocam como objeto de proteção. A humanidade torna-se igualmente vítima, *vis a vis* da nova figura jurídica do crime contra a humanidade, igualmente aportado pelo Direito Internacional.

O conceito de humanidade começa a ser aprimorado, alicerçado em uma construção casuística, dependente da identificação de condutas que caso a caso passam a ser compreendidas como violadoras de valores universais pertencentes à comunidade humana, trazendo novas reflexões que apontam para a busca de resposta sobre qual deve ser ou quais devem ser o(s) objeto(s) do Direito Internacional.

Essa humanidade-sujeito torna-se igualmente portadora de valores a serem protegidos, mas valores de difícil identificação. Se por um lado o Direito não se descuidou de tipificar caso a caso o que se passou a entender por grave ofensa contra a humanidade, por outro lado negligenciou em estabelecer a substância de uma hierarquia de valores humanos que serviriam como substrato à proteção dos seus direitos.

Essa identificação parece ser possível apenas a partir de uma dissecação acurada do edifício construído pelo conjunto das convenções internacionais e pela construção jurisprudencial em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A compreensão do sentido de grave violação, a partir da análise das condutas mais graves que já assolaram a humanidade – os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio – tornou possível a identificação de dois valores que se entende ocuparem o topo da hierar-

⁷⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Bodein c. France*. Requête n. 40014/10. Arrêt, Strasbourg, 13 novembre 2014. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-147880\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em: 15 maio 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Vinter c. Royaume-Uni*. Requetes n. 66069/09, 130/10 et 3896/10. Arrêt, Strasbourg, 9 juillet 2013. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-122694\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em: 13 maio 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Murray c. Pays-Bas*. Requête n. 10511/10. Arrêt, Strasbourg, 26 avril 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-162615\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em: 17 maio 2017.

quia de um conjunto de normas jurídicas: a proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento. Trata-se de valores que legitimam a existência de direitos de natureza universal e absoluta que fazem parte de um pequeno núcleo intangível: o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à liberdade, o direito à liberdade sexual, o direito à não discriminação e o direito à não submissão a tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes.

A partir da jurisprudência das Cortes Internacionais e Regionais encarregadas de conferir eficácia à construção convencional, do teor de decisões dessa natureza parece emergir a dignidade humana como um valor subjacente, ocupando, ao lado da interdição do sofrimento, o ápice da hierarquia de valores de cunho universal e absoluto cuja salvaguarda é o fim último de um Direito Internacional voltado para a centralidade do indivíduo.

Especialmente a partir da criação das Nações Unidas e de seu respectivo sistema universal de proteção, tanto normativo quanto jurisdicional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a conferir um importante conteúdo valorativo a essa noção de ofensas que afetam o que há de humano no ser humano. A construção normativa catalisada por essa nova estrutura parece fazer emergir a dignidade humana como um valor subjacente aos direitos fundamentais cuja proteção visa a garantir. A dignidade humana aparece como a pedra de toque das normas criadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e dessa construção emergem igualmente direitos que não são passíveis de sofrer restrições ou relativizações. A noção de direito humano absoluto nasce dessa composição que tem sua fonte sobretudo nas *core conventions*, que são pilares desse sistema universal de proteção, que por sua vez inaugura um novo Direito Internacional, não mais ancorado em postulados clássicos fundados no princípio da soberania dos Estados, mas, isto sim, amparado na precípua proteção do indivíduo.

5 REFERÊNCIAS

- BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. St. Paul: West Publishing Co., 1988.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017.
- CARREAU, Dominique; MARRELLA, Fabrizio. *Droit international*. 11ème édition. Paris: Pédone, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Paris, n. 3, p. 477-490, juil/sept. 1994.
- FROUVILLE, Olivier de. *Droit international pénal. Sources. Incriminations. Responsabilité*. Paris: Pédone, 2012.
- GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTIN-CHENUT, Kathia. Le renforcement des obligations positives de nature penale dans la jurisprudence interamericaine: l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 3, p. 705-725, juil/sept. 2012.
- SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 13^e édition refondue. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.
- VENTURA-ROBLES, Manuel E. El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). *The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal/Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 257-258.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.73-84>

O Ministério Público Brasileiro Enquanto Instituição de *Police Oversight*: Controle Externo da Atividade Policial, Direitos Humanos e o Conceito de Investigação Criminal Efetiva

Thiago Pinheiro Corrêa

Procurador da República. Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. <http://lattes.cnpq.br/5583573720705102>. thiagocorrea25@gmail.com

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Procurador do Estado de São Paulo em exercício na Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília. Especialista em Planejamento e Gestão Municipal pela FCT/Unesp. Especialista em Direito Público pelo complexo jurídico Damásio de Jesus. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito pelo Cesumar/PR. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor junto à Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pesquisador na área do direito público, direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana. <http://lattes.cnpq.br/4999182177099100>. niltonpge@gmail.com

RESUMO

Considerando que a Constituição Federal de 1988 impõe, ao Ministério Público, o exercício da atividade de controle externo da ação policial (artigo 129, VII), o artigo pretende investigar se a instituição possui a aptidão institucional para realizar investigações “efetivas” a respeito de casos que envolvam o uso potencialmente abusivo da força por agentes oficiais do Estado. O conceito de “investigação efetiva” é construído pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos que extrai, dos direitos à vida e à salvaguarda contra tratamentos desumanos ou degradantes, obrigações procedimentais a serem observadas pelos Estados signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com vistas à prevenção e investigação de eventuais atos que envolvam abuso de poder estatal. A investigação criminal efetiva é, portanto, um instrumento de proteção dos direitos humanos. Após abordar os parâmetros internacionais, o artigo analisa as atribuições constitucionais do Ministério Público e o regime jurídico-funcional *sui generis* que ele detém em relação à atividade policial. Este regime jurídico assegura-lhe autonomia jurídica e operacional para que possa atuar no âmbito do sistema de justiça criminal e para que possa realizar, enquanto instituição de *police oversight*, investigações efetivas de casos que envolvam potencial uso abusivo da força por agentes oficiais do Estado.

Palavras-chave: Controle externo da atividade policial. Ministério Público. Investigação. Corte Europeia de Direitos Humanos. Sistema de justiça criminal.

THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTION’S OFFICE AS AN INSTITUTION OF POLICE OVERSIGHT: LAW ENFORCEMENT OVERSIGHT, HUMAN RIGHTS AND EFFECTIVE CRIMINAL INVESTIGATIONS

ABSTRACT

According to the Brazilian Constitution, the Public Prosecution Office is an institution of police oversight. Considering this, the paper investigates whether it has the institutional capacity to carry out “effective” criminal investigations on cases involving potential abuse of force by State officials. The concept of “effective investigation” is built up by the European Court of Human Rights’ case law and, it relates to the rights of life and protection against cruel and inhuman or degrading treatment. According to the European Court, the European nations must comply to procedural obligations in order to investigate cases of police abuse. Effective criminal investigations are, therefore, an instrument for the enforcement of basic human rights. After discussing the European standards, the paper analyzes the constitutional framework of the Brazilian Public Prosecution Office’s and its link to legal regime of police activity. This regime grants the Brazilian Public Prosecution Office the necessary autonomy to engage on effective criminal investigations regarding cases involving potential abuse of force by State officials.

Keywords: Police oversight. Brazilian Public Prosecution Service. Criminal investigation. European Court of Human Rights. Criminal justice system.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Jurisprudência da CorEDH: Características Institucionais Básicas de uma Instituição de Police Oversight. 3 O Modelo Brasileiro: Uma Relação Funcional *Sui Generis* Entre o Ministério Público e a Atividade Policial. 4 A Autonomia do Ministério Público para a Condução de Investigações Criminais. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 18/2/2019

Modificações requeridas em: 24/7/2019

Aceito em: 8/8/2019

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado de Direito, seus agentes oficiais¹ são autorizados a, em determinadas situações, empregar a força física para o alcance de objetivos legítimos.² A expressão “uso da força corresponde ao emprego de meios físicos que possam ferir uma pessoa ou provocar danos a um bem. Este uso da força, contudo, pode ser ilegal (*unlawfull*) ou excessivo (*excessive*). Será classificado como ilegal quando o seu emprego violar as regras internas daquele determinado Estado e será excessivo quando, apesar de inicialmente legítimo, passar a ser empregado, posteriormente, de forma desnecessária ou desproporcional (ONU, 2017).^{3 4}

Ao interpretar os artigos 2º e 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConE-DH),⁵ a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorEDH) estabeleceu o conceito de “investigação efetiva” para casos em que o uso da força, por agentes oficiais do Estado, tenha provocado a morte de um indivíduo ou possíveis lesões à sua integridade física.

Segundo a CorEDH, as obrigações decorrentes destas normas detêm natureza dúplice. Enquanto obrigações de caráter *material*, dizem respeito ao estabelecimento, por exemplo, de protocolos de atuação policial e a garantia de instalações de detenção adequadas. Já enquanto obrigações de caráter *procedimental*, condicionam os Estados a instituírem mecanismos investigativos aptos à elucidação de possíveis casos de abusos cometidos por agentes oficiais do Estado (BYRNE; PRIESTLEY, 2015). Essas obrigações procedimentais, segundo a corte, consubstanciam medidas de *police oversight*, conceito que, no Brasil, corresponde, genericamente, aos mecanismos de controle da atividade policial em busca de sua *accountability* (ÁVILA, 2016a, p. 446).

¹ A expressão “agentes oficiais do Estado” corresponde ao conjunto de agentes públicos que compõe agências policiais e quaisquer outras que exerçam atividades assemelhadas, por exemplo, outros órgãos investigativos ou de inteligência (CORTE..., 2011).

² O artigo 144, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), prevê que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988).

³ O termo “uso arbitrário” da força (*arbitrary use of force*) é composto pelas espécies uso ilegal e uso excessivo da força. De acordo com o United Nations Office on Drugs and Crime (ONU, 2017), a expressão “uso da força” (*use of force*) significa o emprego de meios físicos que podem ferir uma pessoa ou causar dano a uma propriedade. O uso da força por organismos policiais é disciplinado, internacionalmente, pelo Code of Conduct for Law Enforcement Officials (ONU, 1979) e pelos Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (ONU, 1990).

⁴ A necessidade de investigação e punição de desvios de conduta cometidos por agentes oficiais do Estado, enquanto instrumento de preservação de Direitos Humanos, também é perspectiva consolidada no regime de Justiça de Transição. Nesse sentido: “O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo” (VAN ZYL, 2011, 47).

⁵ Estes dispositivos constituem, segundo a CorEDH, o “núcleo essencial” da ConEDH, ao preverem os direitos à vida e à salvaguarda contra tratamentos desumanos ou degradantes.

Investigação “efetiva”, segundo a CorEDH, portanto, é medida de salvaguarda de direitos humanos e deve ser composta pelos seguintes vetores: (i) independência; (ii) adequação; (iii) prontidão; (iv) escrutínio público; e (v) participação da vítima.⁶

Considerando a íntima conexão entre a salvaguarda dos direitos humanos e a realização de “investigações efetivas” a respeito da possível utilização excessiva de violência por agentes oficiais do Estado, passa-se ao objetivo do presente artigo. Com ele, avaliaremos se o Ministério Público, enquanto instituição constitucionalmente legitimada ao controle externo da atividade policial (artigo 129, VII da CRFB/88 (BRASIL, 1988), detém as características institucionais necessárias à realização de “investigações efetivas” relacionadas ao uso de força, eventualmente ilegal ou excessiva, por agentes oficiais do Estado.

Para tanto, analisaremos, em primeiro lugar, as principais características que uma instituição voltada ao exercício do *police oversight* deve assumir, de modo a exercer atividade investigatória a respeito de fatos desta natureza. Essas características serão construídas com base nos vetores jurisprudenciais estabelecidos pela CorEDH, supra indicados.⁷

Em seguida, analisaremos como a Constituição Federal de 1988 estrutura o sistema brasileiro de controle da atividade policial e, especificamente, qual é o papel exercido pelo Ministério Público no âmbito deste sistema. Mostraremos que os seus princípios reitores e características institucionais o tornam a agência vocacionada, por excelência, ao exercício do *police oversight*. Abordaremos, ainda, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, 2015), ao consagrar a iniciativa autônoma do *Parquet* para a investigação criminal, ratifica esta sua condição, consoante decidido no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral número 593.727 (RE 593.727).

2 A JURISPRUDÊNCIA DA COREDH: CARACTERÍSTICAS INSTITUCIONAIS BÁSICAS DE UMA INSTITUIÇÃO DE *POLICE OVERSIGHT*

Dentre os vetores que compõem o conceito de “investigação efetiva”, três deles estão diretamente relacionados à modelagem institucional dos órgãos encarregados desta tarefa. São eles: (i) independência; (ii) adequação; e (iii) prontidão. Estes vetores serão apresentados a partir de casos julgados pela CorEDH.

⁶ Ao analisar os vetores desenvolvidos jurisprudencialmente pela COREDH, o Comissário Europeu para os Direitos Humanos afirma: “An independent and effective police complaints system is of fundamental importance for the operation of a democratic and accountable police service. Independent and effective determination of complaints enhances public trust and confidence in the police and ensures that there is no impunity for misconduct or ill-treatment. A complaints system must be capable of dealing appropriately and proportionately with a broad range of allegations against the police in accordance with the seriousness of the complainant’s grievance and the implications for the officer complained against. A police complaints system should be understandable, open and accessible, and have positive regard to and understanding of issues of gender, race, ethnicity, religion, belief, sexual orientation, gender identity, disability and age. It should be efficient and properly resourced, and contribute to the development of a caring culture in the delivery of policing services” (CONSELHO DA EUROPA, 2009, p. 3).

⁷ A análise dos parâmetros estabelecidos pelas cortes internacionais de justiça e as consequências práticas advindas da condenação brasileira no caso Damião Ximenes, são avaliadas por Francischetto e Aquino (2018).

Investigação independente:

No início dos anos 90 do século 20, a população de Bucareste organizou uma série de protestos contra o governo provisório romeno formado após a queda de Nicolae Ceaușescu. Nos meses subsequentes, houve aumento da repressão contra os manifestantes e, entre 13 e 15 de junho de 1990, foram registrados graves casos de violência policial contra a população.

Nos anos seguintes, diversas investigações criminais foram conduzidas e, finalmente, direcionadas à promotoria militar romena. Não houve, contudo, a responsabilização criminal dos suspeitos até que, finalmente, em 17 de junho de 2009, a promotoria, junto a Corte Superior de Cassação, decidiu não oferecer denúncias criminais em relação aos casos registrados entre 13 e 15 de junho de 1989 (CORTE..., 2014, p. 3-27).⁸

Vítimas da violência oficial apresentaram o caso à CorEDH que, ao julgá-lo, reiterou a existência de obrigações instrumentais associadas às normas previstas nos 2º e 3º da ConEDH, de modo que “the provisions of Articles 2 and 3 require by implication that there should be some form of effective official investigation” para os casos de uso excessivo ou ilegal da força policial.⁹

Considerando, no entanto, que as investigações foram lentas, ineficientes e, além disso, conduzidas em grande medida por militares romenos – muitos deles vinculados hierarquicamente a suspeitos de haverem cometido os crimes – a CorEDH entendeu que obrigações procedimentais decorrentes dos artigos 2º e 3º da ConEDH haviam sido violadas.

Um dos pontos levantados pela CorEDH foi, justamente, o de que a condução das investigações por agentes vinculados hierarquicamente aos suspeitos, não poderia ser qualificada de *independente*. Segundo a CorEDH, *independente* é a investigação conduzida por instituição que não detenha conexões orgânicas com as agências ou autoridades oficiais investigadas.¹⁰

⁸ Alguns casos ainda pendiam de julgamento mesmo durante o julgamento do caso pela CorEDH.

⁹ Ao abordar o conteúdo normativo destes dispositivos, a CorEDH asseverou: “It reiterates that Article 3, like Article 2, must be regarded as one of the most fundamental provisions of the Convention and as enshrining core values of the democratic societies making up the Council of Europe (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 88, Series A no. 161). In contrast to the other provisions in the Convention, it is cast in absolute terms, without exception or proviso, or the possibility of derogation under Article 15 of the Convention (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 162).” A CorEDH afirmou, ainda, que a salvaguarda destes princípios fundamentais não seria possível se obrigações de natureza instrumental não fossem impostas aos países submetidos à sua jurisdição. Neste sentido: “The general legal prohibition of arbitrary killing and torture and inhuman or degrading treatment or punishment by agents of the State would be ineffective in practice if there existed no procedure either for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities, or for investigating arbitrary killings and allegations of ill-treatment of persons held by them (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 163, and *El-Masri*, cited above, § 182).” (CORTE..., 2014, p. 53-54).

¹⁰ Segundo a CorEDH: “Generally speaking, for an investigation to be effective, the persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (see *Nachova and Others*, cited above, § 110, and *Halat v. Turkey*, no. 23607/08, § 51, 8 November 2011).” (CORTE..., 2014, p. 54).

Investigação adequada

Zeni Aksoy alegou ter sido preso e torturado¹¹ por agentes da polícia turca após ser apontado como suposto membro de um grupo terrorista. Ele nunca seria acusado formalmente por estes supostos crimes, tampouco nenhuma investigação oficial do Estado turco seria conduzida para a apuração dos possíveis atos de tortura contra ele praticados, pois, em 16 de abril de 1994, Aksoy foi assassinado. De acordo com seus representantes legais, este homicídio seria o estágio final de uma série de ameaças perpetradas contra Aksoy, decorrentes de sua insistência em apresentar o caso às instâncias internacionais.

Ao julgar o caso, a CoREDH interpretou em conjunto os artigos 3º e 13 da ConEDH, de modo que este último importaria, aos Estados-parte, “without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture” (CORTE..., 1996, p. 25-26).

Diante da inércia das autoridades em investigar as fundadas alegações de tortura apresentadas por Zeni Aksoy, a CoREDH condenou o Estado turco, ao considerar que a ConEDH obriga os Estados-parte a promoverem investigações *adequadas* caso sejam confrontados com possíveis atos de violência oficial.¹²

Investigação imediata

Şükran Aydin é uma cidadã turca de origem curda. De acordo com os fatos analisados pela CoREDH, ela e sua família foram interrogada por agentes oficiais do Estado turco, em 29/6/1993, por supostas ligações com grupos terroristas. Segundo Aydin, ela e sua família foram detidos à força pela polícia, momento em que ela, inclusive, foi torturada e submetida à violência sexual.

Ao final do julgamento, a CoREDH reconheceu que a ineficácia das investigações conduzidas pelas autoridades turcas violaria o artigo 3º da ConEDH.¹³ Ao fazê-lo, a CoREDH entendeu que as autoridades turcas falharam ao não adotarem as providências investigativas assim que tomaram ciência das alegações das vítimas. Para que uma investigação *pronta*

¹¹ Segundo a CoREDH: “The applicant complained of having been ill-treated in different ways. He claimed to have been kept blindfolded during interrogation, which caused disorientation; to have been suspended from his arms, which were tied together behind his back (“Palestinian hanging”); to have been given electric shocks, which were exacerbated by throwing water over him; and to have been subjected to beatings, slapping and verbal abuse. He referred to medical evidence from Dicle University Medical Faculty which showed that he was suffering from a bilateral brachial plexus injury at the time of his admission to hospital (see paragraph 19 above). This injury was consistent with Palestinian hanging.” (CORTE..., 1996, p. 16).

¹² “Accordingly, as regards Article 13 (artigo 13), where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an “effective remedy” entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a “prompt and impartial” investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court’s view, such a requirement is implicit in the notion of an “effective remedy” under Article 13” (CORTE..., 1996, p. 26).

¹³ A respeito das investigações conduzidas pelas autoridades turcas, a CoREDH afirmou: “In the view of the Court, this cannot justify the serious defects and inertia which characterised the crucial phase immediately following receipt of the complaint. The public prosecutor had at that stage the legal means to act promptly and gather all necessary evidence including, as appropriate, psychological and behavioural evidence; nor can the decision to suspend the investigation on account of the applicant’s absence be justified given the gravity of the offence under investigation.” (CORTE..., 1997).

(imediate) ocorra, portanto, a instituição por ela responsável deve possuir mecanismos que lhe possibilitem o imediato contato com a notícia-crime relacionada a possíveis abusos cometidos por agentes oficiais do Estado. Ao avaliar este vetor, a CorEDH entendeu que o Estado turco investigou com “sérios defeitos e inércia” o caso envolvendo as violações aos Direitos Humanos – supostamente cometidas por seus agentes oficiais – contra a senhora Şükran Aydin (CORTE..., 1997).

Verificadas as características institucionais básicas extraídas dos vetores estabelecidos pela CorEDH, passa-se à análise do sistema constitucional de controle da atividade policial brasileiro e, mais especificamente, das atribuições do Ministério Público enquanto instituição de *police oversight*.

3 O MODELO BRASILEIRO: UMA RELAÇÃO FUNCIONAL *SUI GENERIS* ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATIVIDADE POLICIAL¹⁴

Por deterem natureza jurídica de órgãos públicos, as polícias submetem-se aos controles internos da Administração Pública – federal ou estadual – a que se encontram vinculadas (ÁVILA, 2016a, p. 460). A estes órgãos aplica-se o regime jurídico de Direito Público, incidindo, sobre eles, o princípio hierárquico.

Em última instância, portanto, as instituições policiais prestam contas à chefia do Poder Executivo a que se encontram vinculadas (Presidência da República ou Governadorias dos Estados, a depender do caso), e a instâncias administrativas integradas por representantes democraticamente eleitos, a quem compete o estabelecimento de políticas públicas de segurança. Os controles internos voltam-se à análise, principalmente, das repercussões correicionais relacionadas a eventuais atos ilícitos cometidos pelos agentes oficiais.

No que diz respeito à atividade policial, contudo, a própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) entende que a existência de controles internos é insuficiente, motivo pelo qual outorga, ao Ministério Público, a condução do controle *externo* da atividade policial (129, VII da CRFB/88).

Neste sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lompu ou LC 75/93) – aplicável aos demais ramos do Ministério Público brasileiro, nos termos do artigo 80 da Lei 8625/93 – apresenta os objetivos a serem alcançados mediante o exercício do controle externo. O artigo 3º da LC 75/93 prevê que essa tarefa terá como objetivo, dentre outros, o “respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos da República Federativa do Brasil”, bem como aos “direitos assegurados na Constituição Federal”. Ainda, de acordo com a LC 75/93, o exercício do controle externo da atividade policial deverá buscar a “prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder” (artigo 3º, alínea “c”). Controles internos e externos, neste contexto, complementam-se, mas devem ser exercidos sob perspectivas distintas.

¹⁴ Para uma análise do modelo institucional da Polícia Militar brasileira, seu desenvolvimento histórico e métodos de trabalho, ver: SILVA *et al.* 2017.

A correta delimitação do alcance e da extensão da norma prevista no artigo 129, VII da CRFB/88 (BRASIL, 1988), todavia, deve ser alcançada mediante uma interpretação sistêmica de outras normas constitucionais. Analisadas em conjunto, estas normas delineiam as relações funcionais que existem entre o Ministério Público e a atividade policial. O conteúdo normativo da expressão “controle externo da atividade policial”, portanto, é ainda mais abrangente.

A primeira característica do Ministério Público, extraída da CRFB/88, é a que lhe assegura independência política ante os demais Poderes da República.¹⁵ Esta autonomia pode ser encarada sob distintas projeções: administrativo-orçamentária (artigo 127, parágrafos 2º e 3º da CRFB/88).¹⁶ Este regime jurídico proporciona, ao Ministério Público, a neutralidade política que é inerente às suas atividades.¹⁷ Ele, nesse contexto, não detém conexões orgânicas com nenhum dos Poderes da República, e pauta a sua atuação, unicamente, a partir de critérios técnico-jurídicos. A reforçar a sua posição de independência diante dos demais Poderes, a CRFB/88 assegura a seus membros *independência funcional* (artigo 127, parágrafo 1º da CRFB/88).

Outra norma constitucional que serve à modelagem institucional do Ministério Público é a extraída do artigo 129, I, da CRFB/88, que lhe atribui a titularidade exclusiva da ação penal pública. Isso significa que, ao promover a persecução penal em Juízo, a instituição atua enquanto órgão de Estado, e exerce, por conta disso, parcela de soberania no âmbito do sistema de justiça criminal (MAZZILLI, 2002, p. 464). Assim, na qualidade de titular da ação penal pública, o Ministério Público é o destinatário de qualquer investigação, ainda que realizada por outro órgão estatal, cujos objetos detenham possível repercussão criminal. Por ser a investigação uma atividade instrumental em relação às funções do Ministério Público – responsável exclusivo pela opinião delitiva do Estado –, aos demais órgãos que realizem investigações é vedado que lhe seja subtraído o conhecimento de notícias-crime (ÁVILA, 2016a, p. 588).

Outros importantes atributos constitucionais do Ministério Público dizem respeito à sua legitimidade para requisitar junto aos organismos policiais a instauração de inquéritos policiais e a realização de diligências investigativas. “Requisitar”, em termos técnicos, significa “ordem administrativa”, cujo cumprimento não pode, como regra, ser negado (ÁVILA, 2016a).

Analisadas essas normas em conjunto, verifica-se que o Ministério Público compartilha um regime jurídico diferenciado em relação às instituições policiais, regime este que é composto pelas normas constitucionais que especificam as suas atribuições. A partir daí, pode-se

¹⁵ Até 1988, o Ministério Público não detinha o grau de autonomia de que hoje dispõe. Exemplo disso, é que foi a CRFB/88 a responsável por proibir, ao Ministério Público, “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (artigo 129, IX da CRFB/88). Por outro lado, um resquício da vinculação do MPF à União encontra-se no artigo 128, parágrafo 1º, da CRFB/88, que prevê a nomeação do Procurador-Geral da República pelo presidente da República, após escrutínio pelo Senado Federal. A escolha da chefia da instituição, em âmbito federal, não replica a norma voltada aos Ministérios Públicos dos Estados, cujos Procuradores-Gerais são nomeados pelos governadores a partir de lista tríplice elaborada pelos membros das respectivas carreiras (artigo 128, parágrafo 3º da CRFB/88).

¹⁶ Ainda que, formalmente, o Ministério Público não integre nenhum dos Poderes da República (artigo 2º da CRFB/88), seu desenho institucional assegura-lhe regime jurídico de magistratura, de modo que, segundo Mazzilli (2002, p. 464), a CRFB/88 lhe consagrou um “elevado status constitucional”. Para uma análise aprofundada do regime jurídico do Ministério Público – e das consequências práticas destes regime –, ver GARCIA, 2017.

¹⁷ As prerrogativas e vedações constitucionais, previstas no artigo 128, parágrafo 5º, I e II da CRFB/88, também representam importante instrumento para o distanciamento do Ministério Público das atividades político-partidárias.

afirmar que o núcleo essencial desse regime jurídico *sui generis* é constituído pela autonomia funcional que o Ministério Público detém para iniciar, impulsionar e – se entender inviável o exercício da ação penal – encerrar, por autoridade própria, a fase investigativa da persecução penal. É este regime jurídico especial que lhe permite atuar com independência no âmbito do sistema de justiça criminal.

Classifica-se esse regime de *sui generis* porque, apesar de o conjunto de normas analisado autorizar o Ministério Público a conformar a atividade policial, entre ambas as instituições não há relações hierárquicas, conforme já abordado. Ainda assim, é ele – enquanto titular exclusivo da ação penal pública e controlador externo da atividade policial – o responsável por formular juízo definitivo a respeito do resultado da investigação. Essa percepção é reforçada considerando que, às polícias, é legalmente vedada a disposição do inquérito policial. Esse regime é reforçado pela Constituição Federal e teve sua gênese no próprio Código de Processo Penal (CPP) editado em 1941 (BRASIL, 1941), cujas normas, nesse aspecto, foram recepcionadas pela ordem constitucional de 1988. O artigo 5º, II do CPP/1941, nesse contexto, reforça o poder requisitório (de iniciativa) do Ministério Público ante a polícia. Já o artigo 17 do CPP/1941 prevê que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”, o que, combinado com os artigos 16 e 28 do CPP/1941, demonstra incumbir unicamente ao Ministério Público, decidir o momento do encerramento das investigações. Seu poder de iniciativa, para o inquérito policial, portanto, é compartilhado com a polícia, mas o poder de disposição (arquivamento) lhe é exclusivo.

Essa posição de independência, no entanto – para que atinja os parâmetros estabelecidos pela CorEDH – precisar ser “efetiva” e “prática”, o que pressupõe, ainda, a sua autonomia operacional para atuar.

4 A AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONDUÇÃO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Conforme visto anteriormente, o conceito de “investigação efetiva” é composto pelos vetores independência, adequação e prontidão. Analisados em conjunto estes vetores, conclui-se que a instituição responsável pelo *police oversight* deva possuir autonomia orgânica, jurídica e operacional para conduzir as investigações sobre possíveis casos de violência cometidos por agentes oficiais do Estado. Esta instituição, em resumo, deve atuar de modo que “les investigations soient indépendantes de celles impliquées dans les événements, en excluant tout lien hiérarchique ou institutionnel et en exigeant également une indépendance pratique” (CORTE..., 2011, p. 7).

Consoante supra, o regime jurídico atribuído pela CRFB/88 ao Ministério Público, assegura-lhe autonomia em relação ao Poder Executivo, a quem as instituições policiais encontram-se, organicamente, vinculadas. Este mesmo regime jurídico permite ao Ministério Público atuar com independência jurídica em relação às polícias, uma vez que é ele o responsável pela formação da opinião delitiva do Estado.

A questão da independência operacional (capacidade para conduzir investigações criminais autonomamente), no entanto, sempre foi controvertida. O tema envolve duas posições antagônicas.

Os que são contrários à autonomia investigativa do Ministério Público entendem que a CRFB/88 teria outorgado, às polícias civil e federal, o monopólio da investigação criminal. Essa visão passa por uma interpretação restritiva do artigo 144 § 1º, IV, e da expressão “polícia judiciária”.

Os que defendem a autonomia investigativa do Ministério Público afirmam, por outro lado, que a atividade de polícia judiciária não se confunde, necessariamente, com investigação criminal, cujo conceito seria mais amplo. Nesse contexto, não haveria de se falar em qualquer “monopólio” outorgado às polícias.¹⁸ Ainda que se pudesse falar em exclusividade – argumentam os defensores da autonomia do Ministério Público –, ela não poderia ser oposta ao Ministério Público, cujo regime jurídico é definido não pelo artigo 144 da CRFB/88, mas pelos artigos 127 a 129 da CRFB/88. Nesse contexto, a sua autonomia investigativa seria extraída de sua condição de titular exclusivo da ação penal pública (artigo 129, I da CRFB/88), controlador externo da atividade policial (artigo 129, VII da CRFB/88) e de sua legitimidade para instruir os “procedimentos administrativos de sua competência” (artigo 129, VI da CRFB/88).

Esta controvérsia¹⁹ somente foi solucionada em definitivo com o julgamento pelo STF, em 2015, do julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727, afetado ao regime da repercussão geral.²⁰ Na oportunidade, o recorrente sustentava que o Ministério Público haveria extrapolado as suas atribuições ao conduzir, diretamente, a investigação criminal, que resultaria na denúncia contra si. Esta tese acabou sendo rechaçada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ O STF, em julgamento ocorrido em 30/4/1997, já havia afirmado que a investigação criminal não seria monopólio das polícias judiciárias. É bem verdade que essa afirmação havia sido emitida em caráter de *obiter dictum* e que, na época, o STF tinha reconhecido a possibilidade de o juiz realizar, por si só, atos investigativos (ADI 1517-6). Esta decisão, contudo, foi posteriormente revista mediante a afirmação de que o sistema de justiça criminal, desenhado pela CRFB/88, detinha natureza acusatória, em que as funções de acusação e julgamento não se confundiriam (ADI 1570). Filiamo-nos à corrente de que as atividades de “polícia judiciária” não se confundem com a investigação criminal e de que o Ministério Público detém autonomia para, por conta própria, realizar atos de investigação criminal.

¹⁹ Antes mesmo de o RE 593.727 ser decidido, o debate a respeito da titularidade da investigação criminal já havia ocorrido no âmbito do próprio STF. Se, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570, o STF decidiu ser inconstitucional à realização, diretamente pelo Poder Judiciário, de diligências investigativas de natureza criminal, a controvérsia a respeito da autonomia do Ministério Público para promovê-las encontrava-se latente. Se, por um lado, o Ministro Ayres Britto afirmou a sua “absoluta convicção” de que o Ministério Público poderia investigar, o ministro Nelson Jobim afirmou ser “absolutamente contrário”, “às atividades investigativas do Ministério Público” – ainda que com a seguinte ressalva: “desde que as mesmas atividades sejam dadas à defesa” (STF, 2004).

²⁰ A tese fixada pela Corte foi a seguinte: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” (STF, 2015).

Ao (re)afirmar os poderes investigatórios autônomos do Ministério Público, o STF os extraiu, justamente, do regime jurídico-constitucional do *Parquet*.²¹ Em seu voto, o ministro Celso de Mello demonstrou preocupação em assegurar, ao Ministério Público, autonomia operacional para que, por autoridade própria, pudesse investigar criminalmente casos que envolvessem a eventual utilização irregular da força por agentes oficiais do Estado. Para justificar o seu entendimento, ele utilizou o conjunto de dispositivos constitucionais anteriormente trabalhados, responsáveis por moldar o regime jurídico-funcional *sui generis* que o Ministério Público detém em relação à atividade policial. De acordo com ele:

Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no artigo 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público” (STF, 2015).

Verifica-se, portanto, que a possibilidade de o Ministério Público realizar, por conta própria, diligências investigativas criminais, diz respeito à sua posição institucional no sistema de justiça criminal e decorre tanto do regime jurídico, que lhe é próprio, quanto das interações recíprocas que estabelece com a atividade policial.

Por fim, um registro importante. Ainda que o presente trabalho diga respeito, unicamente, à investigação de eventuais desvios de conduta policiais, defendemos que o Ministério Público detém poder de iniciativa autônomo em sentido amplo para a investigação de crimes de qualquer natureza. Ainda que, em regra, as investigações criminais devam ocorrer em parceria com as polícias, isso não significa que o Ministério Público não detenha legitimidade para – caso entenda necessário – realizar diligências investigatórias por conta própria. Eventual dependência material ou operacional, em relação às polícias, subverteria o seu relevante papel no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro.

²¹ Para fins do presente artigo, são relevantes as afirmações feitas, em plenário, pelo ministro Celso de Mello: “Quando o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, reuniu-se, em 1971, para apreciar o RHC 48.728/SP, interposto pelo Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, o eminente Relator da causa, o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, antes de examinar a questão pertinente à alegada impossibilidade jurídica da unipersonalização da investigação e da acusação penais, cuja suscitação fora motivada pelo ominoso episódio do “Esquadrão da Morte”, pôde lançar uma grave advertência sobre o alto significado da decisão a ser então tomada por esta Corte, enfatizando, à semelhança do que também ocorre na espécie ora em análise, que se tratava de um daqueles casos emblemáticos em que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, “julgado pela Nação” (RTJ 63/299, 312).

^Ninguém ignora que a principal tese sustentada, perante esta Suprema Corte, pelo personagem-símbolo do “Esquadrão da Morte”, consistia, precisamente, na alegação de que o órgão público incumbido de formular a acusação criminal estava juridicamente impedido de fazê-lo, porque também autor da investigação penal em que tal acusação se apoiava.

^Essa tese, como é de conhecimento geral, não prevaleceu nesta Suprema Corte, o que permitiu, num momento de franco e perigoso declínio das liberdades públicas em nosso país, então submetido a um regime de dominação castrense, que o Ministério Público paulista, por iniciativa do eminente Procurador de Justiça, doutor Hélio Pereira Bicudo, diretamente apoiado por dois ilustres promotores de Justiça, doutores José Sylvio Fonseca Tavares e Dirceu de Mello, promovesse as investigações criminais necessárias que culminaram na posterior formulação das pertinentes acusações penais, desestruturando, assim, aquela sinistra organização criminosa reunida, no Estado de São Paulo, sob a vergonhosa designação de “Esquadrão da Morte” (STF, 2015).

5 CONCLUSÃO

A CRFB/88 assegura, ao Ministério Público, independência para atuar no âmbito do sistema de justiça criminal tanto na atividade de persecução penal quanto no exercício do *police oversight*. É a partir do seu regime jurídico-constitucional que se extrai uma relação funcional *sui generis* entre ele e a atividade policial. O núcleo essencial desta relação diz respeito à sua autonomia para iniciar, impulsionar e – se entender ser o caso – encerrar a atividade de investigação criminal (justificadamente, mediante arquivamento fundamentado).

Para além dessa autonomia jurídica, no entanto, o seu regime jurídico-constitucional lhe assegura, ainda, autonomia operacional para atuar, o que abrange a sua legitimidade para realizar, por conta própria, atos de investigação criminal. Neste sentido, a decisão proferida pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário número 593.727, é importante porque afasta a controvérsia que existia a respeito da autonomia operacional do Ministério Público.

Munido de ambos os feixes de sua autonomia (jurídica e operacional), o Ministério Público, enquanto instituição de *police oversight*, detém condições de realizar investigações “efetivas” – de acordo com os parâmetros estabelecidos pela CorEDH – a respeito de casos que lhe cheguem ao conhecimento e que envolvam a eventual utilização abusiva da coerção física por agentes oficiais do Estado.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos de controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016a.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016b.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941*. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar número 75 de 20 de maio de 1993*. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BYRNE, Jonny; PRIESTLEY, William. *Police oversight mechanisms in the Council of Europe member states*. França: Council of Europe Publishing, 2015. Disponível em: <https://edoc.coe.int/en/international-law/7414-police-oversight-mechanisms-in-the-council-of-europe-member-states.html>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. *Opinion for the Commissioner for Human Rights concerning independent and effective determination of complaints against the police*. 2009. Disponível em: <https://rm.coe.int/opinion-of-the-commissioner-for-human-rights-thomas-hammarberg-concern/16806daa54>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Aksoy v Turkey. Julgado em 18 dez. 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22aksoy%20v%20turkey%22%2D%22GRANDCHAMBER%22%2D%22CHAMBER%22%2D%22itemid%22:%5B%22001-58003%22%5D%7D>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Audin v Turkey. Julgado em: 25 set. 1997. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22aydin%20v%20turkey%22%2D%22GRANDCHAMBER%22%2D%22CHAMBER%22%2D%22itemid%22:%5B%22001-58371%22%5D%7D>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Halat v Turkey. Julgado em 8 nov. 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-107331%22%5D%7D>. Acesso em: 16 fev. 2019.

- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Ireland v the United Kingdom. Julgado em 18 jan. 1978. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Ireland%20v%20The%20United%20Kingdom%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57506%22%5D%7D>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Mocanu and others v Romania. Julgado em 17 set. 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2210865/09%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%7D>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- FRANCISCHETTO, Gilsilene; AQUINO, Bruna. Os efeitos advindos da condenação do Brasil no caso Damião Ximenes Lopes na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação aos Direitos Humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 6, n. 12, p. 67-84, 14 nov. 2018.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOLDSTEIN, Joseph. Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. 1960. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3417&context=fss_papers. Acesso em: 18 fev. 2019.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. 2002. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/naturezamp.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. 1. ed. São Paulo: Método, 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials. 1990. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-use-of-force-and-firearms-by-law-enforcement-officials/>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Code of Conduct for Law Enforcement Officials. 1979. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas.. Resource book on the use of force and firearms in law enforcement. 2017. Disponível em: https://www.policinglaw.info/assets/downloads/UNODC_Use_Of_Force_and_Firearms_Resource_Book.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- REIDY, Aisling. *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*. Alemanha: Council of Europe, 2003. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007ff4c>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and human rights in international law and practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.
- SILVA, Allan; SILVA, Luciano; NITÃO, Maria Ivonete; DA SILVA, Ivayr. O Brasil da polícia militar do Brasil: reflexões sobre a construção da (in)segurança pública no século 21. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 5, n. 10, p. 117-149, 31 out. 2017.
- VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Felix. *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia. 2011. p. 47-71. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/jt-manual-para-america-latina-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1570/DF*. Rel. min. Maurício Corrêa. Julgado em 12 fev. 2004. Publicado em 22 out. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1662827>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4693/BA*. Rel. min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 11 out. 2018. Publicado em 30 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4173868>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário número 593.727/MG*. Rel. min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 14 maio 2015. Publicado em 8 set. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.85-97>

Princípio Democrático e Administração Pública Democrática em Tempos de Cibercidadania

Caio Sperandéo de Macedo

Pós-doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (Fdul). Especialização em Ciências Jurídico-Políticas. Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP, 2014). Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Parecerista *ad hoc* da Revista Jurídica da Presidência – Centro de Estudos Jurídicos da Presidência (ISSN: 2236-3645). Professor da Graduação do Curso de Direito da Universidade Mogi das Cruzes (UMC), campus Villa Lobos, São Paulo. Advogado com atuação na área de Direito Empresarial, Educacional, educação superior brasileira e sociedade da informação. <http://lattes.cnpq.br/5246795808445782>. <https://orcid.org/0000-0002-3812-8806>. caio.csm@terra.com.br

RESUMO

O conceito dinâmico do princípio democrático na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 espalha seus efeitos axiológicos para outras prescrições normativas que enaltecem a participação do cidadão na administração pública para exigir dos órgãos oficiais que a veiculação de informações e dados de interesse particular, de interesse coletivo ou de interesse público em geral, sejam disponibilizados pela *Internet* a fim de permitir não somente acessibilidade à informação, mas, também, conhecimento funcional e controle dos atos praticados por quem exerce poderes em nome do Estado. Alertar que embora a incorporação das novas tecnologias da informação e da comunicação à infraestrutura seja indispensável à modernização do Estado contemporâneo, revela-se fundamental no caso brasileiro fomentar os mecanismos de participação democrática por meio do sistema educacional a fim de superar a falta de confiança da sociedade na administração pública.

Palavras-chave: Princípio democrático. Administração pública democrática. Sociedade da informação. Cibercidadania.

DEMOCRATIC PRINCIPLE AND PUBLIC DEMOCRATIC ADMINISTRATION IN TIMES OF CIBER-CITIZENSHIP

ABSTRACT

The dynamic concept of the democratic principle in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 expands its axiological effects to other normative prescriptions that exalt the participation of the citizen in the public administration to demand from the official bodies that the transmission of information and data of particular interest, of collective interest or of public interest in general, are made available on the Internet in order to allow not only access to information, but also functional knowledge and control of acts practiced by those who exercise powers in name of State. Alert that although the incorporation of new information and communication technologies into infrastructure is indispensable for the modernization of the contemporary state, it is fundamental in the Brazilian case to foment the mechanisms of democratic participation through the educational system in order to overcome society's lack of trust in public administration.

Keywords: Democratic principle. Public democratic administration. Information society. Cybercitizenship.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Princípio Democrático e Democracia Participativa na Constituição Federal de 1988. 3 Direito de Participar e Fiscalizar os Negócios do Estado Democrático na Sociedade da Informação. 4 Possibilidades de Participação Democrática do Cidadão no Ambiente Digital. 5 Cibercidadania e a Participação Democrática no Estado Brasileiro. 6 Conclusão. 7 Referências.

Recebido em: 21/3/2019

Aceito em: 14/8/2019

1 INTRODUÇÃO

O princípio democrático encontra-se albergado com destaque na Constituição Federal de 1988 e seu conteúdo dinâmico irradia efeitos axiológicos para diversos dispositivos constitucionais complementares que conferem direitos e deveres aos cidadãos, com destaque nesta abordagem para os ligados à disponibilização pela administração pública de informações relacionadas aos registros administrativos, licitações, contratos e demais atos de governo e também o direito dos cidadãos em receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

Entende-se que o acesso a registros administrativos, dados e demais informações relativas à atuação do governo e principalmente a destinação e boa aplicação de recursos do patrimônio público devem permanecer disponíveis e acessáveis para consulta dos cidadãos, a fim de que tomem consciência das ações e decisões políticas envidadas pelo Estado, fiscalizem a aplicação de recursos públicos e participem no aperfeiçoamento do seu funcionamento na condição de cidadãos, em prol da sociedade.

Estas formas de participação do cidadão na administração pública ganharam novo relevo neste início de século 21 não somente em virtude do desenvolvimento cívico da sociedade, mas, sobretudo, em decorrência da indelével inserção das novas tecnologias da comunicação e da informação na infraestrutura dos órgãos e funcionamento da administração pública.

Estas tecnologias ínsitas à sociedade da informação, que comportam facilidade de acesso, armazenagem e acompanhamento de informações, conjugadas com velocidade em tempo real de propagação da comunicação por meio de redes digitais têm o poder de criar o que se pode denominar de cibercidadania; conceito que pressupõe um instrumental tecnológico disponível apto a incrementar as possibilidades de participação e verificação de desempenho (eficiência) e moralidade das funções administrativas do governo por parte dos cidadãos conscientes de seus direitos.

Adota-se neste estudo como ponto de partida o texto constitucional de 1988 a fim de analisar o tema dentro de uma perspectiva normativa e sociológica. Assim, não é objeto do trabalho os pormenores da legislação infraconstitucional, embora algumas considerações a respeito far-se-ão necessárias para demonstrar a modernização das formas de atuação da administração pública. Em uma dimensão de direitos fundamentais, enaltecer o conteúdo valorativo do princípio democrático para exercício de direitos ligados à participação do cidadão no Estado, direito de analisar as decisões político-administrativas do Estado potencializado pela amplitude e acesso ao fluxo de informações que trafega na via digital.

É preciso reconhecer que estamos diante de uma realidade cultural em transformação neste início de século 21, que o ambiente digital pode incrementar o capital social dos cidadãos e impõe uma reconfiguração do papel do Estado para instaurar administração pública democrática e eficiente na prestação de serviços públicos; que respeite a publicidade dos atos oficiais, que valorize a colaboração do cidadão, a transparência de sua atuação, que preste contas da sua gestão e que cobre responsabilidade em todos os níveis de governo.

Justifica-se a escolha temática em razão do desenvolvimento recente das novas Tecnologias da Comunicação e da Informação (TICs) nos mecanismos de atuação da administração pública brasileira e amparados em legislação infraconstitucional correlata, mormente diante de seu caráter democrático vinculado à valorização da participação e do acompanhamento do cidadão com relação à atuação do Estado, em prol de uma democracia administrativa.

Em termos de pesquisa científica observou-se durante o trabalho o método indutivo partindo-se da indelével premissa democrática da Constituição Federal de 1988 e sua interpretação doutrinária (bibliográfica), problematizando sua aplicação empírica por meio de uma legislação voltada para a utilização do ambiente digital pela administração pública para divulgação e o acesso a informações de interesse público com o objetivo de permitir maior controle e participação dos cidadãos sobre a atuação dos órgãos estatais, contexto que emerge com força crítica com relação ao funcionamento do Estado contemporâneo, o comportamento dos administradores públicos, das instituições e a participação dos cidadãos.

2 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em comentário à Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva (2008, p. 40) esclarece que o princípio democrático não é um “valor-fim”, embora seu conceito revele um poder político que se fundamenta na vontade popular (justificado politicamente em uma soberania popular) como instrumento de afirmação de direitos e garantias conquistadas, mantenedor das liberdades públicas e do regime democrático.

Além disso, como princípio estruturante previsto no artigo 1º *caput* da Constituição Federal de 1988, o princípio democrático enaltece o Estado de Direito e também alberga em seu conteúdo a ideia de democracia representativa, que combinada com o exercício da cidadania abre espaço para o desenvolvimento de uma democracia participativa (artigo 1º, parágrafo único).

Ao seguir este raciocínio, pode-se dizer que os contornos da democracia participativa caracterizam-se pela maior possibilidade de colaboração direta na formação da vontade dos atos de governo, notadamente pelos institutos previstos para democracias semidiretas como a brasileira, que combinam instrumentos de participação direta (como a iniciativa popular; referendo e o plebiscito), bem como outras possibilidades previstas de atuação pessoal como revelam, por exemplo, artigos 10º, 11, 31§3º, 74 §2º, 194, VII, 206, VI e 216,§1º (DA SILVA, 2008, p. 41).

Assim sendo, nesta linha de atuação que a Constituição Federal de 1988 encampou a cláusula democrática (artigo 1º, §único, C.F.) e em outros dispositivos que lhe são auxiliares e que fazem parte do núcleo que lhe garante identidade e por isso também irradiam seus efeitos para todo o texto constitucional, como o princípio federativo, o republicano, o da separação dos poderes, o da cidadania, etc. Ou seja, em nossa Carta constitucional vigente a soberania popular tem por escopo funcionar como garantidora das decisões políticas fundamentais.

Isso posto, pode-se afirmar que o princípio democrático funciona como vetor axiológico no sentido atribuído por Robert Alexy (2014, p. 145), apto para legitimar também as modalidades objetivas previstas para o cidadão participar no Estado (e.g. artigos 5º, XXXIII, 29, 37, §3º, C.F.), e para balizar o funcionamento da administração pública e a conduta de seus servidores (artigo 37, C.F.).

Entrementes, consoante o rol dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões calcados respectivamente na tríade liberdade, igualdade e fraternidade, Paulo Bonavides (2005, p. 570) reconhece que o processo de globalização econômica e sociocultural em que estamos imersos faz surgir na agenda política os direitos fundamentais de quarta dimensão como a última fase de institucionalização do Estado social.

Nesta quarta dimensão fundamental estaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo de ideias e concepções, ressaltando Paulo Bonavides que tais valores só podem ascender caso a informação e pluralismo sejam efetivos e funcionem como auxiliares da democracia.

Paulo Bonavides (2005, p. 570) enfatiza que a concretização desta última dimensão de direitos em uma democracia contemporânea recai sobre os cidadãos mais bem informados sobre os negócios e funcionamento do Estado e cômicos de seus direitos de participação a fim de colaborar e se envolver com atos e decisões adotados pela administração pública.

Em consonância com esta perspectiva nos últimos anos as sociedades democráticas têm encampado demandas sociais em prol da cidadania para resgatar a essência da *res publica*, ou seja, o exercício de direitos de ter conhecimento e ser partícipe nas decisões do Estado, em prol do interesse público.

O princípio democrático, portanto, revela-se de forma mais abrangente do que sugerem as previsões constitucionais ao buscar desenvolver e aperfeiçoar mecanismos para o cidadão colaborar em um processo plural e inclusivo a partir do qual se constroem as vontades e opiniões políticas mediante o exercício dos direitos subjetivos de participação (SWENSSON JR., 2018, p. 48).

Mormente no contexto da sociedade da informação e por corolário da inserção das novas tecnologias da comunicação no ambiente cultural do século 21, vez que o acesso e a obrigatoriedade de disponibilidade de dados que trafegam nas vias digitais telemáticas com relação à administração pública (Internet, redes sociais, telefones celulares em rede, *sites*, correio eletrônico, etc.), aliada à velocidade do fluxo de informações veiculadas pelas mídias permite criar novas relações sociais e institucionais no espaço digital para os cidadãos debaterem ideias, experiências, e aderir ou não a projetos individuais, coletivos e institucionais (FIORILLO, 2015, p. 124).

Diante de uma realidade social e cultural em transformação, inegável reconhecer que a sociedade está a exigir e a tecnologia disponível comporta uma modernização da forma de atuação da administração pública para dar cobro aos seus compromissos democráticos, os quais podem ser exemplificados de forma não exaustiva em: dar publicidade no exercício de funções administrativas, digitalizar e disponibilizar pela Internet todas as informações públicas e de interesse público *lato sensu*; dar transparência à condução aos projetos e executá-los

com competência e probidade, notadamente quanto à oferta de serviços públicos de qualidade; estabelecer canais de comunicação institucionais efetivos e diretos com a sociedade voltados para participação, acompanhamento e gestão de recursos e de prestação de contas.

Nesse contexto, a participação política do indivíduo nos desígnios do Estado decorre exatamente da maior acessibilidade às informações de interesse público possibilitada pelas novas tecnologias da informação conjugada a um sentimento de pertença de que o Estado não é um fim em si mesmo; tem por missão defender o interesse público e possibilitar bem-estar ao cidadão.

3 DIREITO DE PARTICIPAR E FISCALIZAR OS NEGÓCIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, além de consagrar o Estado Democrático de Direito e a forma republicana de governo, acolhe basicamente duas formas de colaboração dos cidadãos na conformação do Estado: (i) a participação na administração pública direta e indireta e (ii) a participação direta no processo político nas hipóteses previstas (*e.g.* artigo 14, I, II e III, C.F.).

Ao que nos toca a abordagem concentra-se na primeira hipótese, na possibilidade de participação funcional do cidadão na administração pública, inclusive por meio do livre acesso a registros administrativos e informações sobre atos de governo, artigo 37, §3º, inciso II, combinado com artigo 5º, XXXIII, o qual assegura a todos transparência no direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que devem ser prestadas na forma da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Entende-se que o amplo acesso às informações de interesse particular, geral e de interesse público relacionado a registros administrativos e dados sobre atos de governo fortalece o interesse cívico para colaborar com a administração pública e se revela fundamental para o aperfeiçoamento dos mecanismos operativos do Estado Democrático.

Notadamente porque guarda relação de dependência com o princípio democrático (e com o regime republicano) calcado na preservação do interesse público e na possibilidade de fiscalização complementar direta pelos cidadãos com relação às decisões políticas e aos recursos aplicados por todas as esferas da administração pública (federal, estadual e municipal), não obstante preservados os normais mecanismos de controle interno e externo previstos institucionalmente, como a Controladoria Geral da União (CGU) e os Tribunais de Contas.

Entrementes, vale observar que há ampla previsão na Constituição Federal de 1988 compilada por José Afonso da Silva (2003, p. 104) com relação às modalidades objetivas de o cidadão participar no aperfeiçoamento da administração pública. A título de referência pode-se citar *e.g.*: artigos 10º; 29; 31, §3º; 37, §3º, I, II, III; 74, §2º; 194 § único, VII; 198, III; 202, §6º; 204, II e outros.

Em que pese previsão constitucional dos dispositivos referidos, fato é que a grande maioria é relegada e até há pouco tempo se revelava pouco eficaz em decorrência da deficiente publicidade e da burocracia ao seu acesso e exercício, pois o cidadão em geral desconhece o conteúdo e as formas de instrumentalizar estes direitos participativos no Estado, o que inviabiliza sua atuação política efetiva.

Este aparato normativo voltado para a participação efetiva do cidadão na administração pública no sentido de ter conhecimento prático das informações (cognoscibilidade) e auxiliar na fiscalização e boa aplicação de recursos públicos permanecia inerte na letra do texto constitucional pela inoperância da administração pública e sucessivos governos em promovê-los e divulgá-los (talvez com a exceção do usuário, na condição de consumidor, em reclamar da prestação de serviços públicos deficientes, artigo 37, §3º, I).

Compartilha deste entendimento Paulo Modesto (2005, p. 7), ao confirmar que existem vários procedimentos com amparo constitucional direto e outros com arrimo em regulação infraconstitucional, como os constantes da Lei de Normas Gerais de Processo Administrativo (Lei 9.784/99, *v.g.*, artigos 31 a 34), mas que são indistintamente pouco utilizados e conhecidos.

Outrossim, existem também as barreiras burocráticas que dificultam o exercício destes direitos de participação, pois em regra o cidadão vivencia ou tem conhecimento sobre as dificuldades quanto ao acesso efetivo dos usuários aos registros administrativos e em obter informações sobre atos de governo mesmo com a promulgação da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), voltada para dar transparência aos atos da administração pública, diploma que está à frente de nossos costumes públicos e administrativos.

Setores da administração pública criados pelo Estado Democrático de Direito para coibir abusos e voltados para a defesa do erário e do cumprimento da lei, ou seja, Tribunal de Contas,¹ Ministério Público e Magistratura mostram-se recalcitrantes em prestar informações públicas conforme exige a Lei de Acesso à Informação, no que lhes toca organicamente.

Não devemos esquecer que os poderes políticos que integram a administração pública, respectivamente poder Executivo² e Legislativo,³ também adotam muitas vezes o expediente de ocultar e dificultar o acesso às informações de interesse geral para conhecimento público e acabam sendo tolerantes uns com os outros em prejuízo da transparência das relações constituídos no seio dos poderes do Estado (sobre o que se passa no âmbito político-burocrático).

¹ Conforme reportagem de Sergio Roxo, publicada em 16/5/2013, sob o título *Maioria dos tribunais de contas descumpre Lei de Acesso*. (...). “Levantamento realizado em sites dos tribunais das 27 unidades da Federação mostra que 16 não informam o salário de cada funcionário, como foi estabelecido pela regulamentação da Lei de Acesso à Informação, aplicada aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Além da falta de informação sobre os salários, alguns órgãos também não respeitam outras determinações da Lei de Acesso, como a publicação de uma ferramenta para que o usuário possa pedir informações. Dados de despesas e licitações, em muitos casos, também estão desatualizados. (...) A Lei de Acesso à Informação estabelece que esse tipo de dado deve ser disponibilizado em tempo real. (...) Os tribunais de Ceará, Pará, Paraná, Rondônia e Santa Catarina cumprem o modelo de transparência adotado pela União”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/maioria-dos-tribunais-de-contas-descumpre-lei-de-acesso-8404774#ixzz2bCokhNXd>. Acesso em: 6 ago. 2017.

² Reportagem de 9/11/2016: sob o título: *A Farra dos Cartões Corporativos. Uma prática herdada do PT e que tem que ser combatida por Temer*. Os cartões corporativos foram criados pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, em 2001. Destinavam-se justamente a substituir as chamadas contas do “Tipo B”. Antes, o servidor recebia dinheiro vivo, depositava em sua conta bancária e emitia cheques pessoais à medida que realizava os gastos. A mudança veio para dar mais transparência ao gasto público, facilitando a fiscalização. O problema é que a facilidade levou ao exagero (...). Disponível em: <http://www.noticiasbrasilonline.com.br/a-farra-dos-cartoes-corporativos-uma-pratica-herdada-pelo-pt-que-tem-que-ser-combatida-por-temer/>. Acesso em: 6 set. 2017.

³ Sob o título *Mais de 468 atos secretos são descobertos no Senado*. Uma lista de 468 atos secretos surgiu na noite desta quarta-feira (12) no Senado. Foram emitidos há cerca de dez anos para nomeações, demissões e gratificações (...). A lista a que o “Jornal da Globo” teve acesso com exclusividade mostra a documentação para nomear e dispensar funcionários dos gabinetes, da gráfica e do serviço de processamento de dados do Senado. Entre 1998 e 1999, quando o falecido senador Antônio Carlos Magalhães era o presidente do Senado, os atos secretos foram incluídos em boletins suplementares, e só agora disponibilizados na rede de computadores do Senado, depois que a comissão de sindicância iria terminar o trabalho com os atos secretos anteriores (...). Conforme reportagem de 13/8/2009, do Jornal O Globo. Visitado em: 6/9/2017.

Além dos emblemáticos casos jornalísticos exemplificados (em que informações requeridas foram negadas com base na Lei de Acesso à informação), fato é que embora os comandos constitucionais e legislação correlata estejam previstos, o desconhecimento e a deficiente divulgação e disponibilização das informações por parte do Estado, e por consequência, a dificuldade de acesso a estes dados pelos cidadãos, inviabilizavam a efetiva participação funcional da sociedade civil para auxiliar na fiscalização da administração pública, bem como coibir os abusos e descaminhos praticados por seus agentes.

Complementarmente, com a publicação do Decreto n. 9.094/2017 (que revogou a Ges-Pública Decreto n. 5378/2005), foi criado um canal digital (artigos 13 e 14, prevê o formulário *on-line* denominado *Simplifique!*) para o cidadão formular propostas para a simplificação dos serviços públicos (desburocratização) a fim de melhorar o acesso, a qualidade e a execução de serviços, com acompanhamento a cargo de Ouvidorias públicas para atendimento e retorno em até 30 dias.

O aludido *Simplifique!* possibilita em tese que os usuários possam sugerir melhorias, identifiquem falhas e questionem a exigência de documentos e procedimentos requeridos pelas repartições públicas. O objetivo é colaborar com a melhoria do atendimento aos usuários, reduzir o excesso de burocracia e gerar agilidade, economicidade e efetividade à administração pública, presumindo a participação ativa da sociedade em todo processo.

Não obstante o mérito da iniciativa, ao que parece o cidadão em geral ainda não teve amplo conhecimento deste novo mecanismo cívico e historicamente não tem o hábito de participar como cidadão na administração pública, pois até o momento são escassas as informações com relação aos resultados efetivos alcançados com o sistema de formulário eletrônico adotado, não obstante estar sujeito a críticas.^{4 5}

4 POSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CIDADÃO NO AMBIENTE DIGITAL

Importante frisar que além do acesso aos serviços e bens públicos, a informações de interesse individual ou coletivo ou geral, a participação do cidadão tem por premissa a transparência e a publicidade dos registros públicos, na possibilidade de o cidadão ter amplo acesso a registros administrativos e informações sobre atos de governo e colaborar diretamente no controle e aperfeiçoamento dos atos administração pública.

⁴ DECRETO Nº 9.094, DE 17 DE JULHO DE 2017 DA DIVULGAÇÃO AOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

(...) Art. 18. A Carta de Serviços ao Usuário, a forma de acesso, as orientações de uso e as informações do formulário *Simplifique!* deverão ser objetos de permanente divulgação aos usuários dos serviços públicos, e mantidos visíveis e acessíveis ao público:

I – nos locais de atendimento;

II – nos portais institucionais e de prestação de serviços na Internet, a partir de *link* de acesso ao Portal de Serviços do Governo Federal.

⁵ Conforme reportagem de 25/1/2018, “Apesar da publicação do Decreto nº 9.094/17 órgãos públicos continuam fazendo exigências desnecessárias. O Decreto nº 9.094/17 proíbe os órgãos de exigir dos cidadãos atestados, certidões ou outros documentos que constem de uma base de dados oficial da administração pública. Órgãos como o DER do Estado de São Paulo continuam, por exemplo, exigindo cópia do CRLV dos veículos para concessão de AET”. Disponível em: <http://www.guiadotrc.com.br/noticias/noticialD.asp?id=33883>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Nesta linha de raciocínio J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 510) faz alusão ao “direito ao arquivo aberto” da Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 268, 1º e 2º), a qual consagra a ideia de *democracia administrativa* para esclarecer que esse conceito não se resume a um direito de acesso aos arquivos e registros públicos para defesa de direitos individuais, mas também o direito de saber o que se passa no âmbito dos esquemas político-burocráticos.

Referido jurista português assevera que a amplitude comunicativa do “direito ao arquivo aberto” entre Estado e cidadãos deve ser ampla, pois:

O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma *comunicação aberta* entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração *fornecer activamente informações* (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar sites adequados, ofertas *on-line*). A isso acresce o chamado dever de *informação informada ou finalística* que pode incluir informações indispensáveis para alicerçar o direito de acesso aos tribunais (...) (CANOTILHO, 2002, p. 510).

Ao partir da premissa de que a administração deve fornecer ativamente informações, aliada à utilização da Internet e a popularização das redes pelas instituições governamentais (embora grande parte da sociedade brasileira ainda sofra com a exclusão digital),⁶ inaugura-se nova possibilidade de exercício de cidadania, vez que a tecnologia cibernética contribui de forma decisiva para democratizar o acesso a informações e dados de interesse geral ou público ao privilegiar a comunicação aberta entre administração e administrados que a sociedade pretende lograr no sentido de materializar a publicidade e a transparência dos atos da administração pública (a rogo do artigo 3º, da Lei n. 12.527/2011).

Assim, os comandos normativos voltados para o desenvolvimento institucional e para o cidadão colaborar com a administração pública ganharam nova relevância com as tecnologias da comunicação ínsitas à sociedade da informação. Atualmente todo órgão da administração pública direta e indireta ligada aos três poderes tem obrigação legal (artigo 8º da Lei n. 12.527/2011)⁷ de possuir sites próprios e canais de interlocução digital diretos (Ouvidorias, SACs, Protocolos de Serviço, Denúncias) com a sociedade civil a fim de dar transparência a sua atuação e permitir que o cidadão tenha possibilidade de interlocução direta com estes órgãos.

A tecnologia disponível nestes últimos anos aliada a um ordenamento constitucional (e.g.: artigo 37, C.F.) e infraconstitucional (e.g.: Lei n. 12.527/2011, Lei n. 12.965/14, etc.) consentâneo com o mister permitem que a sociedade exija avanços institucionais do Estado quanto à transparência e responsabilização (*accountability*) dos órgãos da administração pública direta e indireta e de seus agentes.

⁶ KNIGHT, Peter T. *A internet no Brasil – origens, estratégia, desenvolvimento e governança*. Bloomington, Indiana, EUA: Authorhouse, 2014, p. 139: “A televisão continua a ser o meio de comunicação predominante no Brasil: 97% das casas tinham um aparelho de TV a cor em 2012, enquanto apenas 40% tinham um computador com acesso à Internet”.

⁷ Lei 12.527/2011. (...)

Art. 8º – É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

As mudanças atribuídas ao ambiente digital são perceptíveis no cotidiano do cidadão: na comunicação social ou profissional remota e instantânea; no acesso a informações diversas mediante buscas na Internet; na virtualização do Judiciário, com leilões, petições e verificação de processos eletrônicos junto aos Tribunais; no acesso a *sites* e serviços de parte dos órgãos públicos; na utilização de assinaturas digitais; faturas eletrônicas e comércio eletrônico em geral, etc.

Assim sendo, a exigência de avanços institucionais quanto à publicidade de seus atos e a transparência na atuação do Estado e seus agentes são demandas necessárias para os cidadãos em países democráticos no início do século 21. Mais que isso, o ambiente cibernético tem o condão de legitimar um processo de empoderamento do cidadão quanto ao seu “direito de saber” o que se passa no âmbito da administração e ter acesso (comunicação aberta) às informações relacionadas à atuação do Estado, bem como quanto aos mecanismos de aplicação e controle dos recursos do patrimônio público.

A publicidade dos atos oficiais e a transparência da administração pública ao prestar informações aos cidadãos quanto à aplicação e manejo dos recursos financeiros têm por objetivo possibilitar o sentido de pertença em um Estado democrático; reprimir condutas arraigadas a nossa histórica concepção política patrimonialista; combater instituições burocráticas oriundas de um Estado autoritário; exigir liberdade de acesso à informação e de socialização de atos de governo para conhecimento dos cidadãos.

Assim, é fundamental a disponibilização das informações com relação aos atos públicos para que a sociedade possa ter acesso, conhecimento e controle sobre os agentes investidos de função pública, pois, segundo Norberto Bobbio (2000, p. 102):

Entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do Estado, da “*res publica*”, depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e, portanto, controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder.

Exsurge, portanto, como notável contribuição para os Estados democráticos que esteja disponível tecnologia compatível para promover o acesso a todas as informações da administração pública direta e indireta, de interesse individual ou geral disponível e publicadas para a análise e verificação da sociedade civil, tanto para permitir o controle da boa aplicação dos recursos como para discutir as prioridades dos administradores na utilização dos recursos e exigir melhores serviços em prol da sociedade.

5 CIBERCIDADANIA E A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO ESTADO BRASILEIRO

Como corolário do acesso às informações disponibilizadas em rede e por meio da Internet no tocante à administração pública neste início de século 21, Antonio Henrique Pérez Luño (2004) reconhece o desenvolvimento do que denomina de cibercidadania e de cibertransparência como possibilidades de exercício de novas relações democráticas entre administração e administrados. Assim, em sua conceituação:

Cibercidadania: expressão que traduz uma nova forma de a administração pública disponibilizar a informação em rede aos cidadãos, que pode não ser somente a utilização da ferramenta tecnológica, mas uma nova forma de gerenciamento público e das relações democráticas com a sociedade, que daí advenham;

(...)

e a cibertransparência, que ao otimizar a gestão dos recursos públicos contribui para a tutela real e efetiva dos direitos sociais. Não se pode esquecer que a garantia eficaz dos direitos sociais exige a criação de serviços públicos e de prestações e esses instrumentos de garantia dependem diretamente de um uso adequado e eficiente dos recursos públicos (PÉREZ LUÑO, p. 2-3 prefácio de obra, LIMBERGER, 2016).

Depreende-se que a ampla disponibilização de informações de interesse público por meio do ambiente digital estabelece novos pontos de contato entre os cidadãos e o Estado ao favorecer a administração eletrônica encarregada de disseminar dados de sua atuação e possibilitar o acompanhamento e fiscalização pelos cidadãos, bem como melhorar o acesso aos seus representantes, contribuindo inclusive para a tutela de direitos sociais.

Consoante esclarece Manuel Castells (1999, p. 412), o informacionalismo é a base material da atual sociedade, em que a geração de riquezas e o exercício do poder passaram a depender da capacidade tecnológica dos indivíduos, sendo a tecnologia da informação o elemento mediador, a ferramenta indispensável para a instituição efetiva dos processos de reestruturação socioeconômica, aí incluído o funcionamento da administração pública com auxílio dos cidadãos.

Assim, todos os possíveis processos de reestruturação econômica, social e institucional na era da sociedade da informação permeados pela utilização do aparato tecnológico e funcional pela administração pública, têm relação de causa-efeito com a velocidade de circulação, armazenamento e disponibilização da informação no tocante à dinâmica com que as decisões de governos democráticos são construídas, verificadas e prestadas as contas; e, também, a capacidade de organização e acompanhamento pela sociedade destas mesmas decisões que envolvam opções políticas e aplicação eficiente de recursos públicos (LEVY, 2015, p. 79).

Na complementação de Gustavo Cardoso (1999, p. 116), a tecnologia atualmente existente permite flexibilidade, uma vez que a rede digital pode ser instalada em todos os tipos de processo e organizações produtivas e as instituições podem ser reconfiguradas e modificadas física e funcionalmente com a utilização das tecnologias da informação.

A infraestrutura eletrônica, além de conferir ganhos de eficiência graças a dispositivos alimentados por cabos de fibra ótica e conexões de alta velocidade remota (*wi-fi*), pode ser usada estrategicamente para priorizar a publicidade e a transparência das informações, permitir o acompanhamento em tempo real dos atos de governo e atacar os problemas institucionais ligados a práticas deletérias de justificar decisões enviesadas em nome do interesse público à revelia da sociedade (KNIGHT, 2014, p. 138).

Tem a acrescentar Têmis Limberger (2016, p. 83-84) que entre os predicados da ampla veiculação pelo Estado de informações de interesse público pelos meios telemáticos está também a inibição da corrupção na administração pública diante da ampla publicidade possibilitada pela Internet, notadamente quando comparado com os métodos tradicionais de veiculação de publicações em Diários Oficiais.

Neste aspecto, é tarefa estratégica dos Estados contemporâneos aperfeiçoarem os mecanismos institucionais a fim de estabelecer uma administração pública eficiente na prestação de serviços essenciais com a utilização das tecnologias disponíveis para respeitar a publicidade dos atos oficiais, prestar contas e adotar mecanismos de cibertransparência na forma preconizada pela legislação infraconstitucional (Lei n. 12.527/2011 e Lei n. 12.965/14), como forma de promover a gestão da coisa pública em colaboração com a sociedade.

É papel da administração pública fomentar, outrossim, relação de reciprocidade com os cidadãos, notadamente pela instituição de serviços de informação em rede, acessíveis em todos os níveis da administração pública por meio das tecnologias digitais democratizantes e participativas a fim de melhorar o gerenciamento público e aproximar o cidadão (cibercidadania) do Estado, para que colabore no seu desenvolvimento democrático.

No tocante, contudo, à relação de reciprocidade entre administração pública e cidadão, importante reconhecer que não obstante o arcabouço normativo referido e a tecnologia em rede disponível há uma dimensão sociológica a demonstrar que persiste grande insatisfação da sociedade brasileira com relação ao funcionamento do Estado.

Recente pesquisa do ICJBrasil⁸ de 2017 revela queda na confiança da população em praticamente todas as instituições analisadas, concluindo que a instituição menos confiável por parte da sociedade é exatamente o Estado brasileiro (governo federal), com apenas 6% de credibilidade.

Persiste uma cultura política não colaborativa dos brasileiros, advindo com isso insatisfação do cidadão com o funcionamento concreto de instituições como o Estado e demais descentralizações da administração pública e, por consequência, baixa adesão ao regime democrático delineado pela Constituição de 1988 (SWENSSON JR., 2018, p. 51-52),⁹ independentemente da disponibilização dos meios tecnológicos telemáticos e da legislação que lhe dá guarida.

Esse panorama fático ajuda a explicar o baixo interesse e a restrita participação popular na gestão administrativa no Estado, inobstante os mecanismos cibernéticos disponíveis e amparados em legislação correlata, diante de sentimento negativo da sociedade com o funcionamento da democracia e a baixa confiança de que gozam nossas instituições.¹⁰

⁸ Publicado em 24 de outubro 2017, ICJBrasil 2017: Confiança da população nas instituições cai. As instituições que mais tiveram queda no seu grau de confiança foram o governo federal, que passou de 29% para 6%, o Ministério Público, de 50% para 28%, e as grandes empresas, cuja confiança passou de 43% para 29%. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁹ Reportagem de 27/10/2017. Pesquisa aponta que brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina. Uma pesquisa realizada em 18 países da América Latina revelou que os brasileiros são os mais insatisfeitos com a democracia. Somente 13% dos brasileiros responderam estar “muito satisfeitos” e “satisfeitos” com ela, segundo o levantamento da Latinobarómetro. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41780226>. Acesso em: 13 mar. 2019.

¹⁰ Nos termos do Informe 2018, do Latinobarómetro, p. 54-55 (tradução livre do original em espanhol): “Os três países com menos confiança no governo são: Brasil, que é de apenas 7%, El Salvador, 10% e Peru, 13%. (...) Nenhum desses números é motivo de elogios ou aplausos. Os níveis de confiança caem na América Latina, independentemente da instituição ou país. Não há nada além de perda de legitimidade das instituições da democracia nos últimos anos. Países que têm menor grau de confiança são mais vulneráveis, sem dúvida. O caso do Brasil é emblemático, tem as menções mais baixas, incluindo as de confiança”. Disponível em: file:///C:/Users/Dr.%20Caio%20Sperandeo/Documents/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

Esta é uma reflexão importante para o Estado brasileiro desenvolver formas educativas e interativas (com auxílio dos mecanismos telemáticos e tradicionais) a serem inseridas no sistema educacional para fomentar os mecanismos de participação funcional da sociedade civil para auxiliar na fiscalização da administração pública, bem como coibir os abusos e descaminhos praticados, diante da necessidade de participação do cidadão para o desenvolvimento da democracia participativa expressa na Carta Constitucional 1988.

6 CONCLUSÃO

Verificam-se avanços quanto à disponibilização de informações em rede prestadas pela administração pública especialmente em decorrência da utilização das novas tecnologias digitais (Internet) ínsitas à sociedade da informação, bem como da obrigatoriedade legal para que instituições governamentais publiquem informações e dados de interesse geral em seus sites, configurando o que se pode denominar de cibertransparência.

O ambiente cibernético tem o condão de estimular a cibercidadania, que se materializa no sentimento de empoderamento do cidadão sobre o que se passa no âmbito da administração pública com relação aos atos praticados por quem exerce poder em nome do Estado, de ter acesso a informações padronizadas do Estado, de acompanhar e fiscalizar os mecanismos de aplicação (cognoscibilidade e controlabilidade).

As novas tecnologias da comunicação disponíveis possibilitam a adoção de uma democracia administrativa transparente na prestação de serviços públicos aos cidadãos, que respeite a publicidade dos atos oficiais, que preste contas da sua gestão, que coíba a corrupção e que cobre responsabilidade em todos os níveis de governo.

Necessário reconhecer que os recursos cibernéticos ligados à tecnologia da informação e da comunicação e a legislação correlata, embora indispensáveis, são insuficientes para gerar de *per se* o engajamento cívico para o funcionamento concreto da democracia participativa no país.

Cabe ao Estado brasileiro desenvolver processos educativos em seu sistema de ensino para esclarecer e fomentar os mecanismos de participação funcional da sociedade civil a fim colaborar com o aperfeiçoamento do Estado democrático, renovando-se a confiança em suas instituições.

7 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 19. ed. Brasília: Câmara dos Deputados; Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARDOSO, Gustavo. As causas das questões ou o Estado à beira da sociedade da informação. *Sociologia – Problemas e Práticas*, n. 30, 1999. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/cardoso-gustavo-causas-questoes.pdf>.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Fim do Milênio. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Vol. III.
- DA SILVA, José Afonso. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. *Revista do Advogado*, ano XXIII, n. 73, nov. 2003.

- DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios Constitucionais do Direito na sociedade da informação; a tutela jurídica do meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva 2015.
- KNIGHT, Peter T. *A internet no Brasil – origens, estratégia, desenvolvimento e governança*. Bloomington, Indiana, EUA: Authorhouse, 2014.
- LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. Por uma antropologia do ciberespaço. Tradução Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.
- LIMBERGER, Temis. *Cibertransparência – informação pública em rede a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedia. 2004.
- SWENSSON JR., Lauro Joppert. Notas sobre a Constituição transformadora democratizante. *Revista do Advogado*, ano XXXVIII, n. 140, nov. 2018.

Referências digitais disponíveis em:

- <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-paulo%20modesto.pdf>. Acesso em: 1º set. 2017.
- <http://oglobo.globo.com/pais/maioria-dos-tribunais-de-contas-descumpre-lei-de-acesso-8404774#ixzz2b-CokhNXd>. Acesso em: 6 ago. 2017.
- <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti>. Acesso em: 12 mar. 2017.
- http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf. Acesso em: 14 set. 2017.
- <http://bocc.ubi.pt/pag/cardoso-gustavo-causas-questoes.html>. Acesso em: 14 set. 2017.
- http://www.ip.pbh.gov.br/ANO4_N2_PDF/ip0402afonso.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.
- <http://www.noticiasbrasilonline.com.br/a-farra-dos-cartoes-corporativos-uma-pratica-herdada-pelo-pt-que-tem-que-ser-combatida-por-temer/>. Acesso em: 7 abr. 2017.
- <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41780226>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- file:///C:/Users/Dr.%20Caio%20Sperandeo/Documents/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.98-106>

Lições da Teoria da Reação Social Para o Estudo da Resistência aos Crimes de Estado

Vernon Araújo Corrêa Simões

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV – e especializado em Criminologia pelo Cesv. <http://lattes.cnpq.br/8815722218398945>. vernon.acs@gmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Realizou Estágio de Doutorado pela Universidade de Coimbra (2006). Docente no curso de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. <http://lattes.cnpq.br/3188834949695960>. thiagofabres@gmail.com

RESUMO

O propósito deste artigo é contribuir para a disseminação de um saber criminológico ainda restrito na academia brasileira: a criminologia de crimes de estado. A partir das produções teóricas de Green e Ward, a problemática que instigou esta pesquisa foi a possibilidade de resistir aos crimes de estado. A hipótese de que é possível articular resistência contra crimes de estado por meio de lições da teoria da reação social, é desenvolvida dialogando algumas dessas lições com a criminologia dos crimes de estado e com as consequências da reação social na resistência. A escolha da teoria da reação social decorreu da importância simbólica do “crime”, situando seu manejo pelas agências de controle, pela mídia e pela sociedade civil. Apesar da existência de alguns problemas que a utilização do símbolo “crime” pode trazer, estes são inerentes às disputas do campo hegemônico, restando aos atores sociais dar o tom da sua utilização.

Palavras-chave: Crimes de estado. Resistência. Reação social.

LESSONS FROM SOCIAL REACTION THEORY TO THE STUDY OF RESISTANCE TO STATE CRIME

ABSTRACT

The purpose of this article is to contribute to the dissemination of a still restricted criminological knowledge in the Brazilian academy: the criminology of state crimes. From the theoretical productions of Green and Ward, the problem that instigated this research was the possibility of resisting state crimes. The hypothesis that it is possible to articulate resistance against state crimes through lessons from the social reaction theory is developed by discussing some of these lessons with state crimes criminology and with the consequences of social reaction as resistance. The choice of the social reaction theory stems from the symbolic importance of “crime”, placing its management by the control agencies, the media and civil society. Despite the existence of the problems that the use of the symbol “crime” can bring, these are inherent in the disputes of the hegemonic field, leaving to the social actors to give the tone of their use.

Keywords: State crime. Resistance. Social reaction.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Criminologia de Crimes de Estado. 3 Crime: A Palavra Mágica. 4 O Símbolo como Resistência. 5 O Problema do Controle. 6 Conclusão. 7 Referências.

Recebido em: 9/12/2016

Aceito em: 20/8/2019

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é contribuir para a disseminação de um saber criminológico ainda restrito na academia brasileira: a criminologia de crimes de estado. A partir das produções teóricas de Green e Ward (State Crime: Governments, Violence and Corruption, 2004 e State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology, 2000), a problemática que instigou esta pesquisa foi a possibilidade de resistir, controlar e reduzir os crimes de estado.

A busca direcionada à resposta do problema na literatura especializada revelou a demasiada abrangência deste, desvelando a necessidade de restringi-lo para que uma investigação mais robusta pudesse ser feita. Muitas são as formas pelas quais os crimes de estado são percebidos (FRIEDRICHS, 2009-2010, p. 13), e também são muitas as possibilidades de resistência (FRIEDRICHS, 2009-2010; LASSLETT, 2012). Seu manejo completo exigiria optar por uma de duas possíveis ações: ou catalogá-las – incompatível com a pretensão científica da elaboração de um artigo – ou exauri-las – o que exigiria a elaboração de um tomo escrito por mais de uma mão.

Por tal razão, o problema levantado inicialmente sofreu dois recortes em sua estrutura. Tanto a forma de resistir ao crime de estado foi especializada, quanto a abrangência dos crimes de estados foi reduzida. Agora, o problema, adaptado às pretensões de uma pesquisa científica, tomou a forma que moldou o presente artigo sem deixar de exprimir a angústia do problema inicial: se é possível resistir aos crimes de estado praticados no estado de direito por meio da reação social direcionada.

Por ser um trabalho essencialmente teórico, o método investigativo ficou restrito à revisão bibliográfica dentro da produção criminológica – o que pode ser percebido na própria reformulação da problemática da pesquisa. Além da categoria criminológica de crimes de estado, partimos da análise do processo de reação social, observado pelas teorias interacionistas da reação social como forma de resistência. Ainda que em alguns pontos do artigo tenham sido levantadas leituras que apenas dialogam com (mas não compõe) essas áreas, foi neste campo do conhecimento que a investigação se pautou.

A narrativa construída com o objetivo de expor a pesquisa foi propositalmente ordenada, de forma que o primeiro tópico constituísse uma introdução à criminologia de crimes de estado, focando nas teorias de Green e Ward (2000, 2004). Logo, conceitos como crime, estado, crime de estado, desvio e dano, serão problematizados e explicados como são trabalhados no campo da criminologia de crimes de estado.

Munidos das ferramentas conceituais necessárias para a compreensão parcial da pesquisa, apresentamos o segundo tópico como uma preparação do por que escolher buscar na teoria da reação social lições para o estudo da resistência aos crimes de estado. Assim, o tópico versará sobre a importância simbólica da etiqueta “crime”, situando seu manejo pelas agências de controle, pela mídia e pela sociedade civil, completando o percurso inicial do trabalho.

Passamos, então, ao terceiro tópico, no qual a hipótese de que é possível articular resistência contra crimes de estado por meio de lições da teoria da reação social, é desenvolvida. O objetivo deste tópico é, além de tudo, dialogar postulados das teorias da reação social com os crimes de estado e com as consequências da criminalização das instituições oficiais de controle social pela sociedade civil.

O quarto e último tópico, antes da conclusão da pesquisa, tem a pretensão de tecer algumas considerações sobre possíveis problemas do uso do símbolo crime como meio de resistência aos crimes de estado. Essas considerações serão expostas com foco específico sobre a possibilidade de apropriação do símbolo por determinadas elites para se valerem de interesses próprios.

Por fim, será concluído que, apesar da existência de alguns problemas que a utilização do símbolo crime pode trazer, estes são inerentes às disputas do campo hegemônico, restando aos atores sociais dar o tom da sua utilização. Não é possível, entretanto, negar a existência de efeitos positivos que a apropriação desse símbolo pode trazer na resistência às violações ilegítimas de direitos humanos, principalmente àquelas cuja resistência é reivindicada por setores ideologicamente díspares da sociedade.

2 A CRIMINOLOGIA DE CRIMES DE ESTADO

Antes das escolas sociológicas do crime, o discurso dominante na criminologia foi o de que essa estaria adstrita ao estudo do crime como definido por lei. Não foram poucas as concepções que surgiram como tentativa de relativizar a epistemologia do crime. Willem A. Bongers, por exemplo, referia-se ao crime como um “sério ato antissocial ao qual o estado reage conscientemente pela infligência de sofrimento”, ou, também, Sutherland, que relacionou o conceito de crime aos conceitos de “injúria social”, “injusto” e “injúria ao estado” (*apud* SCHWEDINGER; SCHWENDIGER, 1980, p. 138).

A ruptura do limite epistemológico legalista do crime não ocorreu sem disputa. Paul Tappan, intelectual da criminologia tradicional, criticou os reformistas quanto à vagueza que a ruptura acarretaria, apontando sua insuficiência para definir os rótulos decorrentes do saber criminológico, defendendo que o conceito de crime permanecesse restringido à sua concepção legalista, para que ainda fosse possível manejar um estudo criminológico científico (*apud* SCHWEDINGER; SCHWENDIGER, 1980, p. 138).

Apesar, no entanto, de a concepção social representar uma ruptura aos limites epistemológicos da criminologia tradicionalista, ela ainda apresenta um limite às possibilidades de estudo dos crimes de estado. A concepção legalista é insuficiente para tratar de crimes de estado porque tranca o conceito de crime dentro das limitações ao próprio poder de punir do estado. A concepção social também é insuficiente porque o estado não age como indivíduo inserido em uma sociedade, mas, sim, como instituição.

Por essa razão, seria necessária uma nova visada ou ruptura epistemológica do crime para conseguir estudarmos crimes de estado. Assim, Green e Ward (2000) buscam entender o crime de estado independente dos critérios legais e sociais, utilizando como parâmetro o conceito de direitos humanos junto ao conceito de desvio.

Green e Ward (2000) destacam que não é sempre que crimes de estado serão afrontas aberrantes aos direitos humanos, podendo, muitas vezes, vir em forma de rotinas sustentadas no combate à criminalidade (a exemplo do “uso moderado da força”).

Para que seja possível definir o que são os crimes de estado, eles apontam a necessidade de diferenciar os conceitos de dano e de crime (GREEN; WARD, 2000, p. 104). Enquanto o conceito de dano é atrelado à ideia de injúria social, à mera causação do dano, o conceito de crime está preocupado com o dano causado em situações de desvio. Por isso a criminologia dos crimes de estado não pode ser confundida com a zemiologia, estudo dos danos sociais.

O crime de estado seria a união entre o dano – uma violação aos direitos humanos – e o desvio. O conceito de desvio, aqui, diferente de sua intenção original, não deve ser entendido apenas como comportamento desviante, mas, sim, como uma questão de legitimidade, averiguada na análise concreta das ações do estado sobre o parâmetro dos valores que o vinculam (sociais e institucionais) e suas regras/normas – uma questão de congruência (GREEN; WARD, 2000, p. 109).

O estudo dos crimes de estado não constitui apenas uma exposição da violência e da capacidade de desumanização que estruturas estatais podem exercer, mas, sim, o engajamento de um projeto de desmistificação de uma ideologia de poder, como bem afirma Ross *et al.* (1999, p. 277-278). Trabalhar com crimes de estado é, necessariamente, trabalhar com processos de poder que tornam algumas violações à direitos humanos crimes e outras não. Entender o objeto de estudo como fruto de processos de poder nos permite propor algumas intervenções a práxis que orientem o poder para direções de resistência.

A maioria dos crimes de estado passa despercebida pela população e, quando conseguem atenção (ou por grandes mídias ou por movimentos populares), eles costumam gerar escândalos (MARKOVITZ; SILVERSTEIN *apud* ROSS, 1998, p. 332) ou crises de legitimidade (HABERMAS *apud* ROSS, 1998). Para que seja possível fazer resistência aos crimes de estado, é necessário instrumentalizar a resistência para que estes crimes não sejam enxergados como exceções ao estado de direito, mas como crimes.

Uma das opções de instrumentalização da resistência aos crimes de estado é a possibilidade de torná-los objeto de controle. Como denota Ross (1999, p. 333), o controle é uma categoria de estudo dentro da administração pública, existindo um vasto conhecimento sobre técnicas e ações voltadas aos atos desviantes de departamentos governamentais. O problema reside no fato de ser costumeiro que intervenções da administração pública com o objeto de controlar resultem em novos crimes de estado.

Por isso, o meio sugerido para instrumentalização da resistência está no campo da reação social. Dentro do estado de direito, identificar determinadas ações estatais como crime pode exercer um efeito de controle – o mero identificar pode gerar reação social capaz de interferir na esfera política de forma a resistir ao crime de estado.

3 CRIME: A PALAVRA MÁGICA

As teorias da reação social foram inovadoras em seu tempo ao partirem da premissa de que a diferença no tratamento entre comportamentos devia menos à valoração social do que à definição legal que o definiu como criminoso ou não criminoso (BARATTA, 2002, p. 85-86).

Alguns dos problemas que tomam o esforço dos autores que trabalham as teorias da reação social são sobre quem é definido como desviante, sobre qual efeito decorre desta definição sobre o indivíduo, sobre quais condições este indivíduo precisa para se tornar objeto de uma definição e sobre quem define quem.

Aos leitores, no entanto, é necessário esclarecer que as teorias da reação social não têm por objeto a análise de desvios institucionais: são teorias sociológicas que se ocupam com as reações das instâncias oficiais de controle social e as reações sociais, considerando seu papel criminalizante de desvios. São teorias que estudam o efeito estigmatizante da atividade policial, jurisdicional e carcerária, e como a sociedade interage com o estigma.

As teorias da reação social são orientadas em duas direções: uma que estuda a “identidade” desviante, categorizada como desvio secundário (efeito da aplicação da etiqueta de criminoso), outra que estuda o problema da distribuição do poder de definição, principalmente nas agências de controle social (BARATTA, 2002, p. 89). A presente pesquisa abrirá mão da análise de criminalização secundária, com o intuito de dialogar, especialmente, sobre as premissas teóricas da distribuição do poder de definição – em especial referente à possibilidade do etiquetamento do estado pelo senso comum.

Ainda dentro dessa orientação das teorias da reação social, elencamos como alvo do diálogo o que, para Lemert (1967, p. 17), seria uma das duas questões mais importantes dentro de uma teoria da criminalidade: como os atos desviantes são ligados simbolicamente e as consequências dessa ligação para os atos desviantes sucessivos. A escolha pontual desse aspecto das teorias da reação social tem o intuito de dialogar seus postulados com um saber criminológico de vertente crítica, de forma que premissas epistemológicas não se desalinhem.

Para entender os processos de definição derivados do senso comum a partir das análises dos interacionistas fenomenológicas, é preciso compreender o desvio (não institucional) como um processo no qual alguns indivíduos inseridos em grupos interpretam determinado comportamento como desviante; assim, criam uma definição correspondente à uma pessoa cujo comportamento remeta a como o desvio é percebido e passam a tratá-la de forma diferenciada (KITSUSE, 1962, p. 94).

Para começar uma reação social, é necessário que o comportamento desviante consiga intervir na rotina, criando alguma forma de indignação, irritação ou embaraço (BARATTA, 2002, p. 95). Não basta o simples desvio. A dimensão simbólica que o desvio recebe ao desencadear uma reação social, no entanto, é o que denota o diálogo pretendido entre as teorias nesta pesquisa.

A reação social exige que o comportamento desviante e indignante seja definido como tal. Esse processo de definição é condicionado socialmente a análises de situações anteriores, somente se realizando em razão da função simbólica que ele exerce (BARATTA, 2002, p. 97). Uma situação somente é considerada passível de gerar reação social se assemelhar-se a algum referente simbólico de situação anteriormente prevista como passível de reação social.

Ao analisar essa estrutura associativa, a dúvida que paira é como as situações anteriores são simbolicamente reconhecidas na situação nova. Para os interacionistas, a linguagem simbólica das situações anteriores constitui o próprio fundamento da situação nova. Se não houvesse símbolos já cristalizados, a situação nova sequer seria reconhecida como desviante.

É mais fácil pensar nesta estrutura quando passamos para o âmbito jurídico. Essa facilidade decorre da semelhança estrutural na qual se produzem novos “símbolos jurídicos”: pela utilização de analogias e precedentes utilizamos símbolos criados por situações anteriores (precedentes ou normas) para significar uma nova situação que nos é apresentada.

A figura jurídica do crime, no entanto, possui uma capacidade simbólica ímpar. Por algum motivo, o crime tomou o espaço do imaginário coletivo como objeto de asco. Quando uma conduta é criminalizada, a reação social deixa de reagir a um fato desviante, passando a reagir a seu novo significante: o crime. A situação não mais precisa ser desviante ou indignante, pois o rótulo crime as garante como tal. Basta o rótulo de crime e a indignação é criada, não mais fazendo parte fundamental da equação da reação social (excluindo grupos onde estão presentes técnicas de neutralização). Por que, porém, o crime ocupa esse espaço simbólico?

Christie (2011, p. 33-49) responde que nas sociedades modernas vivemos na monoinstitucionalização do paradigma/instituição do comércio, da produção e da circulação de dinheiro. Essa monoinstitucionalização ocasiona a criminalização de condutas conforme dá valor simbólico ao crime. Podemos ver essa valorização do crime como palco de disputa política, a punição como principal medida mantenedora da ordem pública e a constante criação dos inimigos públicos (2011, p. 65-66).

O papel simbólico que o crime assumiu como palco político ocorreu em razão da ausência de outros espaços públicos que garantissem a mesma legitimidade para outras pautas em estados enfraquecidos. O crime como símbolo consegue dar legitimidade para ações que dizem representar múltiplos grupos diferentes, independente de determinadas pautas políticas.

4 O SÍMBOLO COMO RESISTÊNCIA

O crime como símbolo está posto, mas padece da exclusividade que o estado detém sobre a sua concepção legalista. A tomada do símbolo por meio do saber criminológico apresentado, no entanto, é exatamente o que se propõe aqui. A utilização do símbolo crime para gerar reação social ante a violações desviantes dos direitos humanos por parte do estado, é um caminho de resistência.

Não é fácil tomar esse símbolo – ainda mais pela quantidade de tempo em que ele ficou sobre domínio do Estado. Por isso, são necessárias formas de instrumentalizar a sua apropriação, resolvendo a questão de como a sociedade civil pode apropriar em sua linguagem comum o símbolo crime de estado.

A disputa é pelo campo da hegemonia, que se refere a uma ordem falada da linguagem moral comum (GREEN; WARD, 2004). É necessário incutir no pensamento hegemônico que violações ilegítimas aos direitos humanos correspondam a crimes de estado. Para isso, é necessário que, no pensamento hegemônico, essas violações assemelhem-se ao referente simbólico crime.

A mais importante lição de Gramsci (1971) é a relevância que ele dá para a sociedade civil em sua capacidade de disseminar essa linguagem moral comum. Essa hegemonia representa um espaço entre a estrutura estatal e as esferas particulares que costuma ser ocupado por organizações, como associações, coletivos, grupos religiosos, a grande mídia e a academia (GREEN; WARD, 2004, p. 4).

Esses grupos criam opiniões e têm objetivos com os que tentam influenciar a opinião pública e as estruturas governamentais. São instituições extraoficiais de controle que têm a capacidade de etiquetar condutas não desejadas e modificar o comportamento daqueles etiquetados. Para que a reação social seja um meio de resistência, a criminalização do estado deve partir de grupos organizados, capazes de disputar o campo da hegemonia.

Diferentemente da pretensão abolicionista de abrir mão do campo simbólico que rodeia o sistema penal, para que esse tipo de resistência funcione é necessário abraçar a existência do símbolo crime. É preciso que instituições extraoficiais de controle que desejam ser grupos de resistência utilizem o crime como o palco político que ele representa. Ao utilizar do símbolo crime para combater violações ilegítimas dos direitos humanos por parte do Estado, a adoção de estratégias de criminalização secundária torna-se obrigatória. É preciso criar cerimônias degradantes para ritualizar a criminalização do Estado.

Para teóricos da reação social, as cerimônias degradantes são rituais que submetem o indivíduo desviante para tomar sua identidade original e transformá-lo em um indivíduo criminoso (SHECARIA, p. 313-315; DIAS; ANDRADE, 1992, p. 350). Essa cerimônia é o processo pelo qual a associação de símbolos relacionados ao crime é atribuída a uma nova conduta ou a uma nova pessoa.

Ao resistir aos crimes de estado, instituições extraoficiais de controle devem criar seus próprios rituais de criminalização, uma vez que não disporá do processo criminal, alicerce das cerimônias degradantes. Esses rituais devem ocupar espaços públicos, reivindicando pela fala o reconhecimento das violações ilegítimas aos direitos humanos como crime, com o único intuito de fortalecer um novo símbolo. Ao fortalecerem o símbolo crime de estado, estarão criando um referente simbólico para que novas situações sejam associadas ao símbolo, moldando a linguagem moral comum bem como a própria moral comum. Assim, o próprio símbolo apropriado vira uma fonte de resistência.

5 O PROBLEMA DO CONTROLE

Apesar da possibilidade de apropriação do símbolo crime em prol da criminalização do estado, é necessário considerar as possibilidades de que a apropriação ocorra por determinados grupos para cumprir agendas próprias.

Para Ross (1998, p. 332), quando crimes de estado são reconhecidos como tal três situações costumam acontecer. A primeira é a tentativa de controle externo por parte de instituições extraoficiais de controle, que buscam criar reação social suficiente para influenciar nas estruturas estatais (controle simbólico). A segunda é a tentativa de controle interno por parte das próprias estruturas estatais, que busca responder à reação social promovida a fim de contornar uma crise de legitimidade (controle tangível). A terceira situação consiste nas consequências específicas dessas intervenções.

É muito comum que tentativas de controlar crimes de estado resultem em outros crimes de estado. É uma dicotomia natural e necessária do controle em razão da sua natureza dialética. Por exemplo, a omissão proposital de segurança pública em determinados locais pode ser respondida com aumento da segurança pública, criando problemas referentes ao uso de força ilegal.

O problema passa a ser real quando o controle é recheado de intenções de grupos específicos, podendo chegar até à censura de algumas instâncias extraoficiais, participantes políticos ou ativistas por outros. Ao retomar ao exemplo, se a reação social causada pela omissão proposital de segurança pública for guiada por instituições ou pessoas ligadas a empresas do setor armamentista, é provável que a resposta não atenda aos anseios da sociedade civil.

Outro problema é o papel que a grande mídia pode exercer na reação social. Apesar de sua essencialidade na exposição dos crimes de estado, seu envolvimento pode acarretar direcionamentos que não atendam interesses sociais. É comum que as grandes mídias sejam controladas por empresas que estão politicamente alinhadas com o estado (ROSS, 1998, p. 335), e seu grau de exposição sobre os fatos é proporcional ao alinhamento.

Ainda, sobre as grandes mídias, é preciso ressaltar que a própria exposição dos crimes de estado é seletiva (assim como ocorrem com os crimes comuns), o que pode levar a utilização do símbolo crime para guiar seletivamente a reação social, a fim de favorecer interesses particulares ligados à economia ou a política.

Se por um lado as grandes mídias têm recursos e divulgação suficiente para fazer esse controle, por outro ele é exercido de forma direcionada a interesses de ordem financeira (lucro na divulgação) ou ideológica (aliança com governos). Ainda, apesar da crescente democratização do conhecimento por intermédio de meios alternativos de informe proporcionados pela internet, a ramificação das informações oriundas desses meios ainda não é suficiente para mobilizar forças de controle (ROSS, 1999, p. 335).

Resistir e controlar os crimes de estado requer constante exercício de criticidade. É necessário entender quais processos de disputa por poder permeiam as tentativas de resistência e controle, e como a influenciam. É preciso pensar quais instituições extraoficiais de controle estão realizando as cerimônias degradantes e porque fazem isso, reconhecendo posicionamentos ideológicos.

Os problemas elencados, no entanto, são problemas que já permeiam qualquer área que tangencia o campo hegemônico: sempre existirão cabos de força disputando símbolos de poder. Apesar disso, ainda teremos crimes de estado cuja resistência será reivindicada independentemente de disputas hegemônicas (por exemplo, as violações de direitos básicos como saúde e educação).

6 CONCLUSÃO

Ao olharmos para a estrutura associativa das situações desviantes dentro das teorias da reação social, percebemos a possibilidade de utilizar a linguagem simbólica, que permeia o símbolo crime, com o intuito de ressignificar violações ilegítimas dos direitos humanos. Para isso, atribuir às violações o rótulo de crime é a conexão que fundamentará como a nova situação (crime de estado) será percebida.

Para que essa simbologia incorpore o senso comum, permeando a linguagem moral comum, é necessária intervenção de instituições extraoficiais de controle. Essas instituições poderão recorrer às chamadas cerimônias degradantes, mas de forma adaptada à sua realidade extraoficial (sem processo criminal). Essas cerimônias deverão buscar que o reconhecimento das violações ilegítimas de direitos humanos ocupe espaços públicos, lutando por um lugar na linguagem moral comum.

O problema dessa estratégia de resistência aos crimes de estado é a possibilidade de que instituições extraoficiais de controle passem a usar da linguagem simbólica com o objetivo de direcionar novas criminalizações, ou dispersar criminalizações que deveriam ser feitas. Apesar desse problema, existente em qualquer disputa hegemônica, a criminalização de violações ilegítimas de direitos humanos por parte do estado ainda é capaz de exercer o efeito de resistência pretendido.

7 REFERÊNCIAS

- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- CHRISTIE, N. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- FRIEDRICH, D. O. On Resisting State Crime: Conceptual and Contextual Issues. *Social Justice*, v. 36 n. 3, p. 4-27, 2009-2010. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/29768546?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 8 nov. 2016.
- GRAMSCI, A. *Selections from the Prison Notebooks*. Londres: Lawrence & Wishart, 1971.
- GREEN, P. J.; WARD, T. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 n. 1, p. 101-114, 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/29767193>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- GREEN, P. J.; WARD, T. *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. London: Pluto Press, 2004.
- KITSUSE, J. I. Societal reaction to deviant behavior: problems of theory and method. *Social Problems*, v. 9 n. 3, p. 247-256, 1962. Disponível em: <http://socpro.oxfordjournals.org/content/9/3/247>. Acesso em: 8 set. 2016.
- LASSLETT, K. Power, Struggle and State Crime: researching through resistance. *State Crime Journal* v. 1, n. 1, p. 126-148, 2012. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/41917774?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 9 set. 2016.
- LEMERT, E. M. *Human Deviance, Social Problems, & Social Control*. Nova York: Prentice Hall, 1967.
- ROSS, J. I. Situating the academic study of controlling state crime. *Crime, Law & Social Change* v. 29, 4, p. 331-340, 1998. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1023%2FA%3A1008248216731>. Acesso em: 6 jun. 2016.
- ROSS, J. I. *et al.* The State of State Crime Research – a commentary. *Humanity & Society*, v. 23 n. 3, p. 273-281, 1999. Disponível em: <http://has.sagepub.com/content/23/3/273.full.pdf+html>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- SHECARIA, S. S. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Edita Revista dos Tribunais, 2011.
- SCHWENDIGER, H.; SCHWENDIGER, J. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. (org.). *Criminologia crítica*. Tradução Juarez C. S. e Sergio T. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.107-127>

O *Revenge Porn* no Brasil e as Consequências da Criminalidade Digital Para os Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes: Uma análise a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça

Felipe da Veiga Dias

Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) com período de doutorado-sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e do curso de Direito da Faculdade Meridional (Imed) – Passo Fundo/RS, Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social” (Imed). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/6961580388113058>. felipevdias@gmail.com

Iuri Bolesina

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional (Imed). Coordenador e professor da Faculdade Meridional – Imed. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/8192666406729110>. iuribolesina@gmail.com

RESUMO

O estudo em pauta tem como tema o *revenge porn* e os direitos humanos de crianças e adolescentes, de modo que para delimitar a abordagem especifica-se a pesquisa a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça no período entre 2014 e 2016. Assim, adota-se como problema de pesquisa como e de que maneira são atingidos os direitos humanos de crianças e adolescentes por meio do *revenge porn*, bem como de que modo se dá a resposta judicial a tais demandas. Esse questionamento busca ser respondido com auxílio do método indutivo de abordagem, juntamente com o método de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa da documentação indireta. Desse modo, conclui-se que direitos humanos de crianças e adolescentes encontram-se atingidos pela conduta do *revenge porn*, tais como dignidade humana, direitos de personalidade e liberdade. Ademais, por vezes, o *revenge porn* é auxiliado por outros crimes digitais (*sexting* e *cyberbullying*), gerando danos sociais, físicos e psicológicos aos infantes, além de atualmente contar com respostas simplificadas e insuficientes tanto na via jurisdicional quanto política, uma vez que não existe um planejamento para atuações em relação ao tema, tampouco se observa a compreensão de ações que superem as respostas punitivas ou demagógicas.

Palavras-chave: *Revenge porn*. Direitos humanos. Crianças e adolescentes.

REVENGE PORN IN BRAZIL AND THE CONSEQUENCES OF THE DIGITAL CRIMINALITY FOR THE HUMAN RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: AN ANALYSIS FROM THE DECISIONS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

The study in question has the theme *revenge porn* and the human rights of children and adolescents, so that to delimit the approach is specified the research from the decisions of the Superior Court of Justice in the period between 2014 and 2016. Thus, adopts as a research problem how and in what way human rights of children and adolescents are achieved through *revenge porn*, and how the judicial response to such demands is achieved. This questioning seeks to be answered with the aid of the inductive approach method, together with the monographic procedure method and the research technique of indirect documentation. In this way, it can be concluded that human rights of children and adolescents are affected by the conduct of *revenge porn*, such as human dignity, personality rights and freedom. In addition, sometimes *revenge porn* is aided by other digital crimes (*sexting* and *cyberbullying*), generating social, physical and psychological damages to infants, and currently has simplified and insufficient answers both in the jurisdictional and political routes, since there is no planning for actions in relation to the theme, nor is there an understanding of actions that overcome punitive or demagogic responses.

Keywords: *Revenge porn*. Human rights. Children and adolescents.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O *Revenge Porn* Segundo a Leitura do Superior Tribunal de Justiça de 2014 a 2016. 3 O *Revenge Porn* Como Ato de Violência Contra a Infância. 4 Enfrentamento da Criminalidade Contra Crianças e Adolescentes na Internet: *Sexting*, *Cyberbullying*, *Revenge Porn* e Novas Formas de Violência *On-line*. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 3/6/2017

Aceito em: 28/8/2017

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo adota como tema o *revenge porn* (ou pornô de vingança) e as afetações aos direitos humanos de crianças e adolescentes, tendo como ponto de partida as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Isso significa que apesar de o debate encontrar-se situado em um ambiente global, tentar-se-á concentrar os efeitos no âmbito nacional, a fim de compreender as ferramentas disponíveis diante das violações ocorridas e quais os instrumentos de ação a partir desse mesmo contexto.

Assim, tem-se como questionamento de pesquisa, como e de que maneira são atingidos os direitos humanos de crianças e adolescentes por meio do *revenge porn*, bem como de que modo se dá a resposta judicial a tais demandas.

Essa reflexão encontra-se inserida na dinâmica das novas demandas advindas do processo de inserção digital, a qual é considerada necessidade educativa na formação de crianças e adolescentes, mas traz consigo toda uma nova gama de riscos inerentes a tal atuação. Em síntese, as vantagens comunicativas e de acesso à informação com o uso da Internet comportam igualmente outras maneiras de lesar direitos humanos de crianças e adolescentes, uma vez que ocorre a ampliação dos espaços de desenvolvimento de relações sociais e, por conseguinte, os abusos se modificam para adaptar-se a outros formatos.

A fim de responder às indagações projetadas, adota-se como metodologia de abordagem o estudo indutivo, tomando-se inicialmente as decisões do Superior Tribunal de Justiça para, com base nos casos concretos, traçar considerações mais abrangentes sobre o *revenge porn* e os danos a infantes. Junto ao método de abordagem colaciona-se o método de procedimento monográfico, visto que não se pretende realizar um estudo dogmático ao estilo de um manual, ou seja, almeja-se o aprofundamento em uma reflexão pontual sobre o tema escolhido.

Por fim, cabe menção à técnica de pesquisa que se soma aos métodos supramencionados, de documentação indireta com ênfase bibliográfica. Nesse sentido, são utilizados livros, artigos e pesquisas de dados sobre o *revenge porn* e sua atuação contra crianças e adolescentes, destacando-se que tais fontes são adicionadas aos julgados do Superior Tribunal de Justiça na averiguação da resposta judicial a essa nova demanda da infância no país.

2 O REVENGE PORN SEGUNDO A LEITURA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 2014 A 2016

A apreciação do tema do *revenge porn* pelo Superior Tribunal de Justiça parte da definição das palavras-chave para a busca, sendo salutar enfatizar que as bases deste estudo não revelaram nenhuma ocorrência, ou seja, a tentativa de localização com base nos termos “*revenge porn*” ou “pornô de vingança” não resultaram em ocorrências conforme o sistema de decisões da Corte.

Diante da negativa inicial, a qual denota uma primeira consideração, de que o termo central do estudo ainda não é adotado no debate judicial, passou-se a traçar alternativas. Nesse norte optou-se por buscar os termos “vídeo” e “ex-namorado”, os quais remetem à essência do termo original, embora possam abarcar situações similares, obtendo-se como resultado três decisões, as quais se situam entre os anos de 2014 e 2016 (BRASIL, 2017a).

A adoção de termos mais abrangentes como “Internet” e “imagens íntimas” aumentou o volume de ocorrências para 13, porém surgiram situações completamente afastadas do assunto em debate, tais como casos de homicídio ou extorsão, os quais não detinham nenhuma relação com questões afetivas ou mesmo sexuais, tampouco com conflitos realmente situados no universo da Internet (na grande maioria a rede mundial de computadores aparece apenas como menção ao dispositivo de divulgação de informações ou imagens sem, contudo, detalhar a sua relevância para o caso concreto) (BRASIL, 2017b). Ademais, como havia outro fator de especificidade, crianças e adolescentes, restava a necessidade de inserir este público na busca em apreço.

Com base na carência supramencionada definiram-se os termos “nudez”, “vídeo” e “adolescentes”, obtendo-se outros três resultados distintos da primeira linha de busca (BRASIL, 2017c), fator este que indicou uma boa delimitação de tempo, uma vez que inexitem decisões sobre o assunto anteriores a 2014 e, no corrente ano, ainda não foram documentadas ocorrências no Superior Tribunal de Justiça envolvendo infantes e a divulgação de conteúdos íntimos.

Situam-se, portanto, cerca de duas decisões por ano, cada uma delas resultante da primeira e terceira busca, conseqüentemente. Seguindo a ordem cronológica, passa-se ao exame das decisões aludidas, começando pelo ano de 2014, mais precisamente com o *habeas corpus* n. 298504 (Caso 1), o qual foi impetrado contra ordem que determinou a prisão preventiva de um policial militar acusado de praticar os crimes de pornografia infantil (artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente), aliciamento para fins libidinosos (artigo 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente) e tentativa de estupro (artigo 213 do Código Penal) (BRASIL, 2014a).

Na situação em apreço não existia um relacionamento entre os envolvidos, mas se trata da divulgação de imagens íntimas da adolescente no ambiente *on-line*, em realidade, a ocorrência do julgado se dá em razão das tentativas de coerção da vítima (adolescente) terem ocorridos via rede social (Facebook), bem como as condutas realizadas serem compatíveis com fatos usualmente desempenhados nos casos de *revenge porn*. Em resumo, apesar de não existir uma relação entre os envolvidos, havia a tentativa de coerção pela divulgação das imagens da adolescente nua, como forma de compelir à execução de atos sexuais ou libidinosos com o acusado (BRASIL, 2014a).

Embora o autor da conduta não tenha conseguido perfectibilizar o ato de proliferação do conteúdo por circunstâncias alheias a sua vontade (intervenção da genitora da adolescente junto a unidade de Crimes Cibernéticos), claramente, conforme apresentam os ministros do Superior Tribunal de Justiça, ele realizou a conduta contra mais de um infante de forma reiterada, bem como utilizou-se da sua posição (e dos materiais) como agente do Estado (capitão da polícia) para perpetrar a sua ação (BRASIL, 2014a).

Neste primeiro caso podem-se inferir algumas considerações: a) o fato realizado e as condutas anteriores (reiteração por parte do autor) imputadas foram todas perpetradas contra adolescentes do sexo feminino; b) a Internet foi utilizada como mero veículo para realização das ameaças e para coagir a vítima; c) não houve a exposição das imagens íntimas na rede, pois toda a estrutura de aliciamento para prática de atos sexuais ou libidinosos baseava-se no temor pela divulgação e não em um intuito de humilhar ou punir a vítima.

A segunda decisão, ainda no ano de 2014, trata de um Recurso Especial n. 1475686 (Caso 2), todavia encontra-se aqui um falso resultado positivo. Explica-se: na situação em concreto ocorreu um estupro com presunção de violência (anterior à legislação atual em que a presunção é absoluta), tendo o réu sido absolvido, uma vez que a vítima tinha experiência sexual e consentiu com os atos praticados. Apesar de apresentar posicionamento considerável acerca da visão dos ministros sobre a vítima em crimes sexuais (há claramente a apreciação da vida sexual pregressa da vítima como forma de exclusão da responsabilidade do autor – maior de idade), não há qualquer menção a conteúdos íntimos, à Internet ou mesmo a registro de atos sexuais ou libidinosos entre as partes (BRASIL, 2014b).

Logo, o aparecimento do julgado ocorreu tão somente porque o acusado deu um “vídeo” game à vítima, e foi relatado um relacionamento anterior com outro adolescente, fazendo menção à palavra “ex-namorado”, gerando assim ao menos duas palavras de busca diferentes, mas que não se encontravam no contexto da pesquisa, motivo pelo qual se deixa de apreciar tal decisão.

Em continuidade, já no ano de 2015, ocorre novo resultado descartável, mais especificamente o habeas corpus n. 324343 (Caso 3), tendo em vista que o paciente tenta mover a ação impugnativa para impedir a sua prisão preventiva, em razão das acusações de possuir e divulgar materiais contendo infantes em cenas sexuais ou libidinosas na Internet. Inexiste, entretanto, na narrativa menção a vítimas, de forma que o caso não possui sujeitos identificados (não existe relação entre autor e vítimas), e embora o autor esteja sendo processado criminalmente, não há relato sobre as crianças ou adolescentes envolvidos, o que acaba por impossibilitar uma análise mais aprofundada da questão (BRASIL, 2015a).

No segundo julgado do mesmo ano com base em um Conflito de Competência n. 13455 (Caso 4), havia a ocorrência de fatos criminosos contra crianças e adolescentes que contavam com o compromisso internacional do país em coibi-los (violação de ordem sexual envolvendo criança ou adolescente, bem como delitos ligados à pedofilia e pornografia infantil), por meio de tratados de direitos humanos. Com base no caráter transnacional dos crimes realizados *on-line* contra infantes, consolidou-se o embate em torno da competência da matéria (BRASIL, 2015b).

Transpassado o viés decisório acerca da competência federal da matéria, restou evidenciado que, no caso, um adolescente após o término de um relacionamento divulgou em dois sites – Youtube e Xvideos – vídeo envolvendo ele e sua ex-namorada, também adolescente, em cena de sexo. “Quando do término do namoro, o investigado passou a ameaçar a ex-namorada de que iria expor o vídeo na Internet caso não reatassem o relacionamento”, fato este que se consumou, sendo posteriormente retirado do ar o vídeo do site Youtube, porém o mesmo não ocorreu em relação ao segundo endereço eletrônico (Xvideos), o qual se encontra hospedado fora do país (BRASIL, 2015b).

O adolescente autor das infrações foi imputado pelos artigos 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e 147 do Código Penal, haja vista que postou em dois sites diferentes vídeo contendo menores de idade realizando atos sexuais ou libidinosos, e em especial, no caso concreto, realizou tal ato a fim de coagir a vítima a retomar um relacionamento, usando de ameaças contra ela (BRASIL, 2015b).

Nesse sentido, apura-se que: a) apesar de não ser o autor da infração um produtor ou consumidor regular de material pornográfico envolvendo infantes, acabou por realizar o disposto no tipo penal a fim de atingir a vítima expondo sua intimidade *on-line*; b) a Internet é relatada como um meio de divulgação dos materiais e que pode ter amplitude de acesso global; c) novamente o ato se perpetuou contra adolescente do sexo feminino, por parte de autor do sexo masculino; d) a coação tinha a finalidade de obrigar a vítima a reatar relacionamento findado, sendo a ameaça pautada na humilhação e temor causado pela divulgação do material íntimo do casal.

Os dois últimos julgados ocorreram no ano de 2016, com o primeiro sendo novamente passível de descarte, tendo ocorrido um Agravo em Recurso Especial n. 828064 (Caso 5), contando com situação de posse e divulgação de material pornográfico contendo crianças e adolescentes (artigo 241 – A do Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 2016a), porém, tal qual a situação do Caso 3 de 2015, inexistente no processo relato específico sobre vítimas, não há imputação de quem ou quantas pessoas teriam sido lesadas, tampouco existia relação entre autor e vítimas, fatos estes que incompatibilizam a apreciação do caso junto ao tema do estudo.

Por fim, a última decisão diz respeito ao *habeas corpus* n. 361038 (Caso 6), no qual Sidney chantageou sua ex-namorada para realização de atos sexuais sob a ameaça de divulgação de cenas íntimas do casal, o qual não mantinha mais o relacionamento. O acusado, inclusive, chegou a confirmar as ameaças ao expor vídeo/fotografia na rede social “Aloja Insano”, a fim de manter a atuação criminosa contra a vítima (BRASIL, 2016b).

Apesar de o caso em apreço tratar de situação tipicamente enquadrada no assunto em debate, acaba por não lidar com o envolvimento de crianças ou adolescentes, motivo pelo qual não traz contribuição pontual à pesquisa. Cabe mencionar, entretanto, que a posição dos ministros foi de enfatizar que a conduta realizada supera os limites da violação jurídico-penal, consumando-se em infração ética considerável, pois expôs “odiosamente a privacidade dela, em claro desrespeito aos mais comezinhos predicados de ética, moralidade e decência” (BRASIL, 2016b).

Assim sendo, o quadro *a priori* projetado pelos casos apreciados no Superior Tribunal de Justiça denota que diante da ausência de previsão específica sobre as violações da intimidade sexual, os fatos que envolvem a divulgação de vídeos ou fotografias de crianças e adolescentes vêm sendo coibidos com base em figuras já previstas do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 241-A, B e D), sendo ainda aplicados dispositivos residuais do Código Penal. Isso indica que a parca compreensão do fenômeno do *revenge porn* não impede a atuação coercitiva do Estado, ao menos nos casos demandados até o momento, por parte da Corte. Embora se deva apontar que a falta de uma imputação específica pode causar a ausência de adequação típica da conduta, isso conduz à mera cogitação com base na concepção da cifra negra da criminalidade.¹

¹ [...] “a cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social” (SANTOS, 2006, p. 13).

Dito isso, a falta de uma previsão jurídica específica sobre a conduta e, ainda, a ausência de utilização da nomenclatura sobre o fato demonstram sua característica incipiente no campo jurídico, mas revelam também a ocultação no reconhecimento jurídico dessa espécie de lesão aos direitos humanos de crianças e adolescentes, em especial, conforme restou percebido nos julgados, jovens mulheres.

Após a percepção inicial do Superior Tribunal de Justiça passa-se ao aprofundamento dos elementos da conduta do *revenge porn*, de modo a interconectar as decisões com as construções doutrinárias sobre o tema.

3 O REVENGE PORN COMO ATO DE VIOLÊNCIA CONTRA A INFÂNCIA

O parco volume de decisões do Superior Tribunal de Justiça não significa a inexistência do problema em questão, mas já revela um dos motivos pelos quais os pesquisadores que se debruçam sobre o tema adotam uma nomenclatura diversa do *revenge porn*, a qual aqui é posta como chamariz ao assunto, embora concorde-se com a adoção massiva do termo em inglês NCII ou Disseminação Não Consensual de Imagens Íntimas (VALENTE *et al.*, 2016, p. 6). Essa denominação é mais abrangente e inclui na ótica do estudo situações que não se revestem de vingança ou mesmo de frustração após o fim de um relacionamento, mas toda e qualquer conduta que tenha por objetivo expor a vítima em sua intimidade, especialmente com conotação sexual ou erótica.

Dito isso, reforça-se a concordância com a terminologia internacional, remetendo-se ainda ao termo *revenge porn* neste estudo como forma de trazer enfoque e atenção à matéria, bem como manter a aderência ao título/tema da pesquisa.

Destarte, a concepção do *revenge porn* está associada usualmente com a veiculação de imagens ou vídeos de sexo ou nudez, postadas na Internet por pessoas que findaram relacionamentos ou mesmo parceiros sexuais ocasionais, sem a autorização da outra parte (o que remete à palavra vingança contida na expressão) e, por vezes, contendo dados de identificação (nome, endereço, telefone, página de rede social, etc.) (CALVERT, 2015, p. 677).

Em razão de a conduta ser realizada no universo *on-line*, acaba por gerar reações no sentido de minorar seu impacto, sendo tal postura ainda atrelada à visão de cindir os mundos do “real” e do “virtual”, observando-se que pesquisadores alertam para a armadilha metodológica que é manter tal perspectiva (VALENTE *et al.*, 2016, p. 10). Dessa forma, tem-se como pressuposto de compreensão do assunto em pauta a ausência de divisão entre as esferas virtuais e reais, haja vista que as bases normativas e éticas são idênticas, pois em ambos os ambientes se desenvolvem relações humanas (DIAS, 2016, p. 221), bem como se poderia inferir que os efeitos das ações no mundo virtual estendem-se à “vida real” (não há barreira de contenção).

A extensão dos efeitos na Internet é potencializada, tendo em vista que a confecção dos conteúdos é realizada usualmente de forma livre e voluntária, o que disponibiliza materiais íntimos capazes de revelar diversos aspectos pessoais do indivíduo, mas em contrapartida a divulgação dos mesmos conteúdos eróticos não conta com o consentimento da outra parte, objetivando com isso punir as vítimas ou mesmo provocar-lhes alguma espécie de dor e constrangimento (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 667). Desse modo, a conduta realizada pelos

autores tem como finalidade atingir a vítima não somente em sua *persona* virtual e sim na sua integralidade, ou seja, tanto em seu perfil digital quanto no mundo real, pois se não fosse assim não haveria motivos para divulgação de informações pessoais e contatos diretos da pessoa exposta nas imagens e vídeos.

Esse prisma delinea que a prática do *revenge porn*, conforme afirmam Faria, Araújo e Jorge (2015, p. 661), encontra seu elemento mais impactante não na revelação da nudez ou do ato sexual e, sim, na quebra de confiança que expõe a perda do controle sobre o próprio corpo e, desse modo, atinge o ser humano em sua intimidade ou na própria concepção subjetiva e objetiva (pública) ao mesmo tempo.

A perda do controle sobre a intimidade e a vida pessoal, entretanto, causa uma corrente de danos à pessoa exposta, visto que além das possibilidades de ataque virtual, a divulgação de informações pessoais possibilita que as invasões se concretizem em ações diretas, como perseguições ou até mesmo violações de ordem sexual. Demonstrações disso podem ser observadas em ao menos dois dos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente os casos 1 e 4, que apresentam igualmente atuações dos autores *in concreto*, denotando que além das proliferações de materiais privados das vítimas, também ocorreram ameaças e coerções para retomadas de relacionamentos ou até mesmo para a prática de atos sexuais ou libidinosos (BRASIL, 2014a, 2015b).

O contexto anteriormente descrito revela dois aspectos nucleares da conduta: a) a necessidade de reconhecimento do *revenge porn* como forma de violência; b) os efeitos concretos sobre as vítimas para além da exposição da intimidade *on-line* e como tais fatos ampliam o sofrimento produzido pela conduta.

Quanto à primeira afirmativa, registra-se que há resistência por parte de pesquisadores que não acreditam que se possa categorizar as incursões *on-line* como violência. Ainda assim, contrapõe-se a tal concepção de violência, a qual é entendida como limitada, pois se trabalha com a compreensão ampla de violência, englobando desde aspectos físicos até psicológicos, em especial quando se tem um estudo focado no público infanto-adolescente (BINS; PANICHI; GRASSI-OLIVEIRA, 2016, p. 333-335).

Outrossim, ao tratar a violência de forma abrangente pretende-se convergir nuances de violência física, sexual, psicológica, entre outras variações, para o mesmo denominador comum: é imperioso combater práticas que violem direitos humanos de crianças e adolescentes. Tendo como base a visão de que o ambiente da Internet não passa de outro ambiente para relações humanas, novas formas de violência são capazes de se concretizar neste local, de maneira que a mutação das práticas deve ser acompanhada pela transformação conceitual do que pode ser concebido como violência. Até mesmo porque ao ignorar os danos causados ao infante por condutas violentas (em todos os seus níveis), compromete-se forçosamente o seu processo peculiar de desenvolvimento e, mais especialmente, sua saúde (seja física ou mental) (BINS; PANICHI; GRASSI-OLIVEIRA, 2016, p. 332).

Não bastasse tal linha argumentativa, aduz-se também que existem razões simbólicas na declaração de ações como o *revenge porn* como violentas, posto que “existe aparentemente um efeito performativo no nomear tais práticas como violentas, que é chamar para a questão da atenção que a cultura dá para tudo aquilo que é proibido, transgressor, ilegal” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 13).

Estabelecidos os sustentáculos para a consideração dos atos na Internet como forma de violência, impõe-se o comentário da segunda faceta citada, mais precisamente os efeitos sobre a vítima e a sua amplitude de concretizações. Assim, os relatos embora recentes já são capazes de traçar contornos bastante drásticos ao *revenge porn*, haja vista que as vítimas relatam situações de perseguição (*stalking*), queda nas oportunidades de trabalho e de inserção educativa, danos psicológicos. Igualmente, as vítimas que padecem com violência doméstica e agressões sexuais, as pessoas que sofrem com o *revenge porn* “sofrem consequências negativas ao falar sobre o assunto, incluindo o risco de aumento dos danos” (CITRON; FRANKS, 2014, p. 2, tradução nossa).

Colaciona-se aos danos sofridos o fato de que as atuações jurídicas estão compreendendo há pouco tempo a dimensão devastadora que mídias globalizadas como a Internet podem alcançar na proliferação de imagens e vídeos sem o consentimento (CITRON; FRANKS, 2014, p. 2). Essa acepção é verificável no plano jurisdicional brasileiro ofertado, tendo em vista que situações como os casos 4 e 6 (BRASIL, 2016b) deixam evidenciado o alcance global da rede mundial de computadores, destacando-se que em uma das situações não se conseguiu ao menos a retirada do material *on-line*, em razão de o *site* se hospedar fora dos limites territoriais brasileiros (BRASIL, 2015b).

Por óbvio que no Brasil já foram noticiados casos trágicos envolvendo consequências ainda mais graves sobre adolescentes vítimas da conduta em debate, motivando até mesmo casos de suicídio.² A abordagem de tais fatos, porém, recomendaria um estudo específico, o que por ora torna-se inviável, dentro dos padrões estabelecidos, mas ainda assim cabível de menção.

A problematização do *revenge porn* e a melhoria constante na resposta jurídica para suas consequências deve se dar para evitar a simplificação do problema, ou seja, uma redução significativa ao debate sobre o consentimento ou não de uma das partes envolvidas, gerando com isso posturas contumazes em outras espécies de violência sexual (especialmente contra mulheres), por exemplo, a culpabilização da vítima.

O que aparece como especialmente cruel nos fenômenos envolvendo o *revenge porn* é o frágil limiar entre o incentivo à exposição enquanto corpo feminino, aí incluídas as próprias demandas feitas por setores do movimento feminista em torno de temas como a representação autônoma de corpos em redes sociais, e a exposição que destrói vidas. Situar esse limiar no *consentimento* seria uma forma de lidar com a questão, bastante afeita, aliás, à lógica jurídica, mas é simplista. Como veremos adiante, ao lidar com os casos, o consentimento traz consigo um elemento de autonomia importante, mas, em sociedades marcadas pelo sexismo, não é somente a exposição não consentida que pode trazer consequências negativas à vida de mulheres (VALENTE *et al.*, 2016, p. 17).

Nesse norte tal reflexão é valiosa sob dois aspectos diferentes, o primeiro do ponto de vista de que a simplificação que busca ocultar a complexidade³ como elemento social a ser inserido na interpretação contemporânea dos problemas jurídicos é extremamente prejudi-

² Nesse sentido são expostos alguns desses casos concretos no artigo das autoras Faria, Araújo e Jorge (2015, p. 669-671).

³ A noção de complexidade encontra-se amparada nos estudos de Morin e Le Moigne, de modo a compreender a ciência para além do pensamento cartesiano e da simplificação da realidade, sendo que a complexidade se faz também necessária à compreensão contemporânea dos fenômenos sociais e jurídicos (MORIN; LE MOIGNE, 1999, p. 27-28).

cial à real compreensão das questões criminais que atingem a infância, bem como em um segundo viés reduzir as violações de direitos de crianças e adolescentes à vertente singular do consentimento é ignorar todo o aporte jurídico da infância que direciona no sentido da proteção integral (COSTA, 2011, p. 857-858) e dos compromissos constitucionais de combate à violência contra infantes, os quais por vezes nem ao menos possuem o desenvolvimento juridicamente adequado para consentir com atos de tamanho dano a sua personalidade, sexualidade e dignidade humana.

Até mesmo porque a redução do debate à vertente do consentimento revela um comportamento usual de outros crimes de ordem sexual, nos quais se interpreta o consentimento da vítima para uma conduta em determinado contexto (retratação do ato sexual de forma privativa), como forma de consentir para outras ações em contextos diversos (exposição do conteúdo *on-line*), algo tipicamente encontrado em alegações de autores de abusos sexuais ou estupros (CITRON; FRANKS, 2014, p. 2).

Cabe breve menção com base tanto no Caso 6 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016b) quanto no suporte de pesquisas sobre o tema em apreço (VALENTE, 2016, p. 23), que apesar de o presente estudo não estar se concentrando em pessoas maiores de idade, existe a manifestação das dificuldades de movimentação e imputação criminal por parte das vítimas do *revenge porn*, tendo em vista que grande parte das condutas imputadas são revestidas de menor potencial ofensivo e dependem, muitas delas, da atuação privada, tal como ocorre nos crimes contra a honra (isso sem atentar para os crimes que dependem de representação em ação pública condicionada).

No tocante ao aspecto de persecução penal, o fato de atingir crianças e adolescentes traz uma singela facilitação aos órgãos públicos, pois se imputam infrações penais de ação pública incondicionada, as quais estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente aos crimes previstos na codificação penal. Isso pode ser observado nos julgados do Superior Tribunal de Justiça quando se apontam condutas previstas nos artigos 241 (A, B e D) (BRASIL, 1990), em especial a pornografia infantil, a qual nem mesmo os países com vasta tradição na defesa da liberdade de expressão protegem qualquer discurso ou veiculação que atinjam ou exponham a nudez/sexo com crianças e adolescentes (CALVERT, 2015, p. 681).

Essa “facilidade” na persecução penal, todavia, não se reveste do caráter protetivo à infância, conforme se revela em casos apreciados por outras pesquisas no Brasil, as quais indicam a concentração das decisões na questão do consentimento e igualmente na intenção do agente que realizou a conduta, dado que o objetivo da norma, “de acordo com o magistrado, seria proteger principalmente aqueles que ainda guardam certa inocência nas práticas sexuais, o que não seria o caso da vítima” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 42). Merece atenção o fato de que a vítima não consentiu com a divulgação das imagens de conteúdo sexual, mas a suposição de “experiência” de vida e sexual, bem como as cogitações mentais do autor serviram de base para afastar a condenação pelo *revenge porn*. “Dessa forma, parece que o consentimento pela tomada de imagens e também pela sua disseminação assume diferentes pesos nas decisões, a depender, principalmente, de idade e aparência de idade” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 44).

Isso posto, mesmo que se trate de vítimas com maior grau de vulnerabilidade, no caso crianças e adolescentes, isso não significa uma proteção jurídica mais forte, mas ainda assim é necessário observar as peculiaridades das condutas ao atingirem um público tão particular.

Destarte, como em outros crimes sexuais, em que de modo geral as pesquisas revelam há bastante tempo que as ações se concentram contra mulheres (SCHERER; MACHADO; GAUER, 2011, p. 42), no que toca ao *revenge porn* contra infantes tal fato se repete, ou seja, as principais lesadas nas condutas são crianças e adolescentes associadas ao sexo feminino (e ao gênero mulher). Essa afirmativa da questão de gênero implicada nas ações em debate está amparada tanto em apreciações internacionais (KITCHEN, 2015, p. 249) quanto em dados nacionais, mais especificamente o relato da ONG Safernet Brasil, que apontava que entre 2012 e 2013 houve um aumento considerável no número de denúncias, e a associação das ocorrências de idade concentrava-se nos públicos entre 18 e 25 anos e jovens de 13 a 15 anos, em que mais de 70% eram mulheres (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 667).

Adicionam-se aos números apresentados os dados mais recentes de crescimento nas ocorrências de divulgação não autorizada de imagens e vídeos íntimos, na qual foi inferido um aumento de quatro vezes em dois anos (ESTADÃO, 2015), bem como no ano de 2016 se atribuiu um aumento de outras condutas (*ciberbullying*, por exemplo) e uma pequena queda no número de “nudes” (fotos de nudez) vazadas na Internet, segundo a Safernet Brasil (G1, 2017).

A apreciação dos resultados apresentados alinha-se com os julgados analisados no Superior Tribunal de Justiça, ao menos no que se refere ao foco de condutas concentradas sobre as mulheres, sendo asseverada a mesma conclusão de análise quando se especifica para observação de casos de infantes.

Dessa forma, o pornô de vingança não conta com o consentimento de uma das partes e tampouco serve socialmente a finalidades exclusivamente eróticas (algo que seria aceitável dentro de relações consensuais). Ao contrário, sua adoção utiliza de forma contumaz mulheres (COMPROMISSO E ATITUDE, 2016) como vítimas a fim de ameaçar, humilhar ou mesmo retaliar qualquer espécie de frustração com um relacionamento (desde traição até o simples término) (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 668).

Apesar de usualmente ser apresentado como uma falha de julgamento ou um “pequeno” erro por parte dos infantes envolvidos, é importante registrar que a utilização de imagens para humilhar ou trazer constrangimento ao parceiro ou ex-parceiro vem sendo uma conduta recorrente por acusados de violência doméstica. Isso indica, no tocante aos adolescentes, ao menos um sinal de que crianças e jovens homens usam a tecnologia e outros meios para perpetuar formas de abuso, perseguição e assédio de mulheres (SALTER; CROFTS; LEE, 2013, p. 302).

Diante dessas características não há como negar o componente de gênero e cultural inerente à perpetuação opressiva à sexualidade das mulheres, sejam elas adultas ou infantes e, ao mesmo tempo, de controle e poder por parte dos homens que acabam por dar continuidade à lógica patriarcal e machista, mas pontualmente atingindo crianças e adolescentes em seu processo de desenvolvimento. Exemplificações disso são levantadas a partir das reações

aos vazamentos de vídeos e imagens sexuais, os quais costumam gerar um processo de culpabilização da vítima, baseando-se em discursos sexistas e difamatórios sobre as atividades sexuais da pessoa envolvida (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 671).

Quando essas reações são projetadas contra crianças e adolescentes que estão em uma fase peculiar de desenvolvimento, os danos podem ser ainda mais graves, uma vez que ao invés de acolhimento e proteção, gera-se afastamento e opressão, contrapondo-se claramente aos ditames do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente.⁴ Nesse sentido, segue-se a síntese dada por Valente *et al.*, com base em mais de 90 casos apreciados sobre o assunto no Tribunal de Justiça de São Paulo, e que expõe a relevância das noções de gênero para o entendimento do *revenge porn* com envolvimento de crianças e adolescentes.

Na esfera penal, entre os casos envolvendo adolescentes (ECA) cujas imagens foram divulgadas na Internet, todos referem-se a mulheres cisgêneras, à exceção de um em que figuram duas travestis. Os elementos importantes para a tomada de decisão dos desembargadores foram: a) se o réu tinha consciência da idade da vítima; b) se o réu foi o responsável pela divulgação das fotos; e c) se as fotos possuem conteúdo pornográfico. Ou seja, por mais que o bem jurídico protegido nesse caso fosse a integridade de vítimas menores que, em sua totalidade, eram mulheres, o foco da argumentação do juiz está quase sempre no réu.

Acrescenta-se na discussão ainda que, na decisão envolvendo as duas travestis, o magistrado demonstra insensibilidade ou desconhecimento em relação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Tratava-se de um caso em que os réus eram um casal de adultos que filmava cenas de sexo explícito entre as adolescentes, chegando a contracenar com elas em algumas ocasiões. Durante a descrição do caso, o desembargador chegou a falar que se tratavam de dois adolescentes “transvestidos de mulher”, e que uma das vítimas havia admitido que “desde os dez anos tinha comportamento homossexual”. O desembargador, ao esclarecer o que significaria o termo “drag”, define-o como pessoa do sexo masculino que se passa por uma do sexo feminino “como um dragão, isto é, serpente com o corpo coberto de escamas”. Em outros momentos, ao julgar a questão da corrupção de menores, o magistrado passa a impressão de que estaria apreendendo a gravidade da conduta em função de o sexo entre dois homens ser mais degradante do que práticas não homoafetivas (VALENTE *et al.*, 2016, p. 54).

Essa espécie de decisão revela a particularidade contida no tema e que acaba por ser ignorada. Em resumo, com base nas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou no relato de pesquisas em outros tribunais, o que se verifica é uma baixa reflexão sobre os detalhes do *revenge porn*, tais como a vulnerabilidade maior por parte das mulheres, com destaque aqui para crianças e adolescentes, bem como os prejuízos gerados pela não declaração formal do problema (utilização da nomenclatura), juntamente a um enfrentamento diferenciado em sede criminal ou ao menos a consideração crítica sobre o assunto. O último aspecto citado, inclusive, perpassa o debate sobre o uso simbólico dos instrumentos penais e a adequada resposta protetiva a públicos vulneráveis.

⁴ Para melhor compreensão do funcionamento do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, indica-se a verificação de Custódio (2009, p. 31).

Isso confirma que a obscuridade do *revenge porn* na condição de problema relevante e que possui camadas profundas nas relações com crianças e adolescentes, que vão desde elementos jurídicos “simples”, como o consentimento, até facetas complexas, como as questões de gênero (que deixam claro, por vezes, um discurso moralista contra condutas perpetradas por jovens mulheres), revela a necessidade de aprofundamento no seu estudo. Igualmente evidencia-se a carência pela capacitação dos profissionais jurídicos (sejam eles desembargadores ou ministros do Superior Tribunal de Justiça) para adequada apreciação das situações concretas, a fim de com isso evitar que o Direito sirva de extensão do processo de violência contra crianças e adolescentes e realmente desempenhe o papel de proteção de direitos humanos, ao invés de replicar processos de opressão e preconceito social.

4 ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET: *SEXTING*, *CIBERBULLYING*, *REVENGE PORN* E NOVAS FORMAS DE VIOLÊNCIA *ON-LINE*

Após evidenciar as respostas jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça e algumas das formas com que os direitos humanos de crianças e adolescentes acabam sendo atingidos pelo *revenge porn* e, por conseguinte, pelas próprias repostas à conduta, cabe traçar alguns parâmetros acessórios que circundam a proteção desses direitos na esfera digital. Significa dizer que o entendimento sobre outras condutas similares ou correlacionadas é relevante para compreender o nível de afetação dos direitos humanos dos infantes, bem como auxiliar na definição de estratégias de proteção desses mesmos direitos.

Com base nisso, referencia-se a visão sobre a Internet como mecanismo de comunicação diferenciado, uma vez que costuma ser indicado como um novo paradigma tecnológico (CASTELLS, 2005, p. 108-109), tendo em vista o seu impacto para o viés informacional social atual. É relevante pautar esse entendimento, em especial, pelo nível de inserção dos infantes com essa nova ferramenta, haja vista que os públicos mais jovens costumam ocupar uma fatia mais abrangente quando observados os usuários da rede mundial de computadores (IBGE, 2013, p. 34), além de que, a relação com o mecanismo é completamente diversa dos demais, por se tratar de um meio de autocomunicação de massa (CASTELLS, 2009, p. 88), em que não existe somente um emissor e outro receptor (comunicação de massa usual), mas sim um processo de intercomunicação, trocas constantes de contato e possibilidade contributiva com o próprio desenvolvimento da rede.

Devido à adesão massiva de jovens ao uso da Internet faz-se necessária a projeção de estratégias de proteção de direitos neste plano, pois a inserção neste ambiente é peculiar, inexistindo habilidades “naturais”, ou seja, o comentário popular de que os nativos digitais teriam maiores habilidades do que outras pessoas não passa de uma falácia, posto que pesquisas indicam que as habilidades dos infantes variam segundo a condição socioeconômica, bem como se desenvolvem na navegação conforme sua idade vai progredindo (CETIC, 2015, p. 157). Isso indica que a defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes *on-line* não pode ficar a cargo única e exclusivamente de suas possibilidades de autodefesa ou mesmo sobrecarregando a educação digital como solução “milagrosa” que traria habilidades aos infantes para protegerem sua privacidade e repelirem qualquer ataque criminoso.

Os riscos existentes, contudo, visto que a criminalidade digital é uma realidade que se expandiu juntamente com o uso da rede mundial de computadores, adotando novas formas e modalidades (LUÑO, 2006, p. 93), não pode servir como impedimento ao acesso à informação e, desse modo, impedir os benefícios advindos da inclusão digital. Ademais, mesmo em temas de ordem sexual esse tipo de espaço de comunicação é valioso ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, pois propicia a participação em fóruns e conversações acerca de sua sexualidade (além das próprias identidades) e possíveis dúvidas advindas de suas atividades (SALTER; CROFTS; LEE, 2013, p. 302).

Posto isso, não deve existir uma barreira de cunho moral a impedir o acesso a informações ou mesmo o debate de infantes sobre o assunto, sob pena de frear o desenvolvimento (limitação da curiosidade), o aprendizado ou mesmo os limites das atividades que realizam, ou seja, não há impeditivo no conteúdo, a questão é a forma de tratar esse mesmo conteúdo, bem como o estágio de desenvolvimento do infante para compreender a complexidade do tema. Nesse sentido encontra-se a classificação indicativa no Brasil, pois não há restrição a questões ligadas ao sexo e sexualidade, apenas existem faixas determinadas conforme a densidade de compreensão de determinados assuntos.

Afirma-se o aspecto de conteúdo para que a preocupação sobre o tema do *revenge porn* não sirva como escusa para nenhuma espécie de cruzada moral ou de retrocesso na inclusão digital da infância.

Dito isso, vislumbra-se que o ambiente *on-line* é capaz de produzir condutas diferenciadas e tal fato estende-se tanto aos atos lícitos quanto ilícitos. Nesse contexto, seguindo as concepções contemporâneas o *revenge porn*, tanto quanto outras condutas contra infantes na rede, encaixam-se na concepção de cibercrimes, posto que ocorrem em um ambiente aberto de comunicação, conhecido como ciberespaço, e tendo a Internet como elemento essencial dentro da visão das novas tecnologias da informação e comunicação (LLINARES, 2012, p. 37).

O componente *on-line*, entretanto, oferta aos cibercrimes peculiaridades, as quais precisam ser compreendidas a fim de evitar prejuízos na tentativa de resguardo de direitos na Internet. Logo, significa dizer que a investida contra o *revenge porn* não pode ser projetada com base na intervenção penal usual, ou seja, ainda resguardada no plano da territorialidade, por exemplo (TERUELO, 2011, p. 16), visto que os cibercrimes não respeitam as barreiras definidas pelos Estados e suas leis, realizando ações articuladas por vezes em mais de um país, contando com a ausência de previsões em alguns desses locais como forma de burlar as ações criminais.

Outro fator ligado às violações contra a infância *on-line* está no anonimato presente na Internet e, por mais que se alegue que a Constituição proíbe esse tipo de postura, haja vista que protege a liberdade de expressão e ao mesmo tempo veda o anonimato (BRASIL, 1988), isso não gera um efeito automático sobre as atitudes perpetradas na Internet. Em resumo, por mais que existam proibições legais, inclusive na base legislativa nacional, tal normativa não é capaz de modificar as atuações dos usuários na rede.

Nesse sentido, o anonimato na Internet é relatado como gerador de efeitos danosos, sendo claramente exposto por meio dos casos de *revenge porn* (STROUD, 2014, p. 169) contra crianças e adolescentes. Ademais, além do abuso da liberdade constitucional, adota-se o ano-

nimato como estratégia para violar os direitos humanos de personalidade dos infantes (privacidade, imagem, honra), de modo a revelar os lados mais obscuros dos autores, ignorando todas e quaisquer “diretrizes éticas, a moral e os princípios seguidos no mundo físico, real, tornam-se absortos na Internet” (SIRVENT; OLIVEIRA; BENDELLI, 2006, p. 158).

Além das lesões aos direitos humanos evidenciadas, ocultam-se em geral os fatores técnicos que possibilitam o uso do anonimato e que tornam obsoleto o modo ordinário de persecução de crimes como o *revenge porn*. Demonstrações disso são expostas por Glenny, que explica as duas maneiras mais comuns de esconder a localização física do autor de cibercrimes: a) rede virtual privada ou VPN, “que faz com que um número de computadores partilhe o mesmo endereço IP”, de maneira que a localização comum de um usuário por máquina torna-se inútil; b) bem como é possível utilizar os servidores *proxy*, dado que estes vão confundir a localização, por exemplo, “um computador nas Ilhas Seychelles pode estar usando um *proxy* na China ou na Guatemala. O *proxy* não revela que o IP original está transmitindo a partir das Seychelles – mas seja como for o computador faz parte de uma VPN centrada na Groelândia” (GLENNY, 2011, p. 16-17).

Salutar referir que os modos de atuação oculta nem ao menos incluem aqui o uso de criptografia e outras formas de preservação de dados, as quais atualmente estão difundidas em programas públicos (2011, p. 17).

Somam-se às dificuldades operacionais apresentadas, em especial nas situações que tocam o *revenge porn*, o fato de que embora existam restrições de conteúdo de *sites*, aplicativos e redes sociais (Facebook, Instagram, WhatsApp), os quais são bastante utilizados pelos infantes,⁵ deve-se ter em mente que após a inserção *on-line*, dificilmente se aufere a eliminação completa dos materiais postados, seja pela atuação individual de usuários (basta que um deles tenha baixado o conteúdo) ou mesmo pelo rastro digital deixado pelos dados até o dispositivo original (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 666-667).

Quando se observa tal aspecto em consonância com o *revenge porn* envolvendo infantes, mesmo com a pressão judicial pela exclusão das imagens ou vídeos e, por vezes do próprio local de hospedagem desses conteúdos (o *site* em si), o que é mais provável que aconteça é que o *site* reabra em um novo servidor ou com outro nome, ou seja, depois de postar fotos ou vídeos íntimos sem o consentimento da outra parte é muito difícil assegurar a sua exclusão perpétua ou ainda a não repostagem por parte de outros usuários (STROUD, 2014, p. 171).

Com fulcro no caráter custoso no processo de eliminação de imagens e vídeos *on-line* é que se estruturam diversas campanhas de conscientização de jovens sobre as consequências dos atos realizados na Internet. Dessa forma, as tentativas pedagógicas de alguns países vêm ocorrendo na direção de apresentar os efeitos destrutivos de ações como o *revenge porn*, juntamente com a ênfase sobre as consequências legais advindas (SALTER; CROFTS; LEE, 2013, p. 308).

⁵ Nesse sentido verificar o incremento no uso de aparelhos móveis, os quais permitem a conexão constante dos jovens às redes sociais e aplicativos, bem como o aumento no uso diário da Internet por parte de crianças e adolescentes, conforme relata a pesquisa do Cetic (2015).

Nesse sentido, parece claro como se inferiu que a proposta educativa isolada não é capaz de solucionar a questão, haja vista a sua complexidade, mas é inegável o seu papel contributivo para o desenvolvimento da infância. Tais procedimentos pedagógicos, contudo, não estão livres de erros, como ignorar os aspectos de gênero ou mesmo generalizar contenções da sexualidade latente.

As críticas citadas podem ser observadas quando se adentra nas campanhas sobre o *sexting*, conduta essa ligada a diversos casos de *revenge porn*, seja por sua proximidade ou mesmo pelo assessoramento entre as condutas. Indica-se a aproximação tendo em vista que o *sexting* se configura pela troca de imagens (sensuais, de nudez) ou vídeos íntimos entre indivíduos, podendo ser eles parceiros sexuais ou não, mas sempre realizando tais câmbios de forma consensual (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 667).⁶ Essa criação e troca de conteúdos de ordem sexual, usualmente realizada por telefones móveis (celulares/*smartphones*) (RINGROSE *et al.*, 2013, p. 2), além de ser uma prática regular realizada por jovens, configura-se por vezes em um ato prévio à realização do *revenge porn*, visto que o conteúdo já se encontra de posse de um sujeito, bastando a ele apenas a divulgação do material.

Assim, retomando-se a nuance sobre as campanhas educativas, as conscientizações *anti-sexting* costumam operar um discurso no sentido de responsabilizar a pessoa que produz ou envia a imagem e não a que recebe (e publiciza), ocasionando uma culpabilização da vítima. Desse modo acaba-se por gerar um sentido de contenção moral de jovens mulheres, mas não dos “garotos” (RINGROSE *et al.*, 2013, p. 3).

Logo, a faceta negativa constatável no âmbito internacional merece consideração, pois a fim de evitar tal repetição em sede nacional deve-se ter em mente os aspectos de gênero. Igualmente, pontua-se que a leitura cultural que estimula comportamentos violentos por parte dos homens acarreta efeitos diretos sobre o desenvolvimento de crianças e adolescentes, de modo que as campanhas educativas devem auferir, além do objetivo primário de prevenir as violações de direitos humanos, também desconstruir o padrão que mantém jovens mulheres como alvo preferencial e costumeiramente menos protegido nas dinâmicas do Sistema de Garantia de Direitos (o que inclui as atuações judiciais).

Assim sendo, a fim de impedir que condutas como *sexting* e o *revenge porn* se potencializem nos danos aos direitos humanos de infantes, a educação digital é essencial, mas somente se for realizada a partir da desconstrução dos paradigmas de opressão e não como mero reforço punitivo. Ademais, ainda em relação ao *sexting*, constata-se a crítica no sentido da contradição existente entre o constante confronto de imagens idealizadas do que seria “sexy” para corpos femininos e masculinos, e ao mesmo tempo esses mesmos adolescentes se defrontam com contenções e restrições a sua produção dessas imagens (RINGROSE *et al.*, 2013, p. 3).

⁶ Em sentido análogo colaciona-se a concepção trazida por Salter, Crofts e Lee (2013, p. 301): ‘Sexting’ is a term widely used to describe emails, text messages and other forms of electronic communication that contain sexual material, such as a suggestive or provocative text, or images of people who are nude, nearly nude or that are sexually explicit (RINGROSE *et al.* 2012). Self-produced erotic images and movies circulate widely throughout online and mobile phone networks, but the participation of minors in the self-production and distribution of such material has been the focus of considerable media attention and social concern.

A contradição enfrentada por crianças e adolescentes explica a dificuldade em compreender os danos do *sexting*, uma vez que tal prática coaduna-se com diversas produções midiáticas a que estão submetidos e de algum modo estimulam a exposição da sua sexualidade. Esse fato acaba tendo como resultado o crescimento do número de casos de *sexting* no Brasil, alguns igualmente ao *revenge porn*, tendo consequências irreversíveis (VALE, 2011, p. 114-115).

Não obstante, é salutar aduzir o raciocínio feito por Vale e que serve a ambas as condutas já discutidas, no sentido de dizer que mesmo em caso de renúncia a direitos humanos ou fundamentais utilizando-se da sua autonomia, um sujeito (adulto ou infante) não pode com tal renúncia violar a dignidade humana “porquanto ferem um núcleo essencial e indisponível da pessoa humana, levando à coisificação” (VALE, 2011, p. 123). Menciona-se a argumentação anterior tendo em vista a conexão ensejada entre consentimento e renúncia de direitos, motivo pelo qual se vislumbra esta vertente de pensamento como fundamentação para escusar a responsabilidade dos autores de crimes digitais contra crianças e adolescentes.

Dito isso, é importante referir que inexistente atenção em sede nacional ao tema (afirma-se isso no sentido interno na falta de concentração de políticas públicas e também na ausência de ações coordenadas internacionalmente para minorar os danos *on-line* a infantes), não havendo uma estratégia ampla de como lidar com a questão. Pontua-se essa feição em razão de que nas relações contemporâneas entre crianças e adolescentes, a troca de mensagens tem um papel central, o que em diversas ocasiões tem a conotação sexual e acaba direcionando a atenção de pais, responsáveis e atores do sistema da infância para como tais infantes utilizam os aparelhos celulares e suas funcionalidades (LENHART, 2009, p. 4).

O quadro delineado demonstra tanto a dificuldade em âmbito teórico-jurídico, operacional e das próprias respostas ofertadas para lidar com as questões da criminalidade digital contra a infância, gerando por vezes resultados estranhos à gravidade das ofensas, como aduz Lenhart (2009, p. 5) ao referir a criação de legislações de Estados americanos que buscam definir como um delito mais “leve” o *sexting* (e quem sabe até mesmo o *revenge porn*) quando realizado entre crianças e adolescentes. Por óbvio que alguns dos envolvidos no assunto no plano legislativo já tenham percebido os efeitos danosos que são causados pela rotulação social advinda do estigma do “criminoso”, mesmo que este seja um “menor de idade”, mas provavelmente essa não é a única motivação para tal alteração, sendo mais provável que as razões estejam situadas em sede de “quem realiza a conduta?” ou “quais adolescentes seriam os autores desses ‘crimes’?”, o que indicaria um contexto de infantes de classe média ou alta na sua grande maioria (BARATTA, 2002, p. 88).

Essa observação vinculada ao pensamento criminológico crítico é imperiosa para não criar uma ilusão protetiva ou um uso performativo do discurso da proteção integral da infância como subterfúgio para assegurar um tratamento diferenciado a determinadas classes sociais (BUDÓ, 2013, p. 41). Outrossim, tal linha de raciocínio é ainda mais forte quando se traz a criminalidade digital para o plano nacional, visto que embora exista a proliferação no número de jovens usuários, os maiores detentores de alta tecnologia (que vai desde os aparelhos utilizados até a velocidade de conexão) encontram-se nas classes mais altas da sociedade.

Posto isso, há por parte das práticas do *sexting* e do *revenge porn* conexão fática facilmente reconhecível, porém resta à última conduta *on-line* um perfil diferenciado, a qual se encontra mais ligada aos efeitos resultantes da prática das condutas anteriores, e que se nomeia como *ciberbullying*. Existe por dedução uma inegável ligação com a conduta do *bullying*, o qual é conhecido por contar com “atos, palavras ou comportamentos prejudiciais intencionais e repetitivos”, observando-se que esses comportamentos são diversificados, indo desde palavras ofensivas, humilhação pública até agressões físicas (MIDDELTON-MOZ; ZAWADSKI, 2007, p. 21).

Tanto na vertente digital quanto na fática é considerável novamente o componente histórico-cultural que “normalizava” ofensas desse gênero, dado que durante largo período essas condutas não foram vistas como graves ou lesivas, sendo compreendidas como parte essencial da infância. “Nas duas últimas décadas, no entanto, essa visão mudou; atualmente o *bullying* que ocorre nos pátios das escolas e o *ciberbullying* são vistos como problemas graves que requerem atenção” (SHARIFF, 2011, p. 33).

Ao inserir imagens ou vídeos íntimos sem o consentimento da outra parte (*sexting* ou por *revenge porn*), crianças ou adolescentes acarretam efeitos para além do universo jurídico-criminal, ocasionado importunação e humilhação a outra pessoa, tomando assim a forma do *ciberbullying*. Essa figura diferencia-se da sua matriz pela utilização de tecnologias, ganhando a conotação do *bullying* “dissimulado e psicológico, transmitido por meio eletrônico como telefones celulares, blogs e sites na Internet, salas de chat, ambientes MUD e Xangas”, além de redes sociais (Facebook, Instagram, Myspace) e sites de compartilhamento de vídeos (YouTube) (SHARIFF, 2011, p. 59).

No contexto do *revenge porn* a exposição da intimidade do infante, não bastassem os prejuízos já relatados (imagem pública, oportunidades de educação e emprego, etc.), oportuniza também diversos tipos de ataques *on-line*, desde comentários e e-mails diretos até páginas dispostas especificamente com a finalidade de humilhar e ofender a pessoa exposta.

Assim, a vítima infante-adolescente da divulgação não autorizada é assolada por incursões lesivas não vinculadas à primeira ação e, por se tratar de um ambiente digital, amplifica-se a sensação de opressão ou de não haver interrupção nos ataques, uma vez que a Internet funciona de forma ininterrupta (BEANE, 2010, p. 131-132). Ademais, o alcance do meio de comunicação é global, de maneira que o *ciberbullying* ligado ao *revenge porn* amplia o campo de humilhação ao máximo, haja vista que o “mundo inteiro” é capaz de ver a condição sofrida pela criança ou adolescente.

Adicionam-se ainda os efeitos psicológicos sobre o infante, o qual se encontra em fase de desenvolvimento peculiar, conforme o reconhecimento da própria legislação, mas que está sujeito a aumentar suas chances de patologias psicológicas como “depressão e aos transtornos de ansiedade, em especial o transtorno de estresse pós-traumático” (BINS; PANICHI; GRASSI-OLIVEIRA, 2016, p. 339), em razão do *cyberbullying*.

Verifica-se que o *ciberbullying* possui a capacidade individualizada enquanto conduta de gerar seus próprios danos, porém no contexto da pesquisa sua projeção é desencadeada pela disseminação não consensual de imagens ou vídeos íntimos *on-line*, demonstrando a sua natureza igualmente “cooperativa”. Isso indica outras possibilidades na execução da crimina-

lidade digital contra a infância, por meio da combinação de infrações, e embora seja salutar referenciar que os julgados observados no Superior Tribunal de Justiça não abrangem o nível dos efeitos sociais causados pelo crime em questão, tal fato não significa a sua inexistência.

A partir da lógica de funcionamento do *revenge porn*, auxiliado pelo *sexting* quando este é exposto *on-line* (pois, caso não fosse, poderia, desde que respeitadas as limitações legais, ficar adstrito às expressões e comunicações ligadas à sexualidade), apregoa-se o *ciberbullying* como um componente significativo no incremento dos danos provocados contra crianças e adolescentes na Internet. De tal modo, a funcionalização de um planejamento específico para a área deveria ao menos ingressar na agenda política (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 120) vinculada ao Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, o pleito pela atenção à criminalidade digital contra a infância, em especial aqui o *revenge porn*, não vem única e exclusivamente da percepção dos julgados ou dos dados de aumento de denúncias no país sobre o assunto, mas também do relato internacional dos profissionais responsáveis pela persecução criminal de crescimento nas violações de natureza sexual contra estes alvos (MAUR, 1999, p. 102-103). Seja em razão da maior vulnerabilidade ou pelas facilidades que a tecnologia é capaz de oferecer, as incursões lesivas aos direitos humanos de crianças e jovens já superam as ordinárias (mas que já detêm no Brasil um foco de esforço político-jurídico) (DIAS, 2016, p. 252-256) ocorrências de pornografia infantil, ganhando força novas formas de ofensa a sua integridade física e mental.

Diante do exposto, argumenta-se que as soluções almejadas para o problema em questão precisam ir além da educação digital ou da descoberta de novos crimes, devendo perpassar a capacitação/preparação dos próprios profissionais da rede de atendimento (SHARIFF, 2011, p. 327) para que as respostas às demandas da infância tenham a complexidade necessária e não sejam rendidas aos discursos punitivos ou de ódio prolatados atualmente.

5 CONCLUSÃO

O debate acerca de novos temas inseridos em plataformas recentes para realização de relações humanas constitui-se em um desafio significativo, mas que traz consigo o aporte constante de preservação de direitos humanos em todo e qualquer espaço. Com base nesse pressuposto, a abordagem do *revenge porn* quando perpetrado contra crianças e adolescentes, trata-se de uma preocupação relevante ante o cenário de inclusão digital contemporâneo, no qual a capacidade de operacionalização de tecnologias é considerada não apenas parte do aprendizado, mas também uma necessidade na futura inserção no mercado de trabalho ou mesmo na realização de relações interpessoais *on-line*.

Na busca por repostas às indagações que atingem o assunto elegido e colocam em posição desfavorável os direitos humanos de infantes, executou-se a reflexão a partir de uma estrutura de pesquisa indutiva, partindo dos julgados realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais representam o ponto específico de partida, até as considerações gerais acerca da criminalidade digital em suas mais recentes formas contra a infância no Brasil.

Destarte, tendo por questionamento de pesquisa como os direitos humanos e de que forma eles seriam atingidos pela conduta do *revenge porn*, e qual seria a resposta jurisdicional a essa demanda, inicia-se o estudo pela leitura dos posicionamentos do Superior Tribunal de

Justiça, entre os anos de 2014 e 2016, com base em buscas jurisprudenciais de palavras-chave ligadas ao tema. Junto aos elementos de busca citados adiciona-se ainda o componente da infância como polo atingido pela violação penal, visto que esse público apresenta maior vulnerabilidade e ao mesmo tempo um volume maior de inserção *on-line*, quando comparado à totalidade da população nacional.

Apesar de um retorno pequeno do viés quantitativo, as decisões apresentam características valiosas à construção crítica, de modo que denunciam as dificuldades operacionais de persecução penal, embora tratando-se de crimes de ação pública incondicionada, quando se trata de crianças e adolescentes, bem como resta clara a maior propensão de ataques contra jovens mulheres. As decisões observadas, portanto, reforçam o quadro de violência contra mulheres e, no tocante à infância, isso não é diverso, além de que nenhum julgado utiliza qualquer nomenclatura ligada ao assunto, gerando assim um processo de ocultação do problema.

Nesse sentido, ao debruçar-se sobre o tema do *revenge porn* e seus estudos mais específicos, observa-se a reiteração das anotações supramencionadas na interpretação doutrinária, ao passo que se incluem outras nuances, como a influência cultural e a profundidade imperiosa ao debate de gênero. As inserções, todavia, não se limitam a conceituar e compreender as características apontadas por estudiosos, mas sim verificar que ao não declarar o *revenge porn* (ou a nomenclatura mais adequada Disseminação Não Consensual de Imagens Íntimas) nas decisões realiza-se conjuntamente a ocultação da infração penal, bem como do próprio reconhecimento da violência.

Essa negativa a respeito da violência ignora por óbvio as lesões aos direitos humanos, tais como a dignidade humana, privacidade, imagem, honra, liberdade (de expressão e sexual). Ademais, não se reconhece assim o parco arcabouço jurídico na previsão de crimes digitais e os efeitos sociais resultantes da conduta (dificuldades educacionais, de trabalho ou a vulneração a respeito de ataques com violência física).

Após o estabelecimento das bases críticas de leitura do *revenge porn* e das próprias decisões judiciais nacionais, as quais demonstraram uma simplicidade considerável em uma demanda tão complexa, torna-se possível compreender a amplitude de ações no universo da Internet. Tal consideração ocorre exatamente pela representatividade que os demais crimes digitais executados em conjunto com o *revenge porn*, como o *sexting* e o *ciberbullying*, são capazes de causar a crianças e adolescentes, apresentando uma gama de danos sociais, físicos e psicológicos.

Por fim, as considerações finais de que há um evidente hiato jurídico e político no que se refere ao *revenge porn* contra infantes, deixando diversos direitos humanos desprotegidos (em franco descompasso com a proteção integral), bem como que as atuais respostas judiciais deixam a desejar no tratamento dos casos concretos, não são suficientes. Logo, tais conclusões, apesar de incipientes, precisam apontar para um caminho que supere as meras respostas punitivas (novos crimes) ou demagógicas (educação salvadora), de maneira que a densidade do assunto exige a variação nas ações traçadas para lidar com o problema, indo desde capacitação dos profissionais da rede de atendimento até a desconstrução cultural da violência na infância.

Nesse sentido, a discussão ora ofertada não está encerrada, pois a atenção com crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento deve ser constante e, para uma inclusão digital adequada, a preservação dos direitos humanos é essencial, motivo pelo qual se deve evidenciar toda e qualquer prática contra a infância, de modo a impulsionar a melhoria constante do sistema de garantia de direitos e a própria base jurídica que o sustenta.

6 REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BEANE, Allan L. *Proteja seu filho do bullying*. Rio de Janeiro: Bestseller, 2010.
- BINS, Helena Dias de Castro; PANICHI, Renata Maria Dotta; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Violência infantil. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2017.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 19 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 298504. 1º de setembro de 2014a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1475686. 4 de setembro de 2014b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 324343. 3 de junho de 2015a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 135455. 30 de novembro de 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 828064. 30 de março de 2016a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 361038. 16 de junho de 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=v%EDdeo+e+ex-namorado&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 abr. 2017a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=internet+e+imagens+int%EDmas&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 abr. 2017b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=nudez+e+v%EDdeo+e+adolescente&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 abr. 2017c.
- BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- CALVERT, Clay. Revenge Porn and Freedom of Expression: Legislative Pushback to an Online Weapon of Emotional and Reputational Destruction. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, v. 24, Issue 3, article 2, Book 3, 2015.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- CETIC. *TIC KIDS on-line Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. Disponível em: <http://cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-por-criancas-e-adolescentes-no-brasil-tic-kids-online-brasil-2014/>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*, 49, rev. 345, 2014.
- COMPROMISSO E ATITUDE. Lei Maria da Penha. *#PODEPARAR – Mulheres são principal alvo da pornografia de vingança*. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/podeparar-mulheres-sao-principal-alvo-da-pornografia-de-vinganca/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

- COSTA, Ana Paula Motta. A perspectiva constitucional brasileira da proteção integral de crianças e adolescentes e o posicionamento do supremo tribunal federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da criança e do adolescente*. Criciúma: Unesc, 2009.
- DIAS, Felipe da Veiga. *O direito à informação na infância on-line*. Curitiba: Prismas, 2016.
- ESTADÃO. *Em 2 anos, nº de vítimas de imagens íntimas vazadas quadruplica* – ONG brasileira de defesa de direitos humanos que atua na internet recebeu 224 denúncias no ano passado, ante 48 em 2012. 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-vitimas-de-imagens-intimas-vazadas-na-web-quadruplica-em-2-anos,1719799>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- FARIA, Fernanda Cupolillo Miana de; ARAÚJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é porn: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da “intimidade”. *Contemporanea – Comunicação e Cultura*, v. 13, n. 3, set./dez. 2015.
- G1. *Cai o nº de vítimas de “nudes” vazadas na internet do Brasil em 2016, diz ONG* – casos de cyberbullying, por sua vez, cresceram 17,7%, segundo a Safernet. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/cai-o-n-de-vitimas-de-nudes-vazadas-na-internet-do-brasil-em-2016-diz-ong.ghtml>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- GLENNY, Misha. *Mercado sombrio: o cibercrime e você*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integradora*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios – acesso à Internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal (2011)*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.
- KITCHEN, Adrienne N. The Need to Criminalize Revenge Porn: How a Law Protecting Victims Can Avoid Running Afoul of the First Amendment. *Chicago-kent law review*, v. 90, article 11, 2015.
- LENHART, Amanda. *Teens and Sexting: how and why minor teens are sending sexually suggestive nude or nearly nude images via text messaging*. Pew Internet & American Life Project. 2009. Disponível em: <http://www.pewinternet.org/2009/12/15/teens-and-sexting/>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- LLINARES, Fernando Miró. *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- MAUR, Agnès Fournier de Saint. Abuso sexual de crianças na internet: um novo desafio para a Interpol. In: UNESCO. *Inocência em perigo: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- MIDDELTON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, Mary Lee. *Bullying: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos*. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *L’intelligence de la complexité*. L’Harmattan: Montreal, 1999.
- RINGROSE, Jessica; HARVEY, Laura; GILL, Rosalind; LIVINGSTONE, Sonia. Teen girls, sexual double standards and “sexting”: gendered value in digital image exchange. *Feminist Theory*, 14 (3). p. 305-323, 2013.
- SALTER, Michael; CROFTS, Thomas; LEE, Murray. Beyond Criminalisation and Responsibilisation: Sexting, Gender and Young People. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 24, n. 3, March, 2013.
- SANTOS, Juez Cirino. *A criminologia radical*. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2006.
- SCHERER, Carmen Cabral; MACHADO, Débora Silva; GAUER, Gabriel José Chittó. Uma violência obscura: abuso sexual. In: GAUER, Gabriel José Chittó; MACHADO, Débora Silva. *Filhos & vítimas do tempo da violência: a família, a criança e o adolescente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- SHARIFF, Shaheen. *Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família*. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- SIRVENT, José Francisco Chofre; OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BENDELLI, Rachel. Transnacionalidade dos princípios da não-violação de privacidade na internet. *Revista Seqüência*, n. 52, jul. 2006.
- STROUD, Scott R. The Dark Side of the Online Self: A Pragmatist Critique of the Growing Plague of Revenge Porn. *Journal of Mass Media Ethics*, v. 29, p. 168-183, 2014.
- TERUELO, Javier Gustavo Fernández. *Derecho penal e internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- VALE, Ionilton Pereira do. O consentimento da gravação e difusão de vídeos de conteúdo sexual em face do estatuto da criança e do adolescente. *Revista da Ajuris*, v. 38, n. 122, jun. 2011.
- VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.128-150>

A ADPF 153 e o Caso Herzog: Uma Justiça de Transição à Brasileira

Adriele Priscila Sales Aragão

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Assessora na Defensoria Pública do Estado do Amapá no Núcleo de Execução Penal. <http://lattes.cnpq.br/1242357694202311>. adrisales@gmail.com

Daize Fernanda Wagner

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora-adjunta na Universidade Federal do Amapá, lotada no curso de Direito e colaboradora no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira. Líder do grupo de pesquisa Unifap/CNPQ Direitos Humanos, Cidadania e Justiça. <http://lattes.cnpq.br/8232540501482095>. daizefernandawagner@gmail.com

RESUMO

Partindo da ideia de que o Supremo Tribunal Federal estaria se omitindo de cumprir a função de controle de convencionalidade, o que geraria embaraços à Justiça de transição brasileira, este artigo tem como objetivo investigar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 e o Caso Herzog, objeto de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, utilizou o conceito de controle de convencionalidade e a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos respectivos casos. Como metodologia principal, a investigação é jurídico-propositiva, com abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica. Os resultados demonstraram que o STF ignora o debate internacional sobre a internacionalização do direito interno, confirmando a hipótese.

Palavras-chave: Caso Herzog. Supremo Tribunal Federal. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Justiça de transição.

ADPF 153 AND CASE OF HERZOG: A BRAZILIAN TRANSITIONAL JUSTICE

ABSTRACT

Assuming the idea that the Brazilian Federal Supreme Court would be omitting its function of comply with conventionality control, which would create embarrassment to the Brazilian transitional justice, this article aims to investigate the Claim of Breach of Fundamental Precept 153 and the Case of Herzog, a recent decision of the Inter-American Court of Human Rights. Therefore, it resorts the doctrine of conventionality control and the perspective of the International Law of Human Rights in the respective cases. The main methodology was based on legal-purpose study, qualitative approach and bibliographic research. The results showed that the Brazilian Federal Supreme Court ignores the international debate on the internationalization of domestic law, confirming the hypothesis.

Keywords: Case of Herzog. Brazilian Federal Supreme Court. International Law of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Transitional justice.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 153. 2.1 A ADPF 153 à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3 Caso Herzog vs. Brasil. 3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Interno. 3.2 Direitos Violados no Caso Herzog. 4 Justiça de Transição. 4.1 Justiça de Transição à Brasileira. 4.2 Onde Está o Controle de Convencionalidade? 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 2/3/2019

Aceito em: 17/9/2019

1 INTRODUÇÃO

Assim começa o fascismo. Ele não diz nunca seu nome, ele ascende, escala. Quando mostra a ponta de seu nariz, dizemos: É ele? Acham mesmo? Não é preciso exagerar. E um dia ele se enfia pela goela e é muito tarde para expulsá-lo (GIROUD, 1997).

São Paulo, 24 de outubro de 1975. Dois agentes do Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-Codi) entram na sede da TV Cultura e intimam Vladimir Herzog. Na manhã seguinte, Vladimir comparece voluntariamente no destacamento. É algemado, interrogado e torturado. Seus colegas jornalistas, também detidos no mesmo local, Leandro Konder e George Duque Estrada, ouvem os gritos na sala ao lado. Às 15h do mesmo dia, é supostamente encontrado morto por seus carcereiros e torturadores. Vladimir teria se enforcado com o cinto do macacão de presidiário – cinto esse inexistente, de acordo com os companheiros de prisão (CORTE..., 2018).

Vladimir Herzog, nascido Vlado Herzog, originário da antiga Iugoslávia, hoje Croácia, era filho de judeus. Sua família refugiou-se no Brasil em decorrência da perseguição sofrida pelo regime nazista de Hitler. No Brasil foi jornalista, dramaturgo e professor da Universidade de São Paulo (BRASIL, 2007). Dez anos antes de seu assassinato, seu nome já aparecia em relatórios de departamentos de vigilância e de acordo com esses documentos, Herzog seria contra o “movimento revolucionário de 64”. Em 1966 mudou-se para a Inglaterra e lá teve dois filhos com Clarice, sua mulher: Ivo e André. Trabalhava na BBC quando decidiu voltar ao Brasil mesmo em meio ao caos. “É preciso tentar”, disse Herzog a amigos por meio de cartas (MARKUN, 2015). Em 1968, o ano de sua volta, foi instaurado o AI-5.

Após a morte de Herzog, jornalistas de São Paulo paralisaram suas atividades. Houve grande comoção nacional. A missa de sétimo dia, na Catedral da Sé em São Paulo, reuniu cerca de 8 mil pessoas, um dos maiores atos durante a ditadura. Dom Paulo Evaristo Arns, arcebispo de São Paulo e um dos responsáveis pela missa, afirmou que foi intimidado por dois comissários do governo a não presidir o ato, pois haveriam mais de 500 policiais na praça com ordem de atirar ao primeiro grito (JORDÃO, 1979). Apesar disso, o evento ocorreu em silêncio e com grande cobertura da imprensa.

O assassinato de Vladimir foi um marco no regime e no processo de abertura democrática. A versão oficial de que sua morte teria sido suicídio não foi aceita em nenhum momento. Tradicionalmente, no judaísmo, seu corpo deveria ter sido enterrado em uma área especial do cemitério – o que não ocorreu, apesar de em seu atestado de óbito, assinado pelo médico Harry Shibata, constar como *causa mortis* o suicídio (BRASIL, 2007). A família de Vlado, como era conhecido entre os mais íntimos, começou então uma luta pelo reconhecimento dos crimes cometidos pelo Estado brasileiro.

Partindo do Caso Herzog, o presente artigo tem como problema o questionamento acerca da maneira pela qual o poder Judiciário tem proferido decisões em casos de crime lesa-humanidade cometidos durante o regime ditatorial militar, sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A hipótese é de que esse mesmo poder, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF), tem se omitido da função de exercer controle de

convencionalidade nos seus julgamentos. Além disso, tem fundamentado suas decisões em direção contrária aos tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, e contra as instâncias internacionais e suas jurisprudências, às quais o Estado é subordinado, considerando-se o conceito de controle de convencionalidade.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo geral analisar tanto a decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, quanto a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE..., 2018) no Caso Herzog. Como objetivos específicos, visa a verificar se a ADPF n. 153 utilizou uma interpretação conforme a jurisprudência e as normas internacionais, e explorar o conceito de Justiça de Transição no meio jurídico, retomando o debate por meio da ADPF n. 153 e do Caso Herzog.

O uso do conceito de Justiça de Transição neste artigo faz-se necessário tanto pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem como um dos focos o direito à verdade aos cidadãos brasileiros, quanto pela ADPF n. 153, que impossibilitou a persecução penal dos agentes de Estado. Tanto memória e verdade, como persecução penal, são pilares para uma Justiça transicional, como será visto adiante. Paradoxalmente, os dois momentos principais da tramitação processual do Caso Herzog (na Justiça brasileira e na internacional) foram marcados por decisões do Executivo e Judiciário brasileiros contra a jurisprudência do Direito Internacional dos Direitos Humanos (respectivamente, a Lei 6.683/79 e a ADPF n. 153).

Seguindo metodologia proposta por Gustin e Dias (2010), o artigo parte da vertente jurídico-dogmática, pois tem como foco os elementos interpretativos do ordenamento jurídico e desenvolve a investigação com vista à compreensão das relações normativas entre o Direito Interno brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Quanto à investigação, a pesquisa tem duas abordagens principais: histórico-jurídica e jurídico-propositiva. A utilização de fontes históricas é feita não somente para fins de informação, mas também de formação de conceitos, compreensão e contexto para o entendimento da inconstitucionalidade da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) e dos abusos ocorridos no Caso Herzog. Já a investigação jurídico-propositiva destina-se a questionar a Lei 6.683/79 e a jurisprudência do STF e tem como objetivo propor mudanças na interpretação da lei. Assim, pode ser classificada como uma pesquisa que utiliza a abordagem qualitativa, por meio da investigação bibliográfica.

2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153

Os movimentos a favor da anistia iniciaram-se nos primeiros anos de perseguições políticas do regime autoritário de 1964, no entanto, após o sufocamento da oposição, apenas em 1975, com a criação do Movimento Feminino pela Anistia, é que o Brasil ganhou um novo fôlego na luta pelos perseguidos políticos. Como afirmado por Lins e Silva (2011), outras ações foram surgindo após 1975, como a publicação de um dossiê pelo Comitê Pró-Amnistia Geral no Brasil, de Lisboa (Portugal), e em 1976, a aprovação de uma moção pela Anistia, durante a 28ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Não é exagero afirmar que a morte de Herzog foi um evento catalisador para a insurgência desses movimentos.

Durante o trâmite, contudo, e até a promulgação da Lei de Anistia, seu texto original foi modificado. A ânsia por ser uma anistia ampla, geral e irrestrita não foi suprida. Ao contrário, a lei restringiu sua eficácia, não alcançando os subversivos que já haviam sido condenados –

condenação essa sem o devido processo legal, com confissões sob tortura e sem o direito ao contraditório. Além disso, o §1º do artigo 1º da lei refere crimes conexos, conforme a seguir transcrito:

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

§1º – *Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política* (BRASIL, 1979) (grifamos).

Esse é o ponto principal do qual parte a discussão acerca do alcance da anistia conferida pela lei. Tal discussão perdurou por décadas, até a proposição da ADPF n. 153, pois a extensão do que estaria abrangido no conceito de crimes conexos é obscura, causando confusão na aplicação da lei.

Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADPF n. 153. De acordo com Silva (2006), a ADPF é um meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Ainda conforme o autor, a expressão “preceito fundamental” tem um sentido muito mais abrangente que “princípios fundamentais”, pois é o sentido básico do sistema constitucional.

De acordo com a petição inicial, a ação ajuizada teve como base o §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79, sob a justificativa de que haveria controvérsia constitucional. O texto em questão afirma que crimes conexos são aqueles de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Logo, o Conselho Federal da OAB buscava que a Corte realizasse uma *interpretação conforme* os preceitos constitucionais, a fim de que crimes comuns cometidos por agentes militares durante a ditadura, como os de homicídio, atentado violento ao pudor ou até mesmo estupro, não fossem abrangidos pela anistia.

O julgamento ocorreu menos de dois anos após a propositura da inicial pelo Conselho. Segundo Meyer (2012), a inclusão da ADPF n. 153 na pauta de julgamento do STF ocorreu em tempo recorde, se comparado a outros temas de relevância para a sociedade brasileira. “A ADPF n. 54/DF, que reconheceu a constitucionalidade da antecipação do parto por anencefalia fetal, [por exemplo], levou oito anos para ser julgada” (MEYER, 2012, p. 52). O que parece é que a inevitável condenação na Corte IDH no Caso Gomes Lund, que veio um ano depois, pesou para que o julgamento fosse antecipado. Assim, a Corte pôde votar o tema sem a pressão de uma condenação internacional direta sobre o tema. A consequência dessa antecipação foi um debate sem a participação da sociedade civil, o que resultou em reflexões mais rasas em torno do tema.

A decisão final na ADPF n. 153 foi pela improcedência da arguição, por maioria de sete votos, em conformidade com o voto do relator, ministro Eros Grau. Acompanharam seu entendimento as ministras Carmen Lúcia e Ellen Gracie e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Por outro lado, os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve caráter amplo,

geral e irrestrito. Segundo estes ministros, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão (BRASIL, 2010). Os ministros Dias Toffoli e Joaquim Barbosa não participaram do julgamento.¹

2.1 A ADPF 153 à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Durante o julgamento da ADPF n. 153, argumentos interpretativos que se distanciavam da normativa internacional foram o destaque nos votos dos ministros. Em suas alegações, preponderou a referência a teses e correntes de hermenêutica jurídica avançada. A discussão em torno do que seria uma interpretação do artigo 1º, §1º, da Lei de Anistia conforme os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 teve pouco destaque. Chama a atenção o fato de que a preponderância dos direitos humanos na Constituição de 1988, considerada a mais cidadã na história brasileira, e a implicação de anistia a crimes comuns dentro de um Estado Democrático de Direito, não foram argumentos suficientemente entabulados nas discussões.

Conforme afirmado por Ventura (2010), há necessidade de adequar a jurisprudência do STF à ordem constitucional brasileira, humanista e democrática, quanto ao teor das obrigações internacionais paulatinamente assumidas pelo Brasil, graças às numerosas convenções relativas aos direitos humanos firmadas e incorporadas à ordem jurídica pátria.

Ainda que o julgamento, e principalmente o voto do relator, tenha sido marcado por tais “malabarismos sofisticados” (SILVA FILHO, 2012), este tópico tratará de dois argumentos que se considera os mais notórios: o suposto acordo político que foi a Lei de Anistia e a segurança jurídica diante da perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O uso da expressão “acordo político” para caracterizar a Lei n. 6.683/79 aparece em todos os votos das ministras e ministros que se pronunciaram pelo indeferimento da Arguição. Destaca-se aqui o voto do relator:

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse *acordo político* existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79 (BRASIL, 2010, p. 21) (grifamos).

Logo, o voto se desdobra a relatar importantes marcos na luta pela Lei de Anistia, como as perseguições dos policiais militares nas passeatas em favor da anistia, os atentados contra as bancas de jornais e as greves de fome de presos políticos durante a votação da lei. Apesar de descrever verdadeiramente os atos que marcaram o movimento nacional e internacional pela anistia dos presos políticos, o relator ignora as circunstâncias da votação do projeto. Ademais, cita uma entrevista com o jurista Dalmo Dallari, que também foi preso político por advogar em favor da resistência ao regime. Na própria entrevista fica claro que o movimento

¹ O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque estava à frente da Advocacia Geral da União (AGU) à época em que a ação foi ajuizada e chegou a anexar informações ao processo. Já o ministro Joaquim Barbosa estava em licença médica (BRASIL, 2010).

pela anistia teve de abrir mão de pontos fundamentais durante as discussões em torno da aprovação da lei, dada a composição do Congresso e das forças que ainda governavam o país em 1979 (BRASIL, 2010).

Tal contradição segue durante a relatoria da ADPF. Ora, como acreditar que presos políticos, Igreja, instituições como OAB e tantos outros núcleos de apoio ao movimento pela anistia seriam favoráveis ao resultado final da votação? A lei excluiu parte dos perseguidos políticos, pois os presos que tiveram seu processo em trânsito julgado, não puderam usufruir da anistia. Ainda, o resultado final da lei beneficiou amplamente os violadores de direitos humanos ligados ao governo ditatorial, pois não impôs restrições a estes. A própria ministra Carmen Lúcia, em seu voto na ADPF, reconheceu o caráter restrito da lei e acrescentou que “sequer era o que aquela entidade [OAB], menos ainda a sociedade brasileira, gostaria de ter obtido” (BRASIL, 2010, p. 82).

É necessário pontuar que o projeto de lei, como aprovado, contrariava a luta civil por uma anistia ampla, geral e irrestrita. O que se teve foi uma lei feita para satisfazer os interesses do regime ditatorial que gradualmente estava deixando o poder e que não aceitaria futuras punições pelos crimes cometidos. Em um regime autoritário e armado, em que a qualquer sinal de oposição há risco de prisões arbitrárias ou até mesmo homicídio, não existe acordo político e conciliação.

O famoso “Pacote de Abril” do governo Geisel (1974-1979) demonstra a farsa da suposta abertura gradual e pacífica. Como bem relembra Silva Filho (2012), o Pacote foi uma resposta à eleição de 1974, na qual o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido da oposição controlada, obteve expressiva votação. Além do terrorismo de Estado continuar forte como no caso do assassinato de Herzog e do operário Manoel Fiel Filho,² Skidmore (1994) discorre sobre as medidas que Geisel utilizou para controlar a oposição no âmbito do Legislativo: por meio do Ato Institucional n. 5 (AI-5), e com a justificativa que o MDB rejeitava a reforma judiciária, em 1º de abril de 1977 Geisel fecha o Congresso, instaura o “Pacote de Abril”, e, assim, torna a eleição de governadores e senadores indireta; simplifica o procedimento de emenda constitucional para maioria simples; fixa o número da população, e não dos eleitores registrados para o número de deputados federais e limita o acesso dos candidatos ao rádio e à televisão nos termos da Lei Falcão,³ cuja aprovação ocorreu em 1976 (SKIDMORE, 1994).

Nesse contexto, houve a prisão e cassação de mandatos da oposição, tal como de Alencar Furtado, líder do MDB na Câmara, cujo mandato foi cassado e seus direitos políticos privados pelo período de dez anos (SILVA FILHO, 2012). O Projeto de Lei n. 14, que mais tarde tornou-se a Lei 6.683/79, foi produzido pela Presidência da República. Foi um acordo de portas fechadas – nem mesmo a Arena, o partido do regime, fez parte do processo de elaboração

² Operário metalúrgico morto pela ditadura militar. Em janeiro de 1976, foi preso por dois agentes do DOI-Codi, na fábrica, sob a acusação de pertencer ao Partido Comunista Brasileiro (PCB). No dia seguinte à sua prisão, os órgãos de segurança emitiram nota oficial afirmando que Manuel havia se enforcado em sua cela com as próprias meias. De acordo com colegas, porém, quando preso, usava chinelos sem meias. Quando os parentes conseguiram a liberação do corpo para ser enterrado, verificou-se que apresentava sinais evidentes de torturas, principalmente na região da testa, nos pulsos e no pescoço, no entanto o exame necroscópico confirmava a versão oficial do suicídio. Em ação judicial movida pela família, a União foi responsabilizada pela tortura e pelo assassinato (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2019).

³ Segundo Skidmore (1994), a Lei Falcão proibia o uso do rádio ou televisão para fins de campanha política, nos quais só poderia aparecer a imagem sem som do candidato (medida extensiva tanto ao partido Arena quanto ao MDB).

(MEYER, 2012). A votação deu-se nesse contexto de oposição sufocada e Congresso controlado. Assim, é mais que evidente que apesar de o movimento em favor da anistia ter sido um clamor da sociedade nacional e internacional, a lei em si, ao contrário do que os ministros do STF continuamente descreveram em seus votos, não foi uma resposta aos anseios da população e muito menos um acordo político. Vale citar a abertura do voto do ministro Lewandowski, que fez oposição ao voto vencedor:

De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de “acordo tácito”, celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário (BRASIL, 2010, p. 107).

O segundo ponto que merece destaque nos argumentos dos ministros é quanto à (in) segurança jurídica. Um dos principais problemas de a ADPF ter sido julgada mais de 20 anos após a promulgação da lei, são as consequências jurídicas. É válido, no entanto, lembrar que o pedido inicial realizado pela OAB não foi pela revogação da norma e sim pela interpretação conforme os preceitos constitucionais do inciso 1, do artigo 1º. Logo, caberia ao Supremo delimitar o alcance dessa interpretação.

Durante a exposição, os ministros destacaram aspectos relacionados à prescrição da persecução penal e a insegurança jurídica que poderia decorrer de uma reinterpretção acerca da lei de anistia naquele momento (MEYER, 2012). Entre as de caráter civil, a relatoria do ministro Eros Grau (BRASIL, 2010) faz menção às reparações pecuniárias que vítimas e familiares de vítimas do regime de exceção receberam ao longo dos anos por meio da Comissão de Anistia. Tais argumentos demonstram a visão antiquada da Corte em oposição aos costumes do Direito Internacional.

Conforme Ventura, há um velho “paradoxo penal”: o costume internacional e os crimes contra a humanidade. É necessário o diálogo entre o Direito Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois são “instituições e jurisprudências muito diferentes, de interferência e deslocamentos entre espaços nacionais e internacionais com hierarquias imbricadas, formando ‘um sistema realmente singular’” (VENTURA, 2010, p. 18).

Em relação às reparações citadas pelo ministro Grau, a ministra Carmem Lúcia (BRASIL, 2010) elucida que a Lei 6.683/79 anistiou apenas crimes políticos, ou seja, dentro do âmbito do Direito Penal. Segundo De Freitas Cruz (2018), a anistia de 1979 seria uma cláusula excludente da tipicidade criminal *sui generis*, “pois incide sobre a prática criminosa apenas em certos casos concretos” (DE FREITAS CRUZ, 2018, p. 54), e não no sentido universal, como é a anistia disposta no artigo 107, III, do Código Penal Brasileiro. O caráter exclusivamente penal da anistia brasileira é claro quando se sabe que as primeiras reparações pecuniárias, ainda nos anos 90, foram concedidas pelo Ministério do Trabalho àqueles que tivessem perdido vínculo empregatício em virtude de perseguição política. Em 2001, com a criação da Comissão de Anistia, as reparações alcançaram um caráter mais amplo, com indenizações e pensões a vítimas e familiares de vítimas da ditadura (DE STUTZ; ALMEIDA, 2017).

Segundo Osório (2016), as vítimas das violações da ditadura utilizaram das ações declaratórias e das ações de natureza indenizatória tanto para obter reparação simbólica e financeira quanto para coletar testemunhos em juízo:

Havia uma preocupação com a preservação das evidências que poderiam se perder, especialmente os testemunhos de pessoas que se acreditavam em risco, ou que de qualquer forma poderiam não estar mais vivas quando houvesse interesse do Estado em ouvi-las (OSMO, 2016, p. 6).

A questão da segurança jurídica e tratados internacionais é levantada no voto do ministro Celso de Mello ao citar a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade que nunca foi ratificada pelo Brasil (BRASIL, 2010). De acordo com o ministro, a norma internacional de que crimes lesa-humanidade são imprescritíveis não poderia ser adotada no ordenamento interno. Com uma breve pesquisa no *site* do Ministério das Relações Exteriores, contudo, é possível constatar que durante o regime militar havia 17 normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos em plena vigência no Brasil. Entre elas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e as Convenções de Genebra.

Conforme Ventura (2010), essas normas internacionais, aliadas ao fato de que o Brasil foi um dos 51 Estados fundadores da Organização das Nações Unidas (ONU), demonstram que o país fez parte desde o início do movimento internacional da universalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial. Ademais, todas as convenções antes destacadas expressamente obrigam os Estados a respeitá-las em todas as circunstâncias. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, por exemplo, já trazia a noção de crime internacional.

Parte dos integrantes do STF sistematicamente ignora os tratados e convenções internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, que poderiam ter sido usados como fonte de Direito em seus votos. Em seu lugar, todavia, citam tratados dos quais o Estado brasileiro não faz parte, como forma de enfraquecer a internacionalização do Direito interno. Nesse ponto, é importante frisar que o controle de convencionalidade é uma das competências do STF e do poder Judiciário como um todo. Desde o juízo de primeira instância é necessário verificar se as normas de Direito interno (tanto as normas constitucionais como as infraconstitucionais) estão em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos, assim como com a interpretação que os organismos internacionais de monitoramento lhes dão (RAMOS, 2009).

Ademais, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade foi citada diversas vezes pelos ministros, como demonstração da não obrigatoriedade de cumprimento, pelo fato de o Brasil não ser signatário. Se na Constituição Federal de 1988 não houvesse a proibição da tortura, a ausência da adesão brasileira possibilitaria ao Estado cometer crimes lesa-humanidade? Não há dúvidas que a resposta é negativa quando se entende que a referida convenção faz parte do contexto internacional de direitos humanos e de combate a esses crimes desde o Tribunal de Nuremberg. A convenção apenas deixou explícita uma norma *jus cogens* do Direito Internacional. Ainda na contramão dos argumentos do julgamento, uma norma *jus cogens* não se confunde com o costume internacional, pois ela é superior até mesmo a tratados, por ser um *minimum* legal de assecuramento da ordem mundial (MEYER, 2012).

Necessário ressaltar que, em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte IDH por meio do Decreto Legislativo n. 89/98, que o obriga a adotar as decisões da instituição. Ainda assim, os ministros Eros Grau e Celso de Mello, ao se posicionarem pela prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional, deixaram de lado a tendência mundial de diálogo entre as duas instituições e ignoraram a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre as leis de autoanistia e imprescritibilidade de crimes contra a humanidade. No Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, por exemplo, a decisão da CIDH foi de que o conceito de crimes contra a humanidade remonta ao início do século 20, na Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra Terrestre, ou seja, a Convenção sobre Imprescritibilidade tem natureza meramente declaratória.

Em uma tentativa de corroborar a tese de que a Lei 6.683/79 não foi uma lei de autoanistia, o ministro Celso de Mello cita a jurisprudência da Corte IDH. Destaca-se o Caso *Barrios Alto vs. Peru*, julgado em 2001 pela CIDH, no qual o Estado peruano foi responsabilizado pelo massacre de 15 pessoas e condenado a investigar e punir o crime. Além disso, foi criado o entendimento de que leis de anistia que impeçam a persecução penal de crimes lesa-humanidade são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (CORTE... 2001, p. 15).

Na contramão do entendimento do ministro Celso de Mello e por sua vez do STF, Meyer afirma que negar que a Lei de Anistia brasileira foi uma autoanistia, caracterizando-a como uma “anistia de mão dupla”, apenas retoma os mesmos problemas apresentados pela CIDH: “o descumprimento efetivo das garantias estatuídas na Convenção Americana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, violação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos” (MEYER, 2012, p. 181).

Por fim, cabe a reflexão: a omissão proposital do poder Judiciário em prol de uma suposta reconciliação nacional é válida em casos de crimes contra a humanidade? Conforme mencionado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não permite que Estados utilizem o Direito Interno como justificativa de inadimplemento com as suas obrigações internacionais. Os direitos humanos, além de um recurso de proteção, buscam também a investigação e punição daqueles que o violam. Além disso, a ADPF n. 153 demonstra a omissão não apenas perante o Direito Internacional, mas contra preceitos constitucionais da Constituição Federal de 1988.

O julgamento da ADPF n. 153, além de perpetuar o entendimento ultrapassado da não persecução penal de agentes do regime de exceção, fortaleceu decisões de arquivamento de inquéritos que buscavam a investigação e a verdade. Além disso, tem causado confusão acerca de sua abrangência, na medida em que juízes têm negado indenizações que possuem caráter civil (MEYER, 2012).

O STF precisa adequar a jurisprudência interna à jurisprudência internacional, reconhecendo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos como fonte de Direito e invalidando a Lei de (auto)Anistia, que nunca deveria ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, na medida em que esta, em seu artigo 4º, inciso II, afirma reger suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos.

3 CASO HERZOG VS. BRASIL

Para que se possa admitir uma petição diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é necessário o cumprimento de alguns requisitos de admissibilidade constantes no Pacto de San José da Costa Rica: o esgotamento dos recursos locais, ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional. De acordo com a sentença da CIDH, a família e as organizações que recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Caso Herzog cumpriram os requisitos.

O processo no âmbito internacional durou cerca de nove anos, como será descrito mais adiante, no entanto no Brasil iniciou-se ainda em 1975, ano em que Vladimir Herzog foi assassinado. Diante da comoção generalizada da população e da imprensa, o general comandante do II Exército deu abertura à investigação da morte com o Inquérito Policial Militar n. 1173-75, que apenas repetiu a versão de suicídio por enforcamento.

Assim, em abril de 1976, a família instaurou a Ação Declaratória n. 136-76 perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo. Tal ação foi muito importante, pois durante o trâmite do processo novos fatos vieram à tona. Na audiência de instrução, em julho de 1978, Shibata, um dos médicos que assinaram o laudo em que constava que a morte de Herzog fora por suicídio, admitiu que não fez a autópsia nem teve contato com o corpo da vítima (BRASIL, 2007; CORTE..., 2018).

O juiz de Primeira Instância proferiu sentença em favor da família de Herzog, concluindo que Vladimir foi morto pelos agentes da repressão e rechaçando a primeira versão de suicídio. A União interpôs Recurso de Apelação e após nova decisão contrária, recurso de Embargos Infringentes. A decisão definitiva veio apenas em setembro de 1995. Apesar de reconhecido o abuso de autoridade, tortura, ilegalidade da prisão, fraude no atestado de óbito e nos depoimentos, durante o trâmite da ação, a Lei n. 6.683/79 foi sancionada. Logo, não houve investigação para a responsabilização individual do crime (CORTE..., 2018).

Outras tentativas foram feitas ao longo dos anos, todas sem sucesso. Como consequência do esgotamento dos recursos internos, em 2009 a família de Vladimir, em conjunto com diversas organizações brasileiras de proteção aos direitos humanos, recorreu à CIDH. Em abril de 2016 o caso foi submetido à CIDH e, finalmente, em março de 2018 a sentença foi publicada. A CIDH decidiu que o Estado brasileiro deliberadamente foi omissivo com a família Herzog, impedindo o direito à informação, ferindo o direito às garantias processuais, à proteção processual e à integridade pessoal.

Publicada em 15 de março de 2018, a sentença do Caso Herzog da CIDH é a segunda decisão no organismo internacional cujo recorte histórico é o período ditatorial militar brasileiro (1964-1985). A primeira foi o Caso Gomes Lund, também chamado de Guerrilha do Araguaia.

Para entender as consequências que a decisão teoricamente deveria ter no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário uma sucinta explicação sobre a competência da CIDH e os passos que levaram a família de Herzog a buscar a jurisdição internacional.

3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Interno

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, foi promulgada em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica. O governo brasileiro aderiu à Convenção ao depositar a carta em 25 de setembro de 1992 e a ratificou internamente em 6 de novembro do mesmo ano, por meio do Decreto n. 678. A primeira controvérsia sobre o tema é seu *status* na legislação interna: até 2004, antes da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, tratados de direitos internacionais tinham aplicação imediata, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988) (grifamos).

No entanto, a EC n. 45/2004 inaugurou a necessidade de um rito para a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento pátrio. A partir daí, então, passou a ser necessária a votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para que esses documentos tenham o *status* de EC no Direito Interno. A controvérsia, todavia, ainda não havia sido pacificada e foi necessário um posicionamento do STF, que o fez em 2008, no julgamento do RE n. 466.343. Neste, o STF decidiu que tratados e convenções de direitos humanos que não passaram pelo rito incorporado na EC n. 45/2004 têm caráter de norma supralegal, paralisando a eficácia de normas infraconstitucionais em sentido contrário.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece dois organismos de monitoramento de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH). Ao contrário do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, no Sistema Interamericano a reclamação direta individual perante a CIDH não é possível. Para isso é necessário que a parte reclamante se dirija primeiramente à CIDH, que tem como função principal “zelar, pelo prisma jurídico, pela promoção de direitos humanos” (RAMOS, 2017, p. 104). Assim como no Caso Herzog, após a apresentação da petição individual alegando violações de direitos humanos, há o início de um procedimento de apuração, estabelecendo-se o contraditório, a ampla defesa do Estado e tendo o esgotamento dos recursos internos como requisito de admissibilidade para a continuidade do processo (RAMOS, 2017).

A CIDH tem caráter conciliatório. Após o exame do procedimento e apuração dos fatos, busca-se uma solução amistosa entre as partes – o que não ocorreu no Caso Herzog. Em decorrência da omissão do Estado-parte, é elaborado um relatório com recomendações e estipula-se o prazo de três meses para o cumprimento dessas recomendações. Caso não haja seu cumprimento, a Comissão encaminha a denúncia para a apreciação da CIDH.

Todos esses passos foram realizados pela família de Herzog. A denúncia à CIDH foi submetida em 22 de abril de 2016. Segundo Fix-Zamudio, a CIDH tem natureza consultiva, na medida em que interpreta as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, e também tem caráter jurisdicional, pois soluciona as controvérsias acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção (FIX-ZAMUDIO, 1988, p. 45-46). Quanto ao caráter contencioso, o Brasil reconheceu a jurisdição da CIDH. Por conseguinte, é seu dever como Estado-parte o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos e também da jurisprudência e sentenças nas quais for condenado, pois possuem natureza vinculante. A força vinculante está assegurada no artigo 27 da Convenção de Viena, da qual o Brasil também é signatário.

3.2 Direitos Violados no Caso Herzog

Ao contrário do que foi noticiado em manchetes de grandes veículos de comunicação brasileiros, a CIDH não condenou o Brasil pelo assassinato de Vladimir Herzog – o Estado brasileiro já havia reconhecido sua responsabilidade pela prisão ilegal, tortura e morte do jornalista, no entanto omitiu-se de investigar e responsabilizar os agentes públicos em virtude da Lei de Anistia. As violações do Estado no caso foram: privar Herzog, sua esposa Clarice e seus filhos, Ivo e André, do direito às garantias judiciais e à proteção judicial; do direito à verdade; e violar a dignidade pessoal das vítimas (CORTE..., 2018).

A análise dos direitos na decisão foi feita da seguinte maneira: primeiramente foram expostas as alegações das partes e da CIDH, demonstrando a retórica entre os argumentos utilizados entre os requerentes e o Estado. Após, foram feitas as considerações da CIDH, que constitui a maior parte da análise. As considerações dedicam-se a esclarecer conceitos e demonstrar o entendimento da Corte sobre as violações ao longo dos anos por meio da sua jurisprudência.

A primeira violação apresentada pelos requerentes e a CIDH foi o direito às garantias judiciais e à proteção judicial. A CIDH considerou que a morte de Herzog constituiu uma grave violação aos direitos humanos, já os requerentes entenderam que o assassinato foi um crime contra a humanidade. As consequências dos dois é a mesma: seria criada a “obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pelos fatos, sem recorrer a obstáculos processuais que poderiam chegar a protegê-los da ação da justiça” (CORTE..., 2018).

Dentro da sua defesa, o Estado brasileiro informou que normas *jus cogens* ou de graves violações de direitos humanos no âmbito internacional não estão acima de questões processuais (prescrição, coisa julgada e irretroatividade da lei penal mais severa) e que não poderia ser responsabilizado por denegar as garantias processuais nesse caso. Para o Estado, não é possível fundamentar a imprescritibilidade penal no costume internacional, porque isso contrariaria o princípio de legalidade consagrado no artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE..., 2018).

De imediato, a Corte entendeu que o Caso Herzog representa uma grave violação de direitos humanos e, então, passou a analisar se é um crime contra a humanidade. Como afirmado anteriormente, a noção de crimes contra a humanidade é anterior à Convenção sobre Imprescritibilidade e, de acordo com a CIDH, trata-se de crimes de Estado cometidos tipicamente por agentes públicos, que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Os crimes podem ser assassinato, tortura, estupro ou qualquer outro ato repudiável contra civil praticado de forma sistemática ou generalizada. A CIDH informou, ainda, que durante seus 40 anos de funcionamento, apenas quatro casos foram classificados como crimes contra a humanidade, dada a excepcionalidade e gravidade dessa qualificação (CORTE..., 2018).

É notável o caráter sistemático e organizado da conduta do Estado brasileiro durante o regime autoritário. Entre diversos elementos elencados pela CIDH, chama a atenção a difusão da Doutrina de Segurança Nacional, que criou diversas instituições que tinham como objetivo obter o máximo de informação dos considerados “subversivos” (PEREIRA, 2010). A Diretriz Presidencial de Segurança Interna no plano do poder Executivo deu origem aos Centros de Informação do Exército (CIE), da Marinha e da Aeronáutica, Zonas de Defesa Interna, Conselhos e Centros de Operações de Defesa Interna e Destacamentos de Operações de Informação (os temidos DOI-Codi) (CORTE..., 2018). A CIDH indicou que o Manual do CIE estabelecia que o preso não poderia apresentar sinais de coação para suas confissões. Segundo Pereira (2010), isso revela o alto nível de cooperação entre o poder Judiciário e as Forças Armadas, de maneira que “a lei era manipulada, distorcida e usada de forma abusiva – ou mantida inalterada – sob o autoritarismo” (PEREIRA, 2010, p. 38).

Além de constatado o caráter organizado e sistemático, a perseguição contra civis não foi feita apenas como forma de obtenção de informações, mas também para o desmantelamento da oposição, armada ou não. Os interrogatórios e torturas eram, inclusive, acompanhados por profissionais da área da saúde:

[...] a tortura passou a ser sistematicamente usada pelo Estado brasileiro desde o golpe de 1964, seja como método de obtenção de informações ou confissões (técnica de interrogatório), seja como forma de disseminar o medo (estratégia de intimidação) (CORTE..., 2018, p. 60).

A CIDH, portanto, concluiu que a detenção ilegal, tortura e assassinato contra Herzog não foi um caso isolado durante a ditadura militar. Pelo contrário, ele fez parte de um plano sistemático e generalizado de um Estado extremamente organizado contra a população civil opositora, preenchendo os requisitos para considerá-lo o quinto caso de crime contra a humanidade julgado na CIDH. Além disso, lembrou todos os processos do Caso Herzog no âmbito interno, reiterando que a falta de tipificação no ordenamento não isenta o Estado de investigar e punir seus agentes. Na sentença, a CIDH afirmou também que o crime contra a humanidade não é um crime em si mesmo, mas sim um conjunto de ações, entre as quais o assassinato e a tortura (que dentro do Código Penal Brasileiro já possuíam equivalentes como a lesão corporal e o homicídio qualificado).

Outrossim, a CIDH lembrou que o Brasil reconheceu a responsabilidade do assassinato de Herzog na Ação Declaratória n. 136-76, contudo, no contexto de crimes cometidos durante a ditadura, o STF decidiu que a Lei de Anistia é constitucional, não cumprindo com

as suas obrigações internacionais. Logo, a supressão do controle de convencionalidade fez com que as violações fossem tanto pela falta de investigação e punição dos responsáveis pelo assassinato de Herzog, quanto pelo fato de o Brasil descumprir a obrigação de adequar seu Direito Interno à Convenção. Ao aplicar a Lei de Anistia neste caso e em outros, o Brasil descumpriu este dever.

Quanto ao direito à verdade, a primeira violação foi a versão falsa de suicídio, sustentada por anos pelo Estado brasileiro. Mesmo após a vitória na Ação Declaratória n. 136-76, a *causa mortis* no atestado de óbito de Herzog só foi modificado em 2013 (SANTIAGO, 2013). De acordo com os requerentes, tal situação causou grande sofrimento à família. A segunda violação, além de atingir diretamente Herzog e sua família, também repercute e gera grave impacto à população brasileira como um todo: o ocultamento dos documentos oficiais militares. Nem mesmo durante a transição democrática ou durante a permanência da Comissão Nacional da Verdade (CNV), entre os anos de 2012 e 2014, tais documentos foram abertos. A justificativa para tal omissão foi de “não abrir feridas” (GONZALES, 2019). Tal ocultamento, todavia, configura um obstáculo para a verdade histórica e para o estabelecimento da verdade como meio de justiça e informação.

O Estado brasileiro afirmou que no Caso Herzog, a Ação Declaratória já demonstrava o posicionamento oficial quanto ao assassinato de Vladimir e que as circunstâncias da sua morte já haviam sido esclarecidas, tanto na ação quanto na Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) e na CNV. Quanto aos documentos oficiais, porém, declarou que o Estado, com base no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem o direito de exercer políticas públicas, administrativas e legislativas com a discricionariedade que lhe é devida (CORTE..., 2018).

Em suas observações, a CIDH afirmou que reconhece os trabalhos da CEMDP e da CNV como fundamentais para a reparação das vítimas da ditadura e do caso concreto, entretanto foram necessários 15 anos para que houvesse a retificação do atestado de óbito de Vladimir. Ademais, o acesso à informação e aos arquivos públicos partem do princípio da boa-fé no acesso à informação. Assim, o Estado não deve eximir-se de sua obrigação, devendo destinar recursos para reconstruir informações que supostamente foram destruídas. Caso haja recusa para a sua prestação, que ela seja motivada e fundamentada, pois o risco de esse ato significar a violação de direitos fundamentais é alto (CORTE..., 2018).

Por fim, a violação do direito à integridade pessoal. A CIDH e os requerentes destacaram o dano psíquico e moral dos familiares de Vladimir Herzog: Zora, mãe de Vladimir, que faleceu em novembro de 2006, a esposa Clarice e os filhos, André e Ivo. O dano se deu pelo assassinato sem a investigação e punição dos agentes responsáveis, pela versão falsa de sua morte e pelo terror e intimidação sofridos pela família no contexto das violações. Clarice informou que, inclusive, foi ameaçada de morte em reiteradas ocasiões (CORTE..., 2018). O Estado reconheceu que a sua conduta impôs aos familiares dor intensa, todavia empregou “múltiplos esforços com o propósito de reparar os danos sofridos” (CORTE..., 2018, p. 88). A família de Herzog foi uma das beneficiárias da reparação pecuniária no valor de R\$ 100.000,00, dada pelo Estado às vítimas do regime ditatorial no levantamento feito pela Comissão de Anistia (CORTE..., 2018; DE STUTZ; ALMEIDA, 2017).

A CIDH julgou-se incompetente para decidir sobre a violação ligada diretamente à tortura e assassinato em razão da competência temporal da instituição, todavia, em consequência da falta de investigação, julgamento, punição dos algozes e do impedimento ao acesso à verdade, restou como violado o direito à integridade psíquica e moral dos familiares de Vladimir (CORTE..., 2018).

Cabe aqui mencionar a decisão final da CIDH sobre o caso. O Estado brasileiro foi condenado a investigar, identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir, considerando o caráter imprescritível de crime contra a humanidade. Assim, fazendo uso do controle de convencionalidade, adotar as medidas necessárias para que, no Direito Interno, se reconheça a imprescritibilidade dos crimes lesa-humanidade e internacionais. Quanto às reparações, como forma de não repetição, o Estado brasileiro deverá realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos, em desagravo à memória de Herzog, à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte. Deverá ainda ser feito o pagamento dos montantes estabelecidos pelos danos materiais, imateriais, reembolso de custas e gastos nos termos da sentença (CORTE..., 2018).

4 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

De acordo com o Relatório S/2004/616 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, Justiça de Transição pode ser entendida como o conjunto de medidas e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade lidar com um legado de abusos em larga escala no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e/ou extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos (SECURITY COUNCIL OF UNITED NATIONS, 2004). Não há hierarquia ou necessária ordem de cumprimento desses mecanismos e cada país dá o enfoque que julgar necessário no processo transicional.

Diante desse conceito é possível delimitar os elementos centrais para o processo transicional: memória e verdade, reparação, justiça ou perseguição dos perpetradores e reforma institucional. Todos eles são interligados e tangenciam-se. A memória pode ser resgatada de diversas formas, como em construção de memoriais, museus, datas comemorativas, criação de comissões da verdade, homenagem às vítimas em obras públicas, apoio financeiro para projetos independentes que buscam tal recuperação, como documentários, filmes e livros. O importante é a difusão de uma memória coletiva para que a sociedade entenda as atrocidades cometidas na ditadura, de modo que não sejam repetidas.

A reforma de instituições tem um importante papel em governos que buscam o processo de ruptura com o antigo regime autoritário e visam à redemocratização. É necessário que instituições e agentes que antes estiveram ligados a violações de direitos humanos ou que utilizaram de sua influência para perpetuar ou legitimar atos abusivos, não se mantenham agindo em nome do Estado. Para tanto, os expurgos do serviço público ou dissolução de instituições são soluções possíveis.

A reparação também assume formas distintas. Ela pode ocorrer por meio de ajuda material, como pensões, indenizações, bolsas de estudos, de assistência psicológica ou de medidas simbólicas, como na construção de memoriais para as vítimas (VAN ZYL, 2011). Finalmente, a Justiça é o eixo que busca a persecução judicial, administrativa, civil e penal de violadores de direitos humanos. Segundo De Stutz e Almeida (2017), a persecução judicial tem como fim acalmar os traumas do passado e curar feridas, não como forma de vingança, mas com o objetivo de reconciliação. No próximo item será demonstrado como o Brasil tem tratado os diferentes eixos da Justiça de Transição.

4.1 Justiça de Transição à Brasileira

Entre os pilares demonstrados, a reparação foi o eixo em que o Brasil baseou o seu processo de transição e redemocratização no sentido mais estrito. Assim, não se procurava o estabelecimento da verdade ou a justiça penal como parte da reparação, mas sim oferecer benefícios diretamente às vítimas (DE GREIFF, 2011). A Comissão de Anistia, criada pela Lei 10.559/02 e vinculada ao Ministério da Justiça, foi o principal meio pelo qual as vítimas puderam ser reparadas economicamente. Por meio dela é possível dois tipos de reparação econômica: a de prestação única limitada ao teto de R\$ 100.000,00⁴ e a reparação de prestação mensal, permanente e continuada, que é concedida nos casos de perda laboral (DE STUTZ; ALMEIDA, 2017).

Até 2018, nas sessões da Comissão de Anistia, após a leitura do processo e a decisão pela anistia do perseguido político, havia o pedido oficial de desculpas do Estado brasileiro ao anistiado ou aos seus familiares. O pedido de desculpas era uma verdadeira garantia de não repetição tanto para a vítima quanto para toda a sociedade brasileira. Constituía um dos momentos mais importantes do ato (DE STUTZ; ALMEIDA, 2017). Durante o governo do presidente Michel Temer, no entanto, com a indicação de novos integrantes ao Conselho da Comissão de Anistia, o “ritual do perdão” foi suspenso, um dos atos mais significativos de reparação simbólica no Brasil (ÉBOLI, 2019).

Quanto aos outros eixos, pouco se trabalhou Justiça de Transição no Brasil. As reformas institucionais foram tímidas e pode-se afirmar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 significou o grande, e talvez único, marco nessa direção. Quanto ao eixo Justiça, a situação piora, em razão da Lei de Anistia, que não permitiu ao menos a investigação de casos envolvendo os agentes públicos perpetradores. No contexto das ditaduras latino-americanas do século passado, o Brasil é o único país do Cone Sul que manteve a anistia sem exceções e, assim, não condenou nenhum violador de direitos humanos (BRASIL, 2007).

O Brasil é o único país do Cone Sul que não trilhou procedimentos semelhantes para examinar as violações de direitos humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e pelos desaparecimentos denunciados (BRASIL, 2007, p. 21).

⁴ A família de Herzog recebeu tal indenização, como mencionado anteriormente.

Por fim, o pilar da memória e verdade. Ainda nos anos 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, houve a instalação da Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos que, além da investigação e indenização aos familiares das vítimas, resultou na criação do documento “Direito à memória e à verdade”. Já o relatório “Brasil, Nunca Mais”, de 1985, foi um dos mais importantes documentos de acesso à informação e teve uma produção independente. Foi organizado pela Arquidiocese de São Paulo a partir de documentos retirados de autos de processos que tramitavam perante a Justiça Militar.

Em razão da condenação no Caso Gomes Lund perante a CIDH, o Brasil criou a CNV, por meio da Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011. Segundo o artigo 4º da lei, para exercer suas funções a CNV poderia receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe fossem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada; requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo, e promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos.

A CNV teve a duração de apenas dois anos e tinha como objetivo esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, identificando as estruturas, locais e instituições relacionadas à prática de tais violações. Além disso, caso fosse pertinente, poderia encaminhar aos órgãos públicos competentes toda informação obtida para que fossem localizados e identificados corpos e restos mortais de desaparecidos políticos (BRASIL, 2011).

4.2 Onde Está o Controle de Convencionalidade?

Os pilares da Justiça de Transição transparecem na condenação brasileira no Caso Herzog. A CIDH determinou que o Estado promova a investigação, responsabilização e punição dos algozes de Vladimir. Em razão de a Corte ter conhecimento de que a ADPF n. 153 configurava um obstáculo para o cumprimento de sua decisão, a sentença dispôs também pela necessidade do uso do controle de convencionalidade no Direito Interno. Esse primeiro ponto da sentença da CIDH demonstra a importância do eixo Justiça.

Como afirmado anteriormente, a Justiça vai além da punição dos violadores. A ideia de uma Justiça retributiva não pode ocupar todo o espaço reservado à Justiça. Deve-se pensar no conceito de uma Justiça restaurativa, que se propõe reconciliar as vítimas e o Estado, restaurar a confiança e posicionar-se contra as violações praticadas (BUENO, 2015).

Para Méndez, um Estado Democrático de Direito é obrigado a realizar uma série de ações como resposta a crimes contra a humanidade, quais sejam:

investigar, processar e punir perpetradores; revelar para vítimas, familiares e sociedade tudo o que pode ser confiavelmente estabelecido a respeito dos fatos ocorridos; oferecer às vítimas reparação adequada e afastar reconhecidos perpetradores de órgãos policiais e de outras posições de autoridade (MENDÉZ, 2011, p. 200).

Em um governo recém-democrático como foi o caso brasileiro nos anos 90, é escusável a não persecução pela fragilidade do novo regime. Ademais, a situação brasileira se agrava quando é lembrado que o governo não fez reformas institucionais, todavia diversos países que passaram por ditaduras na América Latina revisaram suas leis de anistia, adequando-se à jurisprudência internacional.

Como exemplo, o Peru tem grande importância no contexto de invalidações de leis de anistia por ter sido o país que deu início à jurisprudência da CIDH no Caso Barrios Alto vs. Peru. Após os dez anos de governo autoritário de Fujimori, o Peru voltou a dialogar com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por meio de uma resolução do Ministério Público peruano, a sentença da CIDH passou a ser executada. Em 2005, a Corte afirmou que o Estado cumpriu com as suas obrigações, declarando a ineficácia de suas leis de autoanistia (CANTON, 2011).

Na mesma direção, também em 2005, a Suprema Corte da Argentina entendeu que o Estado argentino, desde a Constituição de 1994, assumiu o dever de adequação de seu Direito Interno à ordem jurídica interamericana. Por conseguinte, fazendo uso do controle de convencionalidade, os ministros concluíram que a Lei de Ponto Final e a Lei de Desobediência Devida⁵ eram inconstitucionais por serem contra a Convenção Americana de Direitos Humanos e a decisão da CIDH no caso peruano (LUCAS; OLIVEIRA, 2016).

Ademais, outros países derrubaram ou abriram exceções nas suas leis de auto-anistia ao longo dos anos. O Chile considerou que o crime de desaparecimento forçado é um crime permanente. Na Guatemala, crimes contra humanidade não podem ser anistiados (HOLLANDA *et al.*, 2010). Em 2011, o parlamento do Uruguai criou lei que não permite prescrição dos crimes cometidos na ditadura, no entanto em 2016 a Corte Suprema Uruguaia vetou alguns dispositivos da lei, mas confirmou a anulação da Lei de Caducidade. Ainda em 2016, El Salvador também derrubou sua lei de anistia.

Todos esses exemplos de reinterpretações demonstram a tendência sul-americana de reconciliação com o passado. Para que haja tais decisões é inegável o peso político impulsionado pela sociedade civil. Eis a importância da condenação no Caso Herzog sobre a violação do direito à informação, direito este que se adequa ao eixo da memória e verdade: uma sociedade que tem conhecimento e que não esquece as atrocidades cometidas no passado tende a não repeti-las, no entanto o caso brasileiro foi de um esquecimento imposto aliado a uma falsa transição pacífica sem rupturas ou reformas, que conseqüentemente resultou na interpretação dos ministros do STF na ADPF n. 153.

A mudança na interpretação do STF é fundamental não só para o cumprimento da sentença da CIDH, mas também para que a instituição cumpra a sua função de importante guardiã da Constituição. Afinal, tratados de direitos humanos estão no bloco constitucional ou de supralegalidade.

⁵ “A edição das referidas leis marcou o encerramento dos julgamentos penais dos crimes ocorridos durante a ditadura militar na Argentina” (LUCAS; OLIVEIRA, 2016, p. 920).

O ministro Cezar Peluso, no seu voto na ADPF n. 153, afirmou que a Lei 6.683/79 não era um caso de “autoanistia censurada pelos tribunais internacionais” (BRASIL, 2010, p. 210). Um ano depois, contudo, na condenação do Caso Gomes Lund, que em 2018 foi ratificada no Caso Herzog, a CIDH posicionou-se de forma contrária ao entendimento do ministro Peluso:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CORTE..., 2010, p. 113).

Em geral, é muito difícil encontrar repercussão no STF das decisões internacionais de direitos humanos oriundas de órgãos dos quais Brasil reconhece a jurisdição (RAMOS, 2009). É necessário que a instituição reconheça as mudanças no cenário internacional e compatibilize sua jurisprudência com a hermenêutica do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como bem lembra Meyer (2012), o STF não está vinculado a suas próprias decisões e o Caso Herzog é uma nova oportunidade de a instituição demonstrar o seu compromisso com o Estado Democrático de Direito e os direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese estabelecida para o presente trabalho foi confirmada: o STF ignora o debate contemporâneo sobre a internacionalização do Direito Interno, não assumindo seu compromisso perante órgãos internacionais e decidindo deliberadamente contra a jurisprudência internacional. Na ADPF n. 153, além da falta do uso do controle de convencionalidade, empregou o Direito Comparado de forma equivocada. Além disso, apresentou uma visão ultrapassada no que tange à hermenêutica do Direito Internacional dos Direitos Humanos (VENTURA, 2010).

A arguição proposta pelo Conselho Federal da OAB reacendeu o debate sobre a Justiça de Transição no país. A sentença da CIDH no Caso Herzog demonstra a importância da Justiça de Transição, não só para os familiares de vítimas da ditadura, mas para toda a sociedade brasileira. É possível partir de uma das teses de Ost (1999), de que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social. Isso significa que o Direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade (OST, 1999).

Então, no julgamento do caso Herzog, o STF perdeu uma importante oportunidade de contribuir para a necessária revisão de fatos de nossa história coletiva que deixaram marcas profundas na sociedade, sobretudo nas pessoas e famílias diretamente atingidas pela repressão ditatorial. Perdeu a oportunidade de contribuir para que tais fatos sejam revisitados, não para abrir feridas, mas justamente para auxiliar em seu processo de cura, que necessariamente envolve a verdade e o perdão. É possível tirar partido dos ensinamentos do passado e assumir a responsabilidade por seus erros, de maneira a orientar o futuro (OST, 1999). Em todos os aspectos mencionados, portanto, equivocou-se o STF em sua decisão.

Quanto ao Brasil, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, em grande medida, não representou uma ruptura completa em relação ao antigo regime, como já afirmado, as consequências da desinformação e do esquecimento imposto são assustadoras. Em seu voto na ADPF n. 153, o ministro Cezar Peluso afirmou que “uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico” (BRASIL, 2010, p. 214), fazendo assim, uma comparação esdrúxula entre persecução penal de violadores de direitos humanos e os métodos utilizados pelo governo militar. Ora, a sentença do Caso Herzog lembra alguns dos métodos: choque elétrico, pau-de-arara, sufocamento, estupro, mutilação, espancamento e ameaça (CORTE..., 2018).

O objetivo de casos como o de Herzog, Gomes Lund e tantos outros que tramitam na Justiça brasileira sem ainda terem alcançado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não parece ser a vingança.

A investigação e a responsabilização penal, com direito à defesa e ao contraditório, entre outros pressupostos processuais que garantem o devido processo legal, em nada se assemelham aos “métodos utilizados pelo inimigo”. Pelo contrário, um Estado que condena violadores de direitos humanos demonstra o seu compromisso com a dignidade da pessoa humana, não coincidentemente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Decorridos oito anos do julgamento da ADPF n. 153, a composição do STF mudou, o Brasil foi condenado em duas ocasiões por violações de direitos humanos resultantes da ditadura militar e, sem previsão de julgamento, os Embargos de Declaração da ADPF n. 153 estão parados. De 2010 para 2018, o Brasil tem passado por uma onda de revisionismo histórico que torna imperativo a retomada da discussão sobre os horrores do regime autoritário. Nas eleições que precederam a escrita deste artigo, o vencedor da disputa da Presidência, Jair Messias Bolsonaro, posicionou-se a favor da ditadura militar, contra a investigação e procura de restos mortais dos assassinados na guerrilha do Araguaia, homenageou Brilhante Ustra, um dos torturadores mais conhecidos do regime de 1964, e parece flertar com a censura (BOLSONARO..., 2016).

A onda de revisionismo e a desinformação generalizada são consequências de um Estado que não se preocupou em fazer as pazes com o passado. Nesse sentido, este artigo teve como objetivo retomar o debate acerca da necessidade da instituição de medidas de Justiça de Transição. Ainda que tardiamente, no contexto político vivido atualmente no Brasil, é imprescindível que o Estado brasileiro, e dentro do recorte escolhido, o STF, cumpra a sentença do Caso Herzog. Assim, demonstrará para a população brasileira e a sociedade internacional que é um país que reconhece a sua responsabilidade e se alinha ante a jurisprudência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

6 REFERÊNCIAS

BOLSONARO DIZ NO CONSELHO DE ÉTICA QUE CORONEL USTRA É “HERÓI BRASILEIRO”. *G1 [on-line]*. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/bolsonaro-diz-no-conselho-de-etica-que-coronel-ustra-e-heroi-brasileiro.html>. Acesso em: 2 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

- BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 out. 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 16 out. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 14 out. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10559.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 153*. Relator: min. Eros Grau. Julgado em 29 de abril de 2010, DJE nº 83, divulgado em 10 maio 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 14 maio 2018.
- BUENO, Tomás Balladlid. Justicia de Transición y justicia restaurativa. In: SOUSA JUNIOR, J. G. de. *O Direito Achado na Rua*. v. 7: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. p. 325-328.
- CANTON, Santiago. Leis de anistia. In: REÁTEGUI, F. (org.). *Justiça de Transição: manual para a América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça; Nova York: ICTJ, 2011. p. 263-290.
- CHARLEAUX, J. P. El Salvador engrossa lista de países que derrubaram a lei de anistia. *Nexo Jornal [on-line]*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/26/El-Salvador-engrossa-lista-de-pa%C3%ADses-que-derrubaram-a-lei-de-anistia>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS. *Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.
- CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Petição inicial*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?i-d=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>. Acesso em: 22 out. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Alto Vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog Vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 4 out. 2018.
- DE FREITAS CRUZ, S. R. *Análise crítica do conceito de anistia na lei 6.683/1979 e o conceito de perdão na ADPF 153: hermenêutica crítica*. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2018.
- DE STUTZ E; ALMEIDA, E. (Org.). *Justiça de transição no Brasil – apontamentos*. Curitiba: CRV, 2017.
- DE GREIFF, Pablo. *Transitional Justice, Security, and Development: Security and Justice Thematic Paper*. Washington: World Bank, 2011.
- ÉBOLI, E. Governo Temer suspende pedido de desculpas às vítimas da ditadura. *Gazeta do Povo [on line]*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/governo-temer-suspende-pedido-de-desculpas-as-vitimas-da-ditadura-13klbj0uqj0ni19mc8dbi0w/>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- FERNANDES, M. Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por morte de Vladimir Herzog. *Huffpost Brasil [on-line]*. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/04/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-morte-de-vladimir-herzog_a_23474860/. Acesso em: 4 nov. 2018.

- FIX-ZAMUDIO, H. La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 8, jul./dez. 1988. Disponível em: <http://biblioteca.corteidh.or.cr:8070/alipac/NJABKASOQHMQNRCOSZOT-00019/find=-simple?1C=28%1V-La+Protecci%C3%B3n+Judicial+de+los+Derechos+Humanos+en+Latinoam%C3%A9rica+y+en+el+Sistema+Interamericano&C2=%29&F1=WRD&x=64&y=16>.
- GATHE, G. O legado da comissão da anistia e os riscos de uma gestão conservadora. *História da Ditadura*. Disponível em: <https://www.historiadaditadura.com.br/destaque/o-legado-da-comissao-de-anistia>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- GIROUD, F. *Gais-z-et-contents*. Paris: Editeur Seuil, 1997.
- GODOY, M.; NOSSA, L. Brasil é condenado por assassinato de Herzog. *O Estadão de S. Paulo [on-line]*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-condenado-por-assassinato-de-herzog,70002387409>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- GONZALES, J. Sarney defende sigilo eterno de documentos para não “abrir feridas”. *Estadão [on-line]*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/radar-politico/sarney-defende-sigilo-eterno-de-documentos-para-nao-abrir-feridas/>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HOLLANDA, C. B. de. et al. Justiça de Transição e Direitos Humanos na América Latina e na África do Sul. *Revista OAB/RJ*, Vol. 25, n. 2, p. 55-75, 2010.
- JORDÃO, F. P. *Dossiê Herzog*. São Paulo: Global, 2005.
- LINS E SILVA, T. A Construção da Anistia. *Espaço Jurídico, Revista da Universidade do Oeste de Santa Catarina*, Chapecó, v. 12, n. 2, p. 247-263, jul./dez. 2011.
- LUCAS, D. C.; OLIVEIRA, C. D. de. A justiça de transição no Brasil: elementos para pensar a democracia na América Latina. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 906-933, set./dez. 2016.
- MEMÓRIAS DA DITADURA. Harry Shibata. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-ditadura/shibata/index.html>. Acesso em: 16 out. 2018.
- MEMÓRIAS DA DITADURA. Manoel Fiel Filho. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/manoel-fiel-filho/index.html>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- MARKUN, P. *Meu querido Vlado: a história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- MENDÉZ, Juan E. Responsabilização por abusos do passado. In: REÁTEGUI, F. (org.). *Justiça de Transição: manual para a América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça; Nova York: ICTJ, 2011. p. 193-226.
- MEYER, E. P. N. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.
- OSMO, C. *O Judiciário brasileiro diante dos crimes da ditadura: entre a imprescritibilidade civil e a anistia penal*. In: SEMINARIO INTERNACIONAL POLÍTICAS DE LA MEMORIA, 9., Buenos Aires. 2016. Disponível em: http://contidhuman.jus.gov.ar/2016/11/seminario/mesa_18/osmo_mesa_18.pdf. Acesso em: 4 nov. 2018.
- OST, F. *O tempo do direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.
- PEREIRA, A. W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra. 2010.
- RAMOS, A. de C. Principais aspectos da promoção de direitos humanos na Organização dos Estados Americanos. *Hemisferio: Revista del Colegio Interamericano de Defensa*, Washington, v. 3, p. 91-112. 2017.
- RAMOS, A. de C. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.
- REÁTEGUI, F. (org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- SANTIAGO, T. Família de Vladimir Herzog recebe novo atestado de óbito. *G1 [on-line]*. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/familia-de-vladimir-herzog-recebe-novo-atestado-de-obito.html>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SECURITY COUNCIL OF UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. 2004. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616. Acesso em: 30 maio 2018.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, J. C. M. da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: RAMOS FILHO, Wilson (org.). *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

SOUSA JUNIOR, J. G. de. *O Direito achado na rua*. Vol. 7: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015.

URUGUAI: justiça derruba lei que impedia prescrição de crimes da ditadura. *Terra [on-line]*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/uruguai-justica-derruba-lei-que-impedia-prescricao-de-crimes-da-ditadura,7cc2c35e3ecfc310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>. Acesso em: 16 nov. 2018.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, F. (org). *Justiça de Transição: manual para a América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça; Nova York: ICTJ, 2011. p. 47-72.

VEIGA, E. Missa em homenagem a Vladimir Herzog na Catedral da Sé. *O Estadão de S. Paulo [on-line]*. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,missa-em-homenagem-a-vladimir-herzog-na-catedral-da-se,1624022>. Acesso em: 16 out. 2018.

VENTURA, D. de F. L. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia: Política e Justiça de Transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, p. 196-227, 2010.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.151-171>

Doutrina da Proteção Integral e Criminologia Brasileira: A Sujeição Criminal do Adolescente Suspeito

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutorado e Mestrado em Ciências Criminais (Ufpe). Professora da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). <http://lattes.cnpq.br/7784333143703014>. ericababini@hotmail.com

Maurilo Sobral Neto

Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2017). Professor do Centro Universitário Maurício de Nassau/Recife, Brasil. Membro do coletivo Butuka. Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia. <http://lattes.cnpq.br/7462478304351633>. maurilosobral@gmail.com

RESUMO

O trabalho discute como a Doutrina da Proteção Integral opera na América Latina, cuja tônica é marcada pela falta de expectativas educacionais e de inserção no mundo do trabalho, principalmente para os que habitam as periferias brasileiras. O marco teórico é da criminologia crítica que, considerando a interdisciplinaridade e incompletude da sua conceituação e a necessidade de uma criminologia brasileira, abre-se para novos instrumentais analíticos. O conceito de sujeição criminal de Michel Misse auxilia nesse sentido, na medida em que aponta que o acúmulo histórico de uma dada realidade pode levar a um tipo social negativo, avaliado independentemente de condutas. Ao associar os instrumentais teóricos, ante a atuação do adolescente em conflito com a lei, a hipótese que se apresenta é que, desde a polícia, um processo de suspeição é instaurado, pois leva em conta um padrão normal de juventude. Desse modo, a partir de revisão bibliográfica objetiva-se identificar mecanismos que despertam a figura do adolescente suspeito. Pretende-se discutir, também, a partir de observação etnográfica que está em curso na Gerência de Polícia da Criança e do Adolescente da cidade do Recife/PE, achados iniciais que apontam para a construção social do adolescente suspeito. A conclusão é que o discurso jurídico da proteção integral, ante as especificidades da sociedade brasileira, pode ter criado uma retórica que oculta uma prática social que reifica o adolescente.

Palavras-chave: Doutrina da proteção integral. Adolescente suspeito. Criminologia crítica brasileira. Sujeição criminal.

DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION AND BRAZILIAN CRIMINOLOGY: THE CRIMINAL SUBJECTION OF CHILD SUSPECT

ABSTRACT

This paper discusses the function of Doctrine of Integral Protection in Latin America, a place where work and education are scant, specially for those whom lives in the poor areas. The theoretical lens to interpret this work is the critic criminological which needs others analytics tool given by Brazil reality, whereas your incompleteness. Then, criminal subjection, a concept developed by Michel Miss, is used to foresight a interpretation that tracks are made by a historical accumulation taking to a specific social type denied in social spaces, whom can be criminalized independent of your conduct. When the theoretical lens – Brazilian critical criminological and criminal subjection – are both used, a hypothesis arises: in the Criminal Justice System, since from police a suspect process is done, because a youth pattern is activated. To investigate it was made literature review and ethnographic observation in the Police Management of Children and Adolescents in Recife/PE. The authors conclude that the judicial discourses of integral protection, face to Brazil violent reality, is a rethoric way to hide a pratice of the Criminal System to objectify the adolescent whom diverges of youth pattern.

Keywords: Integral protection doctrine. Suspect-child. Brazilian criminology. Criminal subjection.

SUMÁRIO

1 Doutrina da Proteção Integral: O Discurso Jurídico Universal de Proteção de Direitos Humanos. 2 Criminologia Crítica e Limites: Abrindo Possibilidades a Partir do Brasil. 2.1 O “Assombroso Transplante” e a Função de Contenção – Discurso Criminológico no Brasil. 3 “Sujeição Criminal”: O Acúmulo Histórico-Social Brasileiro e a Autonomia do Rótulo – Uma Experiência Etnográfica. 3.1 Uma Experiência Etnográfica na Cidade do Recife – A Concretização da Sujeição Criminal. 4 O Discurso Jurídico (Proteção Integral) e a Normalização da Juventude: A Reificação do Adolescente Suspeito. 5 Referências.

Recebido em: 28/2/2018

Aceito em: 17/10/2019

1 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: O DISCURSO JURÍDICO UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC) de 1989 representou o marco de superação do paradigma punitivo, cientificista, tutelar, eufêmico e excludente do período anterior, considerado menorista.

Todas essas legislações são fundadas nos valores e direitos humanos e impulsionam perspectivas de autonomia e garantia, afastando-se dos métodos repressivos para uma orientação educativa, constituindo um programa de ação – seja como princípio, seja como teoria – que assegura, com absoluta prioridade, os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, por serem sujeitos de direitos, o que implica uma dedicação protetiva diferenciada.

Nesse sentido, a Convenção propõe uma transformação no sentido de conceder autonomia ao adolescente, o qual, conseqüentemente, assume as responsabilidades de seus atos, em conformidade com sua idade, exatamente porque dificilmente alguém pode constituir-se cidadão se não compreende de alguma maneira os desvalores e valores de seus próprios atos no seio da comunidade em que vive.

A proteção jurídica especializada é fundamentada no respeito à peculiar condição de desenvolvimento, devendo ser, desse modo, integral a proteção ao desenvolvimento individual da personalidade nos seus aspectos físico, mental, moral espiritual e social (MACHADO, 2003).

O reconhecimento da especialidade dos sujeitos trouxe essa nova concepção principiológica, expressa pelos princípios do Interesse Superior da Criança e da Prioridade Absoluta, isto é, o rápido atendimento, e transversalidade, demandando sinergia de todos os atores sociais: Estado, comunidade e família, os quais, participativamente, concretizam a democracia. Tais premissas estão constitucionalmente asseguradas no artigo 227 (reproduzido pelo artigo 4º do ECA).

É fundamental, portanto, a constitucionalização do direito da criança, fundada em dois aspectos – o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças (que se configuram como direitos da personalidade infantil)¹ e o qualitativo, constituindo o direito das crianças uma manifestação de direitos humanos.

Ocorre que, quando a Doutrina da Proteção Integral engendrou a construção universalizada do período da infância, dirigiu a especialização do alvo da Justiça àquele não enquadrado ao conceito geral. Nesse sentido, três classes da infância se estabeleceram, as que estão

¹ Apresentados no artigo 227, §3º: O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

incluídas na sociedade e na família (normalizadas), as que estão em perigo, demandando assistência estatal e para elas devem ser aplicadas medidas protetivas do artigo 94 do ECA, e as crianças tidas como perigosas, que praticam ato infracional (SCHUCH, 2005).

Essa diferenciação, apesar de ter garantido o afastamento do termo “menor” e a superação da Doutrina da Situação Irregular, implicou a reordenação dos atores jurídicos quanto à infância pobre, acentuando a perigosidade como característica do desvio juvenil, culpabilizando a família e o infrator para legitimar a intervenção estatal.

Isto é, a associação da assistência social com a responsabilização mantém a categoria menor em que a pobreza² catalisa o tratamento do adolescente em conflito com a lei, ensejando “a manutenção do público-alvo a quem essa proposta se destina reitera o pressuposto de que os destinatários dos discursos e das práticas de correção de desvios são os adolescentes pobres” (DE PAULA, 2015, p. 41), como uma permanência, com outras roupagens, da questão do menor.

Então, na medida em que se categoriza tipos de infância, tipos de família, tipos de pessoas, tipos de relacionamento, tipos de responsabilidade, constrói-se o domínio judicial da infância, formando-se “perfis”, de modo que, se há alguma criança ou adolescente “fora do lugar ideal” das caracterizações, cabe ao Judiciário promover sua alocação para aquilo que se considera normal.

O resultado, a partir dessa completude empreendida pelo Judiciário, é a associação do sistema de valores da relação parental, modelo característico das famílias nucleares burguesas em que os magistrados estão inseridos,³ à legislação, formando um padrão que guia a integração social da infância, de responsabilidade do Judiciário, cujo papel é de guardião de tudo que possa ameaçar a infância, sejam crianças em perigo, sejam crianças perigosas.

Essa diferenciação em categorias, se associada ao medo e à insegurança social, faz com que a compaixão e a repressão sejam os valores fundamentais do ECA, de modo que a regulação dos estereótipos seja fundamental – bom e mal – autorizando o Judiciário a dominar a questão da infância (SCHUCH, 2005).

Essa problemática é ainda mais acentuada no quadro social da América Latina, cuja tônica é marcada pela falta de expectativas educacionais e de inserção no mundo do trabalho, principalmente para os que habitam as periferias brasileiras, e que o desvio aparece como uma trajetória tentadora, o que, somado ao ambiente de arbítrio e insegurança – padrão de violência e negação de direitos fundamentais – faz desses jovens excluídos morais, e não sujeitos de direitos (SOARES; BILL; ATHAYDE, 2005).

² Como salienta Michel Misse (2011), pobreza e criminalidade são variáveis, tidas, pelas ciências sociais, como causas a partir do século 19, subsuindo a patologia médica (lombrosiana) pela patologia social.

³ O Censo mais atualizado da magistratura brasileira, realizado pelo CNJ, cuja coleta de dados é referente a 2013 e contou com a participação de 64% do magistratura ativa no país, aponta um perfil no seguinte sentido: em geral, são homens, que ingressaram na magistratura com cerca de 34 anos, contando, em 2013, com média de 45 anos, com cerca de 10 anos de atividade na magistratura. São pessoas que se declaram majoritariamente (80,9%) brancas, contraponto a 19,1% de negros; pessoas que já têm filhos, independentemente de homem (78,5%) ou mulher (70,7%). Quanto ao estado civil, 64,1% dos magistrados e 39,5% das magistradas são casados (CNJ, 2014).

A criação deste ser inferior e desqualificado (decorrente do racismo, da pobreza, do não acesso à educação e aos bens essenciais à dignidade da pessoa humana) ante os mais bem colocados socialmente, deixa evidente uma sociedade hierarquizada, na qual os vínculos de comunidade são esgarçados pela desigualdade e degradação. O que é pior, poré:, esta invisibilidade ameniza o sentimento de culpa social, posto que, não sendo sujeito moral, não há grande problema em ser privado do conjunto de direitos de todos os outros cidadãos. E assim “Como, então, enfrentar o problema do adolescente infrator sem incorrer no cinismo do ‘retribucionismo hipócrita’ ou na consequência do ‘paternalismo ingênuo’?” (VIEIRA, 1997, p. 99).

Ao lado desse cenário, não havendo a universalização de direitos, a tendência é existir classificações produtoras de desigualdades, ou seja, despolitizando os direitos em nome de uma igualdade universal, ontológica, dos seres humanos, termina-se por esquecer as circunstâncias particulares das necessidades de direito. Ou seja, há um imenso idealismo da infância, cujo discurso simbolicamente protetivo resulta num sistema de segregação e privação autoritária da liberdade.

O protagonista condutor deste processo de proteção social tardia, que o faz via segurança pública, visando à padronização de proteção integral do adolescente para tirá-lo da condição invisível, é permeado de crenças e valores pessoais e subjetivos que não podem ser desconsiderados, quando se pensa em ações humanas.

Frente a esse mundo de objetos, pessoas, acontecimentos ou ideias, não somos (apenas) automatismos, nem estamos isolados num vazio social: partilhamos esse mundo com os outros, que nos servem de apoio, às vezes de forma convergente, outras pelo conflito, para compreendê-lo, administrá-lo ou enfrentá-lo. Eis por que as representações sociais são tão importantes na vida cotidiana... Elas circulam nos discursos, são trazidas pelas palavras e veiculadas em mensagens e imagens midiáticas, cristalizadas em condutas e em organizações materiais e espaciais (JODELET *apud* PORTO, 2006, p. 273).

Pautando-se nesta questão, a problemática apontada pelos autores é que o discurso jurídico da proteção integral, diante das especificidades da sociedade brasileira, pode ter criado uma retórica que oculta uma prática social normalizadora que reifica o adolescente suspeito.

Para analisar a hipótese de que a força do rótulo de criminoso se impõe, força esta operada num contexto de desigualdades sociais, econômicas, de raça e gênero, como o é na realidade brasileira, foi utilizado o marco teórico da criminologia crítica, mas não somente.

Dada a interdisciplinaridade e incompletude da conceituação crítico-criminológica, sobretudo a necessidade de uma criminologia brasileira (ANDRADE, 2012), atenta às especificidades locais, percebeu-se a necessidade do manejo dos instrumentais analíticos do conceito de sujeição criminal de Michel Misse (1999), a fim de compreender como a autonomização de um rótulo de “bandido”, na expressão de Misse, é operada num discurso de proteção integral. Sigamos na construção do raciocínio.

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E LIMITES: ABRINDO POSSIBILIDADES A PARTIR DO BRASIL

A criminologia comporta uma série de definições desde suas origens europeias, quando foi articulada e pensada pela primeira vez, até a recepção hegemônica por um país periférico desde sua origem (DEL OLMO, 2004), como o Brasil.

É indiscutível que aqui não seria o espaço mais apropriado para problematizar o curso de rupturas e permanências dos discursos deste saber.⁴ É importante compreender, porém, a origem do discurso criminológico e suas funções para, daí, identificar como se deu a recepção na América Latina e como é hoje atualizada. Não se olvida os arriscados saltos que serão realizados (OLIVEIRA, 2004), no entanto, por não se pretender realizar a história social das ideias, talvez se justifique.

De antemão é importante uma questão: Para que uma discussão que trata de sistema infracional está tratando do sistema punitivo?

Duas razões explicam. A primeira porque está a se indicar que a orientação teórica da pesquisa é a criminologia, cuja origem reside em demandas de ordem em contextos econômicos e sociais específicos (PAVARINI, 1983), logo, é indispensável falar de sistema punitivo. A segunda porque, aqui se parte da hipótese apresentada por Zaffaroni (2003) de que desde o nascimento do sistema punitivo no Brasil existem sistemas paralelos que atuam de forma não oficial de punição. Isto é, de um lado um sistema penal em sentido estrito, de outro um modelo paralelo, composto por agências de menor hierarquia, destinado a operar com uma punição tida como menor, razão pela qual gozaria de maior discricionariedade (arbitrariedade). Esse último é o sistema infracional.

Na verdade, “A história da infância é a história de seu controle” (GARCÍA MENDÉZ, 1991, p. 23) e nesse sentido, e mais, sendo as medidas socioeducativas formas de responsabilização, não se pode deixar de falar de um sistema penal. Dessa forma, é preciso afastar eufemismos, pois:

Quem foi privado de liberdade está preso. Então quais, quais seriam estes atos infracionais que podem até mesmo levar à prisão? Seriam atos infracionais ao regulamento da escola? Ao estatuto de um clube? A regras de etiqueta? Às ordens do pai e mãe? À arbitrariedade da polícia ou de outro agente, autoridade ou cidadão qualquer? Ao Código Civil? Parece que não é! (SÊDA, 1999, p. 16).

É indispensável, portanto, pensar como o sistema infracional, pautado na lógica do sistema punitivo, opera na realidade brasileira, especialmente quando o sistema de garantia de direitos humanos da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente foi amplamente recepcionado na legislação local.

A hipótese aventada neste trabalho é que esse sistema paralelo, por meio de ações não institucionais (ilícitas), oculta o controle dos indesejados, a partir de uma sujeição criminal que, em si, no conceito de Michel Misse (1999), é um tipo social negativo que encarna um acúmulo histórico de uma lógica social. Neste momento, contudo, o importante é compreender a criminologia no Brasil para daí então discutir sobre qual criminologia (ANDRADE, 2008) está a se falar quando é utilizada como teoria de orientação metodológica para a pesquisa, exatamente porque existem criminologias no plural.

⁴ Um dos caminhos para se conhecer os discursos criminológicos está em Anitua (2008). Também tratando da mesma temática em Pavarini (1983).

2.1 O “Assombroso Transplante” e a Função de Contenção – Discurso Criminológico no Brasil

A recepção da criminologia europeia na realidade marginal e periférica é definida por Bergalli (1983) como um “assombroso transplante”, o que é curioso, posto que essa teoria tradicional definia a incapacidade moral dos países periféricos, justificando a inferioridade de seu povo desde a miscigenação até a indolência. Como e por que recepcionar um saber que inferiorizava o próprio povo, a ponto de Zaffaroni (1991) definir o positivismo como uma “gigantesca instituição de seqüestro”? E quais as consequências de uma leitura criminológica atualmente?

Os debates sobre o sistema punitivo, na análise europeia, centraram seus esforços entre o desenvolvimento do modo de produção capitalista e a pena privativa de liberdade (as funções latentes e declaradas são discutidas à luz do sistema econômico e político do capitalismo) que em si já eram reducionistas, não levando em consideração, por exemplo, o disciplinamento como fator configurador; como apontava Foucault (1977).

Se, na Europa, o grande encarceramento teve expansão na sociedade disciplinar com redes de prisões, manicômios, internatos e asilos para garantir o exército industrial de reserva, como garantir que esses mesmos objetivos se realizem numa cultura como a brasileira, em que o “jeito” – “uma instituição paralegal altamente cotada e conhecida” (ROSENN, 1998, p. 13) – é uma constante?

Aliás, Zaffaroni (2003) alerta sobre isso indicando que há elementos locais que não se adaptam às teorizações dos países centrais. Aqui não há efetivo controle das estruturas de poder, de modo que a imprevisibilidade e improvisação são questões costumeiras e visam a garantir que a ordem funcione e que são regras gerais das práticas institucionais.

Nesse sentido, a absorção das ideias foucaultianas não pode ser feita acriticamente, sobretudo quando o autor trabalha com os conceitos de sociedade disciplinar e docilização dos corpos para torná-los economicamente produtivos. Sim, porque além de o panóptico ter sido irrealizável na própria Europa, em que as prisões francesas de 1848 eram “um sinistro espetáculo: comida podre, presos descalços arrastando-se em andrajos, pés ulcerados, pernas inchadas, rostos emagrecidos, tez pálida [...]”, como aponta uma historiadora francesa (PERROT *apud* OLIVEIRA, 2011, p. 326) para criticar a normatividade de Foucault; não foi possível numa sociedade onde “o buraco da disciplina sempre foi mais embaixo” (OLIVEIRA, 2011, p. 323).

Camila Prando (2006, p. 80) é bem clara nesse sentido: “Se na Europa Ocidental a prisão tornou-se uma pena relacionada à disciplina das massas marginalizadas ao mercado de trabalho capitalista, o mesmo não se pode falar da América Latina”.

No Brasil, a sociedade é indisciplinar, como caracteriza Luciano Oliveira. Convive com exclusões morais, em que o adestramento das almas é substituído pelo “espancamento na rua ou no posto policial” e a masmorra é o princípio de tudo, forma “imediate e barata, qual seja, entulhar os exíguos espaços com o maior número possível de presos” (OLIVEIRA, 2011, p. 323).

E mais, “a idéia do panóptico não se aplicou aqui, porque não havia nem população carcerária para tal, já que a concentração de habitantes se encontrava no meio rural, nem mercado que necessitasse desse disciplinamento, uma vez que se estava ainda longe de uma possível Revolução Industrial latino-americana” (PRANDO, 2006, p. 86).

Além disso, o discurso do homem degenerado moralmente desenvolvido na Europa foi transportado para uma sociedade até então marcadamente rural, que, ao ingressar nos primeiros anos da República, convivia com uma realidade também marcada pela urbanidade em virtude do processo de industrialização. Esse novo modelo de organização social e econômica não substituiu o antigo modelo rural, calcado na grande propriedade; ao contrário, o processo de industrialização encontrou no desenvolvimento rural enormes possibilidades para se desenvolver.

Sim, porque no final do século 19 o Brasil era apontado pelos viajantes como um caso único e extremado de miscigenação racial. Um cruzamento que rendeu à população um estigma da deterioração, nas menções europeias, tornando-se, portanto, a questão racial um elemento determinante para os destinos da nação.

A hipótese que se lança é que a questão racial, assim, como a existência de raízes da violência, são as razões do sucesso das teorias raciais, chegadas tardiamente no Brasil (por volta da década de 70 do século 20), tendo sido profundamente acolhida pelos centros de pesquisa e ensino que, à época, congregavam a elite intelectual nacional (SCHWARCZ, 1993).

Quando se trata de compreender a realidade brasileira, no sentido de discutir o grau de influência da sociabilidade, da estrutura social, política, econômica e a própria gestação, enquanto povo, somente a Sociologia e a Antropologia podem auxiliar. Nesse sentido, considerando que “Nossa região marginal tem uma dinâmica que está condicionada por sua dependência e nosso controle social está a ela ligado” (ZAFFARONI, 1999, p. 66) e que, no Brasil, o Estado nunca consolidou o monopólio sobre a violência física e nunca conseguiu estatuir leis confiáveis, que mediassem as relações entre os indivíduos, o resultado foi que, em lugar de uma reversão das relações agressivas; o que existiu, ao longo de toda sua História, foi a persistência de valores que cultuam a força como alternativa amplamente utilizada entre a população para solucionar conflitos. A criminologia com brasilidade deve levar em conta essas estruturas da sociedade brasileira, e nesse contexto, a interdisciplinaridade é indispensável.

Neste sentido, Sozzo (2003) aponta que, para evitar novas dependências culturais, deve-se considerar, necessariamente, a realidade sociopolítica concreta do continente, o que esbarra num problema grave – a escassez de pesquisas empíricas na América Latina.

É por esta razão que a criminologia tem de crescer em pesquisas sobre a realidade, a fim de que possa se superar “a falsa disjuntiva” nas ciências criminais, e uma parceria entre criticismo e garantismo criminologicamente fundamentado – entendido como “vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal”, seja de fato concretizado (ANDRADE, 2012, p. 99).

A incursão nessa problemática implica compreender os discursos jurídicos, cuja função política é objeto da criminologia (ANITUA, 2008), bem como a realidade na qual esse discurso é operado, especialmente quando se pretende conhecer a representação social⁵ do sujeito considerado suspeito. Esse conteúdo é trabalhado por instrumentais analíticos que escapam à criminologia, mas são, ao mesmo tempo, indispensáveis para a compreensão da realidade brasileira.

⁵ Representação é “algo que alguém nos conta sobre algum aspecto da vida social” (BECKER, 2009, p. 18), seja comum, elaborada nos atos mais simples da vida cotidiana, seja mais elaborada, preparada com preocupação de cientificidade. São informações que orientam as práticas e relações humanas, construídas por meio de comunicações sociais e apreendidas socialmente, além de variar em função dos extratos econômicos e culturais em que se inserem os indivíduos ou grupos (ANCHIETA; GALINKIN, 2005). As representações sociais funcionam como princípios orientadores e indutores de condutas seja de indivíduos, grupos ou instituições, de modo que compreender como a magistratura representa as medidas socioeducativas de internação importa desvendar o que se pensa sobre o instituto, captando seus significados, expondo seus sentidos (PORTO, 2006).

É nesse momento que a abordagem da sujeição criminal de Misse pode e deve ser somada à compreensão criminológica. Sim, porque aponta ele – o acúmulo histórico de uma dada realidade pode levar a um tipo social negativo que será avaliado independentemente de sua conduta (MISSE, 1999).

Acredita-se que assim será possível chegar mais próximo da compreensão do real significando do discurso protetivo do adolescente no Brasil.

3 “SUJEIÇÃO CRIMINAL”: O ACÚMULO HISTÓRICO-SOCIAL BRASILEIRO E A AUTONOMIZAÇÃO DO RÓTULO – UMA EXPERIÊNCIA ETNOGRÁFICA

O processo de acusação social assume uma dimensão ampla e violenta, principalmente na esfera pública, na qual funciona como dispositivo que determina o começo e o fim da construção social do crime e que perpassa o que Misse (1999) identifica como sujeição criminal.

Entende-se que a acusação social permite, nos termos das relações construídas na sociedade brasileira, a identificação e exposição de indivíduos que praticam supostas condutas indesejáveis. A acusação social, entretanto, assume proporções extremamente gravosas que, em determinadas situações, não interessa se de fato tenham sido praticadas. Ou seja, o direcionamento de instrumentos formais e informais de dominação e controle passa a ser direcionados aos aspectos subjetivos do indivíduo.

Segundo Michel Misse (2008, p. 15), quando a ênfase recai sobre a transgressão, e não sobre o sujeito transgressor, há uma minimização entre o fato e a lei a ser aplicada, ou seja, o processo de subsunção entre essas duas esferas passa a ocorrer com a separação entre as leis, códigos éticos e morais e os elementos subjetivos que compõem o indivíduo.

A racionalidade adotada pelas instituições de controle formal e informal, todavia, vem sendo instrumentalizada com base em outros aspectos, pois na modernidade se busca instrumentalizar meios para identificar no transgressor justificativas para a conduta praticada (MISSE, 1998).

Ocorre que, diante dos padrões de criminalidade e violência vivenciados no Brasil, ontem e hoje, busca-se racionalizar o tipo criminoso, independentemente de qualquer prática delituosa, justificando, não pela prática da transgressão, mas pela possibilidade de transgredir.

Nesse sentido, o direcionamento de estruturas de controle e suspeição é voltado para aspectos subjetivos, como determinados padrões de postura do indivíduo, localidade em que se encontra, padrões étnicos, culturais e morais vivenciados por ele. Tudo transformado em acusações sociais. Ou seja, o tipo criminoso independe da prática de qualquer transgressão legal, basta ser identificado como suspeito. Conforme segue:

Na modernidade, com a ênfase posta na racionalidade da ação e no autocontrole, as nuances apontam principalmente para um sujeito, fazendo dele e de sua subjetividade o ponto de ancoragem da acusação. Constituem-se diferentes tipos sociais segundo a regularidade esperada de que indivíduos sigam variados cursos de ação reprováveis (MISSE, 2008, p. 15).

Dessa forma, a dimensão externa da acusação social termina por legitimar especulações criminosas com base exclusivamente em aspectos subjetivos que cercam determinados indivíduos, por se encaixarem no que Misse (2014) denomina de tipos sociais negativos. Assim, é

possível ter-se uma dinâmica violenta de exposições, com a possibilidade de morte, na qual inúmeros atos violentos são justificados contra esses indivíduos, com base exclusivamente em elementos subjetivos, construídos como negativos, a partir de paradigmas históricos determinados por grupos hegemônicos.

Os dados e acontecimentos de repercussão nacional demonstram essa conclusão. As vítimas de homicídios praticados pela polícia no Rio de Janeiro são negros e jovens entre 15 e 24 anos, moradores das localizações periféricas da cidade, como se percebe no quadro da Anistia Internacional (2015).

Gráfico 1 – Homicídios decorrentes de intervenção policial, por sexo, na cidade do Rio de Janeiro, entre 2010 e 2013

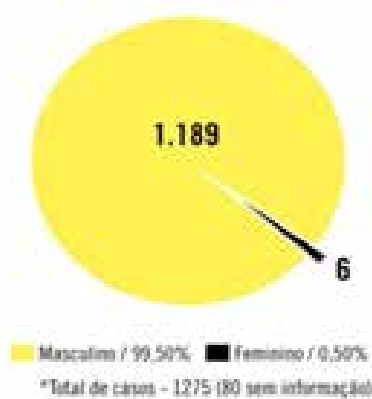
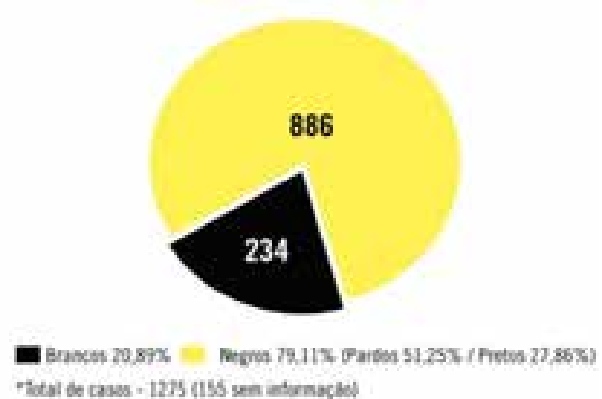


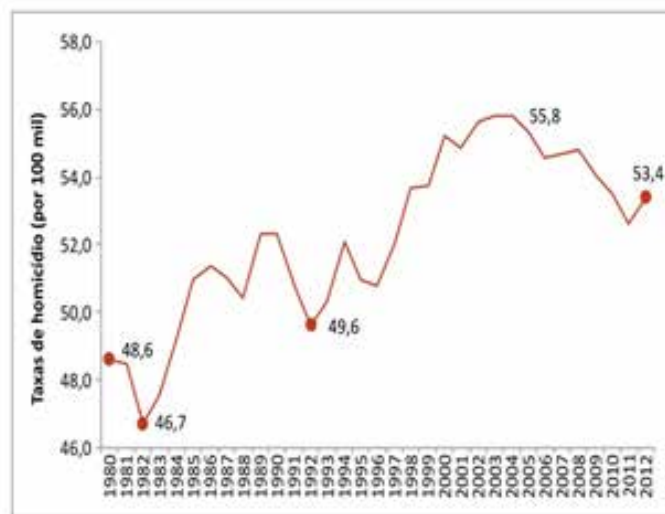
Gráfico 2 – Homicídios decorrentes de intervenção policial, por raça/cor, na cidade do Rio de Janeiro, entre 2010 e 2013



Fonte: Elaboração própria baseada em dados do Instituto de Segurança Pública e Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro (FBSP, 2014).

Esse cenário é repetido nos dados sobre as mortes violentas intencionais em todo o país. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2014 aponta o crescimento da vitimação juvenil, chegando a representar, com os dados de 2012, 53,4% dos homicídios ocorridos (FBSP, 2014).

Gráfico 3 – Participação (%) dos homicídios juvenis no total de homicídios. Brasil 1980/2012



Fonte: SIM/SVS/MS.

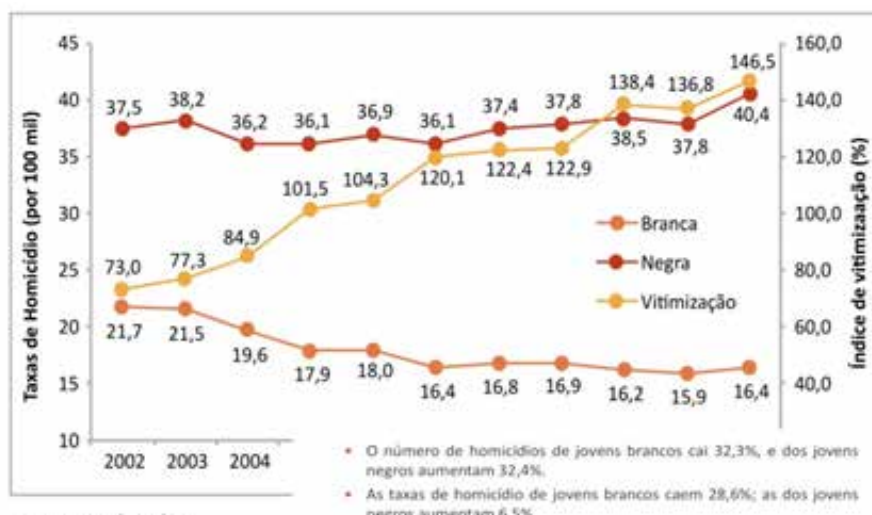
A evidência de que a vida do jovem negro e da periferia é descartável é ainda mais evidente nesse quadro (FBSP, 2014).

É possível perceber, portanto, o extenso número de mortes com autorização social de uma população que

muito além do descaso histórico em relação à precariedade das condições de vida e da indiferença social, essas populações sofreram toda sorte de violência, em especial a física, perpetrada pelos muros da internação e pela arbitrariedade policial materializada sob a forma de tortura e maus tratos que por vezes terminam em morte (VARGAS, 2011, p. 30).

O que se observa, na verdade, são construções baseadas em particulares (privado) que se estendem ao público e determinam o *modus operandi* de suas instituições. Essas construções, baseadas em um tipo social negativo tornam-se externas a partir do processo de acusação social e que vem reverberar na sujeição criminal desses tipos sociais negativos.

Gráfico 4 – Taxas de homicídio branco e negro e vitimização negra. População total. Brasil 2002/2012



Fonte: SIM/SVS/MS.

A ideia de Misse, ao relacionar a perspectiva interacionista de Becker com a abordagem macrointeracionista, resultou na ferramenta interpretativa de que o rótulo não está necessariamente atribuído a uma prática, pois esse não se “descola” do indivíduo após a condenação (TEIXEIRA, 2011, p. 171), mas ao revés, a força do rótulo de criminoso é naturalizada e a sujeição criminal é um dispositivo de criminalização autônomo, pois, na realidade brasileira, a sobreposição estamental (desde o escravagismo até o individualismo) e a ordem hierárquica (garantida pela violência desde suas raízes) fazem com que seja um “processo social que conduz a determinadas prática sob uma classificação social, relativamente estável, enquanto tal, legítima (MISSE, 1999, p. 67).

Nesse sentido, o que tem sido observado é que com a identificação do suspeito, a acusação social não precisa ser externalizada para legitimar a violência repressiva de dispositivos de controle formais e informais. Ao que parece, existe um consenso interno e coletivo que direciona a acusação social, sem que ela precise ser externalizada.

É o que pode ser observado em alguns relatos de policiais militares coletados junto a Gerência de Polícia da Criança e Adolescente (GPCA), localizada na cidade do Recife/PE, a seguir analisados.

3.1 Uma Experiência Etnográfica na Cidade do Recife – A Concretização da Sujeição Criminal

Nesta pesquisa a abordagem da realidade visa a compreender o discurso das polícias no âmbito do sistema infracional, razão pela qual serão abordados alguns elementos de experiência etnográfica⁶ realizada na cidade do Recife, no período de 2 de junho de 2015 a 30 de setembro de 2015.

Além disso, foram realizadas entrevistas em profundidade com policiais da localidade, com o fim de obter mais detalhes sobre a representação social desses agentes sobre suas práticas em relação ao adolescente considerado suspeito.

A orientação teórica foi imprescindível porque baliza a pesquisa para evitar meras descrições de um fenômeno de uma cultura, com afirmações de um tipo popularesco, estilo jornalístico (BECKER, 2007, p. 40). É neste sentido que a interpretação dos dados será realizada à luz dos marcos teóricos já referidos.

O método utilizado para a realização da pesquisa foi o da observação não participante, que permitiu a compatibilização entre a praxe adotada pelos agentes policiais, que não admitiam qualquer tipo de interferência no momento de formalização do flagrante, e os anseios dos pesquisadores em estar presentes nesse procedimento, com o receio de ensejar intimidações dos agentes policiais no ato observado

Tendo como objeto o fenômeno antropológico, a presente pesquisa não poderia se desvirtuar dessa abordagem, razão pela qual houve a preocupação do estudo do diferente, de presenciar algo que se mostre tão incomum e estranho que só possa ser vislumbrado como uma roupagem do “outro”. Nesse sentido, Rodrigues destaca que:

Apesar do crescente acesso ao sistema de justiça, tem-se que devido à complexidade de sua composição, com diversas instituições, instâncias, códigos, ritos, procedimentos, solenidades, autoridades, textos e simbolismos, a compreensão de seu funcionamento ainda não se mostra inteligível e acessível para quem observa de fora (2010, p. 306).

Desse modo, a indicação de que o pesquisador deve se manter afastado do objeto pesquisado com o intuito de não comprometer a parcialidade, foi objetivo almejado em todo o transcurso da pesquisa, pois a observação etnográfica tem como importância fundamental possibilitar reflexões sobre as condições em que se produz o conhecimento antropológico e social.

Assim, é um modo de construir um conhecimento sobre uma realidade social já construída. De tal maneira, ela (a realidade) é também um instrumento de percepção do estranho e das exceções, pois, tratando-se da esfera social, nenhum comportamento humano é passível de ser absolutamente determinado.

⁶ Trata-se de recorte de pesquisa de dissertação de Mestrado que o segundo autor está realizando no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, sob orientação de Luciano Oliveira e coorientação da primeira autora.

Neste tópico, pede-se permissão para assumir a primeira pessoa verbal, em virtude do protagonismo da etnografia.

No dia 4 de setembro de 2015, já passava das 18 horas quando me direcionei para fora da delegacia, enquanto esperava o término da oitiva de dois policiais e duas adolescentes acusadas de “quebrarem” e agredirem dois agentes de defesa social no Case Santa Luzia,⁷ Diante de uma situação que parecia, na verdade, uma “bronca” entre pais e filhas por mau comportamento e que resultaria no drástico “castigo” do recolhimento ao sistema de internação provisório, conhecido como Cenip,⁸ resolvi sair da delegacia.

Ao me direcionar para fora da GPCA, tive a oportunidade de entrevistar o cabo Tenório,⁹ pertencente ao batalhão da Rocam,¹⁰ e que devido aos seus vários anos de polícia, estava pleiteando aposentaria. No momento da conversa ele aguardava ser ouvido sobre o caso de uma agressão física advinda de dois adolescentes que teriam se desentendido na sala de aula de uma escola pública, e as diretoras da instituição acharam por bem chamar a polícia. Após me apresentar e explicar o motivo das perguntas, a conversa se deu nos seguintes termos:

P: Como são feitas as abordagens?

CTT: **Geralmente a abordagem é feita mais ou menos em torno de bairros suspeitos, o camarada tá com uma bolsa, uma mochila, naquele setor.**

P: Setores de bairro... se eu pudesse mapear ali e colocar os bairros considerados “suspeitos”.

CT: São vários: Santo Amaro, Coque, os Coelhos, embora os coelhos quebrou muito, os Coelhos é hoje 20% do que era, Brum...favela do Brum.¹¹

P: E caso, tá na rua fazendo ronda, em determinada localidade e vou abordar aquele, o que faz vocês abordarem aquele? O que faz levar a abordar aquele determinado adolescente ou coisa assim?

CT: Não, **adolescente é se ele tiver em atitude suspeita, né? Porque se ele tiver fazendo coisa errada, ele fica meio receoso quando vê polícia, né? Aí se ele apresentar certo nervosismo ou alguma coisa, acho melhor abordar...**

P: Nervosismo da pessoa né?

CT: Nervosismo, o trejeito dele (Recife, 4/9/2015)

⁷ Centro de Atendimento Socioeducativo – Santa Luzia, unidade de execução de medida de internação de adolescentes do sexo feminino.

⁸ Centro de Internação Provisória.

⁹ Nome fictício e baseado na música “Cabo Tenório” composta por Rosil Cavalcanti e Jackson do Pandeiro em 1954. A música narra a história de um militar benquisto pela sociedade e por seu batalhão por resolver os conflitos que emergiam na região em que era lotado. O cabo fazia um tipo “valentão”, mas que vibrava e se acalmava ao ser reconhecido pela sociedade como o maior inspetor do quart

¹⁰ Ronda Ostensiva com Apoio de Motocicleta, unidade da Polícia Militar de Pernambuco.

¹¹ Todos os bairros são periferias da cidade do Recife.

Observa-se nesse pequeno trecho como o discurso de um agente que atua há mais de 20 anos no sistema de justiça criminal é orientado pelo olhar de um tipo social negativo e que reverbera na sujeição criminal, legitimando uma desconfiança em relação a atos banais, como portar uma mochila e morar em locais específicos.

Além disso, o nível de pobreza é decisivo na caracterização do adolescente suspeito.

Dependendo de como se estabeleça a relação entre sujeição criminal e distância social, podem evidenciar-se importantes ambivalências na avaliação local do transgressor, como de outra parte, podem se alargar extensões sociais da sujeição criminal que compreendam famílias inteiras, ruas favelas, bairros ou parte inteira de uma cidade (Misse, 2008, p. 24).

Michel Misse (2008, p. 22) ao direcionar sua análise sobre as relações e construções tipológicas que permeiam nossa sociedade, entende que as relações intersociais presentes nos domínios sociais que constituem as estruturas da sociedade brasileira, inclusive o processo de subversão entre essas categorias como a casa pela rua e o público pelo privado, podem ser entendidas a partir do que ele chama de distância social.

Dessa forma, é por meio do processo de subversão de interesses e posturas dominantes de determinados grupos que se sobrepõe sobre outros. Recorre-se, inclusive, ao processo de criminalização desses indivíduos e grupos, direcionando o maquinário das instituições de Justiça Criminal. Misse (2008, p. 22) enfatiza que a distância social determina, com base em estruturas morais, aquilo que seria o principal eixo do processo de normalização e consequentemente de direcionamento de formas de controle de subjetividades e relações sociais.

Distância social desregulada e práticas criminais recorrentes constituirão, por sua vez, o principal núcleo da mobilização para a incriminação dos indivíduos acusados e para a constituição da sujeição criminal na modernidade. A autodemanda subjetiva de incriminação torna plenamente justificável, de um ponto de vista público, a mobilização interna para efetuar a denúncia, diferentemente do que se passa entre atores que partilham um mesmo ambiente privado, ou de vizinhança, onde outros fatores podem intervir para atenuar ou modificar essa mobilização (MISSE, 2008, p. 23).

Dessa forma, a distância social atua como um verdadeiro medidor que pode ser analisado a partir de duas perspectivas: primeiramente como um instrumento de seletividade entre indivíduos que ao se aproximarem em uma dimensão moral e de poder se reconhecem como pertencentes ao mesmo processo civilizatório e de normalização, tal qual ocorre no domínio privado, e suas relações presentes no interior da casa. Na medida, entretanto, em que essa distância social vai se maximizando, os laços e hierarquias vão se tornando distantes, a ponto de indivíduos serem subjugados como pertencentes a dimensões morais e civilizatórias

diferentes. Ou seja, a repulsa do outro presente na rua,¹² um domínio onde os laços fracos e duvidosos entre desconhecidos preenchem aquele espaço e os marcam com o processo de sujeição criminal.

Mas antes de ser apenas cultural a distância social é um indicador de como se pratica, se opera e se representam as relações de poder numa determinada sociedade. Ora, a construção da civilidade burguesa e a normalização do individualismo deram-se principalmente pela *regulação* da distância social entre os indivíduos e classes, impedindo-a que diminuísse muito (no caso interindividual, principalmente na esfera privada e no espaço íntimo, onde afetos e paixões têm livre curso) ou aumentasse demais (principalmente na esfera pública, que regula os interesses entre as classes) (MISSE, 2008, p. 22).

Ademais, a distância social por meio da soma de inúmeros elementos condicionantes que vão além da moral, e que carrega uma carga histórica do processo de formação da sociedade brasileira, além de definir quem são os indivíduos, grupos ou até mesmo comunidades que passam pelo processo de sujeição criminal (MISSE, 2014), também determina o paradigma normalizador e civilizatório da sociedade brasileira, a partir de aspectos subjetivos, como padrões morais, culturais, políticos e econômicos de grupos hegemônicos. Nesse sentido, enfatiza Michel Misse (2008, p. 23) que a distância social a partir de determinados parâmetros transfere para a subjetividade do agressor mediante o que ele chama de “acusação social” aquilo que deveria ser restrito ao ato transgressor.

Dessa forma, esse processo de subversão permite que interesses e posturas de classes dominantes, não só no âmbito econômico, mas em uma esfera muito mais ampla, na qual se dita os aspectos morais, civilizatórios, estenda-se ao universo público, de modo que certos paradigmas comuns a uma classe hegemônica e que seriam restritos ao âmbito privado se estendam à esfera pública. Nesse processo acusatório e baseado em construções fundadas em paradigmas hegemônicos, surge a figura do suspeito, muitas vezes construído contra indivíduos e grupos que não possuem qualquer laço direto ou indireto com a criminalidade.

São indivíduos cujos atos mais simples e comuns são verdadeiros pontos de acusação. E, ao que parece, a própria polícia atribui, como fundamento para essa violência seletiva, determinada incivilidade e/ou periculosidade como elementos que justifiquem a ação repressiva, conforme segue:

Na modernidade, a acusação se emancipa da transgressão (que se torna no mínimo moralmente ambivalente ou duvidosa) para se dirigir à subjetividade do transgressor, à sua desnormalização, à sua incivilidade, às suas “fraquezas”. Ao investir no acusado uma posição de fraqueza (moral, social, de caráter), aumenta-se o investimento de poder do acusador (MISSE, 2008, p. 17).

¹² Casa e Rua são categorias de Roberto DaMatta (1997) utilizadas por Misse que a perpetuação de espaços que predominam como lugares de características e atividades específicas. Tais categorias sociais são dotadas de determinadas características que refletem e reverberam uma série de aspectos que permeiam a sociedade e seus fenômenos, seja em um âmbito mais reservado, privado e marcado por uma série de hierarquias, como é o domínio da casa onde moralidades e identidades de um determinado grupo de indivíduos preenchem aquele lugar, ou em uma esfera mais ampla, onde as hierarquias não se encontram tão definidas, em que a ausência de laços e a presença do medo do desconhecido fazem emergir a figura do “outro”, impingindo o distanciamento e a ausência de identidade, marcando as relações entre os indivíduos que transitam ou permanecem naquela esfera, como é o domínio da rua.

O que parece como mais perigoso é o teor de cientificidade que é dado por meio da racionalização desse processo de sujeição criminal. As estruturas de controle do Estado, por intermédio das suas legislações e outros códigos normativos, camuflam, sob o manto da neutralidade e legitimidade, uma série de construções seletivas e de teor extremamente violento. Conforme afirma Misse (2008, p. 17), “cabe à lei oferecer legitimidade a um processo que, de outro modo, padeceria de “neutralidade”.

Segue a entrevista:

P: O trejeito? Isso é só a experiência que diz?

CT: **É... mas a formação da gente faz com que a gente aborde também. A formação da gente ensina isso aí.**

P: Nessa formação, eles ensinam o quê?

CT: Ensinam a abordar, né? Mas quem vai decidir quem abordar é a gente na rua.

CT: Dois caras de moto passando, atitude suspeita. Dois, três elementos de carro perturbando... tipo assim. A cidade em si, aqui da gente, faz com que a gente aborde muito por causa disso, a violência é grande, tráfico grande, mas se fosse em outro local, numa cidade que não tem tanto, tipo Santa Catarina, Blumenau, que é uma cidade que não tem tanta violência como aqui. Aí a situação de abordagem é outra, mas aqui... a população vive com o nervo à flor da pele, leva a gente a abordar... porque se a gente não procura a gente não acha.

Metrô... tá tendo esses assaltos todinho, geralmente é em três, aí a gente vai separando aquele ali, pq tá acontecendo esse tipo de assalto.

P: tipo, questão de roupa a gente vê repetição nos trajés, né?

CT: em si, o pessoal daqui, a gente mais ou menos vê o tipo de roupa, mas a roupa hoje em dia não quer dizer nada... o tipo de roupa, **o que vai dizer é o tipo do camarada** (Re-cife, 4/9/2015).

O que se observa na fala do cabo é a instrumentalização de uma construção social do indivíduo identificado como criminoso. Esse tipo social negativo, dotado de periculosidade e de um intenso caráter criminógeno, é racionalizado e instrumentalizado pela própria Academia de Polícia, nos seus cursos de formação de agentes policiais.¹³ Ora, ao que parece, a própria polícia legitima a seletividade e mostra que ela precisa representar a verdadeira violência no Brasil.

Acrescenta-se a isso o estoque ancestral de imagens lombrosianas que a polícia acumulou ao longo dos anos: os sujeitos “manjados” (e sua generalização para outros tipos bo-ciais), que a polícia pensa que conhece e que, portanto, pode incriminar por “antecipação” (MISSE, 2008, p. 24).

¹³ “O tipo de formação institucional que os policiais militares e civis recebem é de caráter repressivo, dogmático e instrucional, seja porque ligado ao direito punitivo, seja porque inspirado na formação militar” (KANT DE LIMA, 2013, p. 76). É no período da formação policial que os futuros policiais passam a se comprometer com a atividade a ser desenvolvida, visto que passam a compartilhar valores, crenças e habilidades uns com os outros, desenvolvendo, desta forma, sua identidade profissional (KANT DE LIMA, 2014, p. 475).

Esse processo de naturalização e racionalização do tipo criminoso é tão intensa que assustaram o pesquisador a calma e a naturalidade da fala do cabo Tenório. Para ele, a repetição desse tipo construído como negativo e perigoso, ao longo dos seus mais de 20 anos de atividade como militar, não passa de uma equação matemática para a identificação do criminoso, em que a soma de fatores como pobreza, favela, idade e raça resultam na figura do indivíduo suspeito. Uma fórmula histórica e, ao que parece, na visão das instituições de Justiça Criminal, não tem como dar errado.

Enfim, o que interessa para a presente exposição é que, a partir dessa extensão e subversão entre os domínios da casa e da rua, padrões de comportamento e determinadas características como estereótipos e de desvios, são identificados pelo olhar de quem assume o domínio sobre determinados grupos, mediante relações de poder e controle.

Dessa forma, a construção social, que precede a identificação de indivíduos, posteriormente estereotipados como desviantes ou suspeitos, passa necessariamente pela concepção já solidificada de um olhar hegemônico que identifica aquele indivíduo ou grupo como um tipo social negativo, nos termos de Michel Misse (2008). Esse processo que marca a seletividade de indivíduos como propensos a cometer um crime é exatamente a sujeição criminal.

A sujeição criminal através da qual são selecionados preventivamente os supostos sujeitos que irão compor um tipo social cujo caráter é socialmente considerado “propenso a cometer um crime”. Atravessando todos esses níveis, a construção do crime começa e termina com base em algum tipo de acusação social (MISSE, 2008, p. 14).

Observa-se que a sujeição criminal se repete nas inúmeras esferas sociais brasileiras, desde o processo de educação de uma criança em seu núcleo familiar à execução e *modus operandi* de um sistema de Justiça, como o criminal. Tais consequências repetem-se no processo de formação do Estado e do processo civilizatório brasileiro, inclusive recorrendo a elementos de criminalização secundária, que acabam justificando o direcionamento de uma série de mecanismos de exclusão e controle contra esses grupos:

O país que no ano dois mil completou meio milênio é uma nação de contrastes sociais e econômicos que podem ser explicado à luz do seu passado de exclusão de negros, índios, e idéias politicamente deletérias para a ordem do patriarcado, na Colônia ou no Império. A exclusão e subordinação social, econômica e política de raças e ideários não hegemônicos são raízes fincadas na fundação da civilização brasileira e parecem, hoje, constituir a natureza da mesma do Estado (NUMERIANO, 2000, p. 83).

Considerando o cenário apresentado, é importante, pois, ponderar sobre a função e o real papel da Doutrina Integral, pois uma pergunta não pode ser desconsiderada: Por que essas práticas de violação de direitos ainda permanecem, com a mudança de paradigma?

4 O DISCURSO JURÍDICO (PROTEÇÃO INTEGRAL) E A NORMALIZAÇÃO DA JUVENTUDE: A REIFICAÇÃO DO ADOLESCENTE SUSPEITO

A sociedade brasileira é dotada de inúmeros domínios e categorias sociais que se completam, e, muitas vezes, assumem perspectivas opostas, ressaltando as inúmeras relações e eventos sociais que constituem o dinamismo do processo histórico de formação.

Diante de tal complexidade, estudiosos, notadamente historiadores, sociólogos e antropólogos, traçaram análises acerca das categorias sociais presentes nessa rede complexa de estruturas como forma de entender determinados fenômenos que formam aquilo que se chama de sociedade. Ou seja, a necessidade de se analisar e entender, a partir de uma perspectiva local (DAMATTA, 1982), os inúmeros acontecimentos que reverberam no processo de construção social.

Nesse sentido, os próprios criminólogos brasileiros vêm recorrendo à Sociologia e Antropologia Social, voltando-se cada vez mais para a necessidade de se estudar os fenômenos da criminalidade e da violência a partir dos elementos e particularidades que constituem nossos fenômenos locais. Ou seja, a necessidade de uma análise “abrasileirada”, de modo a não se limitar a comprimir e aplicar teorias e conceitos advindos de contextos que abarquem construções sociais, culturais, econômicas e políticas completamente dissonantes, ou que passem uma visão míope dos fenômenos como a criminalidade e do sistema de justiça brasileiro, inclusive com base em elementos que reverberam efeitos na estrutura social do país (OLIVEIRA, 2011; ANDRADE, 2012).

O processo de formação de uma sociedade muitas vezes passa por inúmeras rupturas e mudanças, tanto nas estruturas estatais como no *habitus* da própria sociedade em si, e daí algumas categorias se repetem e solidificam suas funções que se perpetuam no Brasil, no conturbado processo de formação dos centros urbanos.

Aqui discutiu-se a necessidade de a criminologia valer-se de conceitos sociológicos, posto que diversas categorias de análise reverberam efeitos no direcionamento de mecanismos disciplinares e de controle sobre os corpos de indivíduos, cuja construção social representa um tipo social negativo, nos termos de Michel Misse (1999), em que a representatividade do medo e da violência tornam-se inerentes à subjetividade desses adolescentes.

Nesse contexto, é que se pretendeu entender, a partir de elementos que carregam determinada carga histórica e estrutural da sociedade brasileira, como esses domínios sociais constituem o *background* que reflete a construção desse adolescente suspeito.

O adolescente, como âmbito específico de intervenção estatal, na perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, tornou-se sujeito de direito, no entanto a dinâmica desse significado, na realidade brasileira, marcada pela violência de todas as ordens, não correspondeu à construção universal da infância, como pretendiam os documentos internacionais.

Na verdade, a DPI categorizou duas infâncias – a destinatária de medidas protetivas – em perigo, e as destinatárias de socioeducação – perigosas (SCHUCH, 2005). Na medida em que houve a especialização das políticas, acentuou-se a intervenção sobre aquele considerado perigoso, não somente devido à perspectiva individualista, mas porque essa, na lógica do acúmulo social, na categorização de Misse (1999), é o alvo das demandas sociais por segurança.

Na condição de categoria histórica que se acumula ao longo do tempo, o menor, além de estar associado ao abandono e à infração, soma-se à perspectiva social do aumento da violência que marca a década de 90 em diante na sociedade brasileira.¹⁴ Há um imaginário social sobre o bandido, o desviante, o delinquente, que além de povoar o submundo do crime é associado à pobreza urbana e ao tráfico. Essas figuras desnormalizadoras abrem “caminho para a construção do fantasma mais persistente da modernidade, o que interliga pobreza urbana, pauperismo e falta de alternativas regulares de mobilidade social ascendente ao incremento da opção criminal, em casos individuais, ou da revolta ou polícia em caso de ação coletiva” (MISSE, 1999, p. 47).

Logo, o conjunto desses conteúdos (menor) encapsulados na nova categoria “adolescente em conflito com a lei”, traz consigo a demanda por controles para que esse sujeito não se amplie, que seja isolado, demarcado para não circular com outras pessoas que não têm o mesmo tipo social, afinal, sob essa concepção existe uma ligação subjetiva entre o sujeito e a transgressão. Há, então, uma expectativa social, a partir da subjetividade e da posição social, que pessoas identificadas com aqueles conteúdos não circulem.

No limite, são pessoas incrimináveis que possuem

signos corporais que comunicam uma “suspeita” de sua sujeição – sinais de perigo social – signos que contextualizam idade, gênero e cor com sinais de sua classe social (ou “sub-classe”), educação, descontrole moral, uso de convenções sociais, além de símbolos negativamente interpretados, como certos tipos de tatuagens, de cicatrizes, cortes de cabelo, de gestos e modos de andar, de olhar, de conversar, de se vestir, tipos sociais e incriminação individual se intercambiam ou se complementam em várias áreas, produzindo com o tempo tipos sociais de sujeição criminal historicamente fixados (MISSE, 1999, p. 48).

A partir da definição, dá-se a incorporação da identidade social negativa e sua consequente acomodação a um tipo social. Ao tornar-se “menor”, adolescente em conflito com a lei, numa nova estruturação com a Doutrina da Proteção Integral, mas meramente linguística, porque acumula o conteúdo social daquele operador inicial, a menina ou o menino não consegue mais escapar dessa identidade, mesmo que a recusando.

Se assim o é, as violências são justificadas porque, como sempre se identificou na história do país – há pessoas mais torturáveis que outras (OLIVEIRA, 2009). Nesse contexto de proteção integral, contudo, o alerta de Agostino Ramalho – “Quem nos salva da bondade dos bons” – é mais do que nunca indispensável. Jacinto Coutinho trabalha esta ideia de forma magistral, cuja transcrição se justifica:

¹⁴ Na década de 80, o influxo de crimes violentos foi ascendente. Alba Zaluar (1989) mapeou que entre 1980-1991 foram vitimados 722 jovens de 13 a 25 anos em Cidade de Deus, conjunto habitacional popular no Rio de Janeiro, na “guerra perversa” contra as drogas. Em São Paulo, a PM matou 1.140 civis em confronto policial em 1991, enquanto em Nova York, onde as taxas de criminalidade violenta são elevadas, foram feridos 20 civis e vitimados 27 (ADORNO, 1994). Em 1992 a Polícia Militar atingiu seu ápice neste Estado, abatendo 1.359 pessoas (ADORNO, 1999). Ainda em São Paulo, crimes contra a pessoa e a propriedade na Região Metropolitana ocuparam mais de 50% dos registros policiais desde o início de 80, correspondendo a 2.339 crimes contra a propriedade/cem mil habitantes em 1994 e 819 crimes contra a pessoa/cem mil habitantes no mesmo ano, crescendo mais do que crimes não violentos na mesma época (CALDEIRA, 2000).

[...] Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a “bondade” do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a “bondade” para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos “justiceiros” sempre lotados de “bondade”, em geral, querendo o “bem” dos condenados, e antes, o da sociedade. Em realidade, há aí, puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante então, que a “sua bondade” responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por mais elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, “quem nos salva da bondade dos bons?”, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marque Neto (COUTINHO, 2002, p. 188).

Enfim, as violências são recorrentes e se dão em função da proteção prometida com a Doutrina da Proteção Integral. Um claro discurso que confirma o alerta de Agostinho Ramalho e um tema imbricado para a criminologia à la brasileira, na medida em que pretende atualizar a produção de saberes no âmbito da infância e juventude, evitando a classificação de infâncias ante o paradigma universalizado.

5 REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. Insegurança versus direitos humanos. Entre a lei e a ordem. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 11(2), p. 129-153, out. 1999.
- ADORNO, Sérgio. Violência, controle social e cidadania: dilemas da Administração da Justiça Criminal no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 4, 1p. 101-127, dez. 1994.
- ANCHIETA, Vânia Cristine Cavalcante; GALINKIN, Ana Lúcia. Policiais Civis: representando a violência. *Psicologia & Sociedade*, n. 17(1), p. 17-28, jan./abr. 2005.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Cavalcante. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RE CJ*. 5.5/2008. Disponível em: www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho*. Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. El debate sobre la criminología latinoamericana: un debate sin “punto final”. In: *Democracia y justicia penal*. Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1992.
- BECKER, Howard S. *Falando da sociedade*. Ensaio sobre as diferentes maneiras de representar o social. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BECKER, Howard S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BERGALLI, Roberto et al. *El Pensamiento Crítico y la Criminología*: el pensamiento criminológico. Bogotá: Temis, 1983.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34; Edusp, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francisco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David et al. (org.). *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário*. Vide – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. Brasília: CNJ, 2014.
- DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DEL OLMO, Rosa. América Latina e sua Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DEL OLMO, Rosa. Criminología y derecho penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, p. 75-96, 1987.

- DE PAULA, Liana. Da “questão do menor” à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan./mar. 2015.
- FBPS. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *8 anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: FBPS, 2014.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópoles: Vozes, 1977.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; GARCÍA MENDEZ, Emílio (orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários Jurídicos sociais. São Paulo: Malheiros, 1991.
- KANT DE LIMA, Roberto. Éticas e práticas na segurança pública e na justiça criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. Antropologia, direito e segurança pública: uma combinação heterodoxa. *Cuadernos de Antropología Social*, n. 37, p 43-57, 2013.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- MISSE, Michel. *Malandros, marginais, vagabundos e a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. 1999. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Uerj, Rio de Janeiro, 1999.
- MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*: Estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MISSE, Michel. Sujeição Criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.
- MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel. *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- OLIVEIRA, Luciano. Relendo “Vigiar e punir”. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr./maio/jun. 2011.
- OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*. Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas e proyecto hegemónico*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1983.
- PEIRANO, Mariza. *A favor da etnografia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
- PORTO, Maria Stella Grossi. Crenças, valores e representações sociais da violência, *Sociologias*, n. 16, p. 250-273, 2006.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino americano para a compreensão do controle punitivo moderno, controle penal na América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte v. 3, n. 6, p. 77-93, jul./dez. 2006.
- ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SCHUCH, Patrice. *Práticas de justiça: uma etnografia do “campo de atuação ao adolescente infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2005. Tese (Doutorado em Antropologia) – UFRS, Porto Alegre, 2005.
- SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999, p. 1-16.
- SCHWARCZ, Lilian. *O espetáculo das raças*. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.
- SOARES, Luiz Eduardo; BILL, M. V.; ATHAYDE, Celso. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 205.
- SOZZO, Maximo. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e história del presenta de la criminología en America Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencial penal*, Argentina, n. 13, p. 353-427, 2003.
- TEIXEIRA, Cesar Pinheiro. *A construção social do “ex-bandido”*: um estudo sobre sujeição criminal e pentecostalismo. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2011.
- VARGAS, Joana Domingues. Adolescentes infratores no Rio de Janeiro: violência e violação de direitos fundamentais. *Revista CFCH*, ano 2, n. 4, dez. 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Reciprocidade e o jovem infrator*. Sócio-educação no Brasil: adolescente em conflito com a lei. Experiências de medidas sócio-educativa. São Paulo: Ilanud, 1997. p. 99-103.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das Penas Perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

ZALUAR, Alba. Nem líderes, nem heróis: a verdade da história oral. *Presença. Revista de Cultura e Política*, n. 14, p. 111-128, 1989.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.172-186>

Educação para a Cidadania Global no Brasil e a Participação do Imigrante

Guilherme Perez Cabral

Professor titular (Categoria A1) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD), vinculado à Linha de Pesquisa: Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2008) e graduado em Direito pela PUC-Campinas (2003). Integra o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Basis). Atua principalmente com os seguintes temas: Direito internacional dos direitos humanos, Direito à educação e Democracia. <http://lattes.cnpq.br/9267585007227859>. <https://orcid.org/0000-0003-4480-3641>. gpcabral@gmail.com

RESUMO

No cenário mundial globalizado, a construção da cidadania demanda sua compreensão para além do Estado soberano, incorporando, em seu conteúdo, outros povos e culturas. Debate-se, hoje, a cidadania global, oportunidade para repensar a cidadania no Brasil e a educação para sua efetivação, lidando com novos sujeitos de direito, com destaque, aqui, ao imigrante. Este artigo debruça-se sobre a Educação para a Cidadania Global (ECG), valendo-se de dois textos sobre o tema, elaborados pela Unesco, no âmbito da cooperação internacional para o desenvolvimento social: “Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do Século XXI” (2015) e “Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem” (2016). O artigo analisa-os em sua aplicação no contexto brasileiro, refletindo, especificamente, sobre a participação, em seu conteúdo normativo, da figura do imigrante. Por meio da análise de conteúdo dos textos citados, complementada pela revisão bibliográfica, começa apresentando conceitos centrais da ECG; depois, reflete sobre o contexto fático e jurídico brasileiro, em termos de cidadania e sua aprendizagem, bem como sobre o desafio da inclusão do imigrante; e, finalmente, a ECG é analisada em duas diretrizes: o direito à educação do imigrante e a contribuição dele na construção enriquecida da cidadania. Defende-se que, embora a cidadania constitua uma ideia pobre de sentidos no Brasil, cabe o debate sobre a ECG. Para tanto, a participação do imigrante, trazendo consigo seus valores, contextos e diferenças, é essencial.

Palavras-chave: Direitos humanos. Cooperação internacional. Educação. Cidadania global. Imigrante. Brasil.

THE GLOBAL CITIZENSHIP EDUCATION IN BRAZIL AND THE IMMIGRANT’S PARTICIPATION

ABSTRACT

In the context of globalization, the construction of citizenship’s idea demands its understanding beyond the notion of the sovereign state. Their content must embody in itself other people and cultures. Nowadays, it is debated the global citizenship. This is an opportunity to rethink the citizenship in Brazil and the education for its effectiveness, dealing with new legal subjects. In highlight, here, the immigrant. This article focuses on Global citizenship education (GCE) and works with two documents wrote by Unesco, in the context of international cooperation for social development – “Global citizenship education: preparing learners for the challenges of the twenty-first century” (2015) and “Global citizenship education: topics and learning objectives” (2016). The article analyses the application of their concepts in Brazil. Specifically, it reflects on how the immigrant integrate the GCE’s normative content. Methodologically, it is used the content analysis and the bibliographic review. In this way, the article begins by presenting central GCE’s concepts. Then, it explores the Brazilian law and context, in terms of citizenship and the citizenship education, as well as the challenge of immigrant inclusion. Finally, it examines the GCE from the point of view of immigrant participation. It does this from two perspectives: the immigrant’s right to education and its contribution to the enriched citizenship’s learning. The article supports the position that, although the citizenship still has an emptied meaning in Brazil, it is important the debate on the GCE. Moreover, to do so, it is essential the immigrants involvement, bringing with them their values, contexts, and differences.

Keywords: Human rights. International cooperation. Global citizenship. Education. Immigrant. Brazil.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Educação para a Cidadania Global. 3 A Educação para a Cidadania no Brasil e a Participação do Imigrante. 4 Educação para a Cidadania Global: Diretrizes à Participação do Imigrante. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 29/8/2018

Aceito em: 17/10/2019

1 INTRODUÇÃO

Impregnada à figura do Estado-nação, a cidadania remete à participação nos processos de formação da vontade estatal e, sendo assim, no exercício do poder soberano nas sociedades democráticas. Sob a premissa da soberania popular, implica uma participação social efetiva, em igualdade de condições, de número cada vez maior de pessoas. Tudo isso sobre a base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais.

O olhar para o passado de lutas e conquistas em termos de direitos humanos e de democracia, compondo o conteúdo da cidadania, não permite o descuido de desvinculá-las de processos históricos de âmbito nacional. São construções sobre a base do Estado.

No caso brasileiro, as conquistas foram muito mais no plano normativo, no marco da Constituição Federal de 1988; direitos promulgados que contrastam com o cotidiano marcado pela cultura de profundo desrespeito aos direitos humanos e pela inexperiência democrática. Até 1988 não havia sido mais do que 60 anos de democracia formal, entrecortada por golpes de Estado e regimes autoritários. Daí não ser possível compreender a construção da cidadania, no país, com seus avanços e recuos, “sem uma visão do ontem. Sem a apreensão, em suas raízes, no caso brasileiro, de uma de suas mais fortes marcas, sempre presente e sempre disposta a florescer, nas idas e vindas do processo: *a nossa inexperiência democrática*” (FREIRE, 2011, p. 89).

A fragilização do Estado-nação, no cenário internacional globalizado, trazendo consigo o perigo de fragilização dos direitos humanos (SOUSA SANTOS, 2006) e da democracia em sua construção estatal, atinge em cheio tal concepção “tradicional” de cidadania, enfraquecendo o que, no Brasil, ainda é um projeto incipiente e inacabado.

A globalização é tomada especificamente como processo de interdependência e entrelaçamento econômico entre os diversos países. É sob este aspecto a configuração cosmopolita da produção e do consumo, por meio da exploração do mercado mundial: “No lugar da antiga reclusão e autossuficiência local e nacional, temos conexões em todas as direções, uma interdependência universal das nações” (MARX; ENGELS, 1998, p. 15).

Com a intensa internacionalização do processo produtivo e de movimentação descomprometida do capital financeiro, o poder soberano do Estado, tão reverenciado pela dogmática jurídica, somente no plano teórico, na idealização normativa, ainda determina, como força maior no território nacional, a produção jurídica e a organização social democrática, pois o Estado

(...) se transforma em mera província do capitalismo mundial, sem condições de realizar sua soberania (...) Um Estado-Nação em crise, amplamente determinado pelo jogo das forças produtivas predominantes em escala mundial, dispõe de escassas ou nulas condições para manifestar ou conquistar soberania (IANNI, 1999, p. 130).

Eis o contexto em que os problemas e conflitos sociais, sentidos individualmente e vividos localmente, assim como a busca de sua solução, passam, cada vez mais, a se articular com questões globais. Envolvem, nessa medida, um número maior de coletividades e de culturas, muito além das fronteiras do Estado.

Daí a reflexão sobre a cidadania superar a *minha* comunidade, o *meu* Estado. Não cabe mais sua afirmação em detrimento dos outros: os excluídos do “nós”, alvos de nossa propensão agressiva, contraponto facilitador da coesão de nosso agrupamento social. Com Freud, “Sempre é possível ligar um grande número de pessoas pelo amor, desde que restem outras para que se exteriorize a agressividade” (2011, p. 60).

O presente trabalho debate a educação para a cidadania nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), e a formação orientada ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e à capacitação de todos à participação social efetiva.

Debruça-se, nesse tema, sobre a inclusão de um sujeito específico: o imigrante. O termo aqui é utilizado sem a preocupação de distingui-lo do refugiado, como faz, por exemplo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur). O organismo prefere valer-se do termo imigração para se referir a um processo voluntário, diferentemente do refúgio, a envolver, nos termos do Estatuto dos Refugiados, “pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública” (ONU, 1967).

O artigo, então, faz, sim, uma distinção. Trata não do imigrante detentor de patrimônio e capital, produtor e consumidor, inserido nos processos econômicos globais, mas daqueles outros, muitos outros, marginalizados, desassistidos, os que ainda demandam dos Estados um suporte para uma vida digna. Falamos, assim, de categoria que confirma sua definição jurídica dada por exclusão: são os “outros”, os não nacionais, “os demais indivíduos que se encontram em seu território” (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2016, p. 528). Imigrante é aquele que se estabelece “num Estado de que não é nacional”, como prevê o artigo 2 da Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (ONU, 1990), não dispondo, nele, do direito humano fundamental de pertença (HABERMAS, 2012, p. 161). É, assim, excluído, de início, do *status* de cidadão.

No Brasil, não são poucos. Reconhecendo como traço característico da imigração a condição de “indocumentados” (BAENINGER, 2012, p. 9), os dados disponíveis indicam, por si só, fluxo importante de imigrantes pelo país. Apenas a título de exemplo, entre 2010 e 2016 foram registradas 93.202 solicitações de refúgio no país, e, desse total, a condição de refugiado somente foi reconhecida a 9.552 imigrantes (BRASIL, 2017, p. 5).

É no cenário de reconhecimento das limitações de uma execução de direitos humanos e democracia nos limites do território nacional, sem a consideração e em detrimento dos outros povos, que tem sido discutida a *cidadania global*.

Esta, afirma a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), “não implica uma situação legal” (UNESCO, 2015, p. 14), mas “um sentimento de pertencer a uma comunidade mais ampla e à humanidade comum, bem como de promover um ‘olhar global’, que vincula o local ao global”. Traz, destarte, a concepção ativa e ampliada de cidadania, vinculada à participação efetiva nos processos sociais, enfatizando, agora, “a interdependência e a interconexão política, econômica, social e cultural entre os níveis local, nacional e global” (UNESCO, 2016, p. 14).

O organismo especializado da Organização das Nações Unidas (ONU) tem atuado em prol da cooperação internacional em vista da consolidação da cidadania nestes moldes. Isso, por meio da educação para a cidadania global (ECG), modelo que “enfoca não apenas *o que* os estudantes aprendem, mas *como* aprendem – sobre si mesmos e outros, a fazer e interagir socialmente” (UNESCO, 2015, p. 18). Ocupa-se da construção de um conhecimento crítico a respeito das questões locais em conexão com os temas globais, orientado à práxis a partir de uma metodologia participativa, baseada em problemas experimentados cotidianamente. Tudo isso com a preocupação de promover valores e objetivos comuns, respeitando, ao mesmo tempo, as diferenças.

Sua visão sobre o tema está apresentada nos documentos: “Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do Século XXI” (2015) e “Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem” (2016).

O estágio da democracia e dos direitos humanos, no Brasil, em que o conceito de cidadania, em construção, claudica, sequer se efetivando em termos “nacionais”, não autoriza, diante do cenário colocado, o alheamento deste debate. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar a noção ECG, conforme concebida pela Unesco, e sua aplicação no contexto brasileiro, debruçando-se, especificamente, sobre a participação, em seu conteúdo normativo (dever ser), da figura do imigrante.

Para tanto, valendo-se da análise do conteúdo dos textos citados, além da revisão bibliográfica sobre a temática, o artigo começa com a apresentação de conceitos centrais da ECG. Na sequência, debruça-se sobre o contexto fático e jurídico brasileiro, em termos de cidadania e sua aprendizagem, a partir da própria inexperiência, assim como sobre o desafio da inclusão do imigrante neste debate. Finalmente, a ECG, sob a ótica da participação do imigrante, é analisada a partir de duas diretrizes: i) a efetividade do direito à educação; e ii) sua contribuição fundamental na construção de uma cidadania para além dos estritos limites territoriais.

A posição, aqui defendida, é no sentido de que, embora a cidadania, em sua configuração jurídico-estatal, ainda constitua uma ideia muito pobre de sentidos no Brasil, cabe, sim, o debate sobre a ECG. Para esta, a participação do imigrante, trazendo consigo seus valores, conceitos, contextos e diferenças, é essencial.

2 EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA GLOBAL

Os textos a respeito da ECG elaborados pela Unesco não constituem normas com força jurídica vinculante aos Estados; contribuem, de qualquer forma, no âmbito da cooperação internacional para o desenvolvimento social e para a construção do sentido normativo (*dever ser*) do direito à educação afirmado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; permitem o preencher de significação, em termos de experiências, métodos, instrumentos e procedimentos que podem abranger.

A ECG almeja possibilitar aos alunos o engajamento e assunção de papéis ativos nas esferas local e global, habilitando-o, como cidadão, ao enfrentamento e solução de problemas não apenas localizados, mas globais, contribuindo para “um mundo mais justo, pacífico, tolerante, inclusivo, seguro e sustentável” (UNESCO, 2015, p. 15).

A Educação para a Cidadania Global envolve, para tanto, de acordo com o documento *Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem*, três dimensões conceituais básicas (UNESCO, 2016, p. 16):

- i) dimensão cognitiva, da “Aquisição de conhecimento, compreensão e pensamento crítico sobre questões globais, regionais, nacionais e locais, bem como sobre as inter-relações e a interdependência dos diferentes países e grupos populacionais”;
- ii) dimensão socioemocional, a consolidar um “Sentimento de pertencer a uma humanidade comum, que compartilha valores, responsabilidades, empatia, solidariedade e respeito às diferenças e à diversidade”; e
- iii) dimensão comportamental, no sentido da “Atuação efetiva e responsável, em âmbito local, nacional e global, por um mundo mais pacífico e sustentável”.

Tais dimensões remetem a alguns objetivos próprios à ECG, enumerados no documento anterior, de 2015 (UNESCO, 2015, p. 16):

- i) estímulo à análise crítica de questões atuais vividas pelos estudantes, identificando alternativas de solução. É a *aprendizagem baseada em problemas*, de acordo com a qual “alunos e educadores examinam as raízes e as causas de eventos e desenvolvimentos no âmbito local, consideram as conexões com o contexto global, e identificam possíveis soluções aos problemas identificados” (UNESCO, 2015, p. 15).

Trata-se de modelo muito próximo da filosofia educacional pragmatista de John Dewey. Para o autor, o processo educativo deve ter como escopo o desenvolvimento da capacidade e do hábito do pensar reflexivo, racional, compreendido como complexo processo de solução de dificuldades e conflitos vivenciados pelo sujeito (CABRAL, 2017a). Daí a proposta de uma educação baseada na solução de problemas que, extraídos das vivências dos educandos, causam-lhe perplexidades, estimulando o exercício do pensamento, a ser continuamente lapidado.

Por isso, apresenta como um princípio educacional a ideia de que os conteúdos escolares devem, sempre, derivar das experiências (e dificuldades) de vida. A educação deve partir delas, de modo que “Tudo o que possa ser considerado como matéria de estudo (...) deve derivar de materiais que, originalmente, pertençam ao escopo da experiência comum cotidiana” (DEWEY, 2010, p. 75).

- ii) Promoção do permanente reexame, pelos alunos, dos “pressupostos, visões de mundo e relações de poder em discursos oficiais” (científicos, políticos, etc.), de modo a se considerar grupos marginalizados e excluídos.

Nessa revisão de nossas verdades e preconceitos, a Antropologia, tão “acostumada a perguntas e relativizações”, tem muito a contribuir com a ECG, pois o olhar antropológico, ensinam Bárbara Baptista e Roberto Kant de Lima, é “essencialmente marcado pelo *estranhamento*”. Remete, complementam, a uma

(...) forma peculiar de ver o mundo e as suas interpretações, partindo sempre, necessariamente, de um surpreender-se com tudo aquilo que aos olhos dos outros parece natural. Relativizar categorias e conceitos e desconstruir verdades consagradas são, pois, importantes exercícios antropológicos (2014, p. 10).

- iii) Vinculada aos objetivos supracitados – a aprendizagem baseada em problemas e a permanente revisão de nossos pressupostos científicos, políticos e axiológicos – a educação para a práxis, propiciando o engajamento do aluno em ações individuais e coletivas em vista das mudanças pretendidas.
- iv) finalmente, a educação para o reconhecimento e cooperação ampliada, envolvendo, para isso, as “múltiplas partes interessadas, incluindo aquelas que estão fora do ambiente de aprendizagem, na comunidade e na sociedade mais ampla” (UNESCO, 2015, p. 16).

Nesse ponto, emerge questão fundamental a perpassar em todo momento a ECG como direito humano fundamental: a promoção da universalidade, em termos de identificação de identidades, interesses, direitos e deveres comuns, respeitando-se, concomitantemente, as singularidades, as diferenças individuais e culturais (UNESCO, 2015, p. 18).

Trata-se, enfim, de um modelo educacional que se pretende transformador, promovendo:

(...) métodos ativos e participativos de aprendizagem, que engajam o aluno em pensamento crítico sobre questões globais complexas e no desenvolvimento de habilidades como comunicação, cooperação e solução de conflitos, a fim de resolver essas questões (UNESCO, 2015, p. 20).

O ambiente educacional, não se pode esquecer, porém, é um dado de uma realidade social maior, reproduzindo seus valores e estruturas historicamente conformadas. A introdução da ECG, nessa medida, é certamente um grande desafio. Ela busca a transformação das instituições sociais em favor de uma cidadania ampliada, a partir de *dentro* de sua própria revisão pelos sujeitos envolvidos. Tarefa difícil. No caso brasileiro, não somente ingênuo, seria temerário ignorar o legado do nosso passado pesado a reviver em nossas instituições sociais (CABRAL, 2016).

3 A EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DO IMIGRANTE

A história do Brasil vem marcada por autoritarismos e violências. É um país que “nasceu e cresceu dentro de condições negativas à experiência democrática” (FREIRE, 2011, p. 90). Depois de outras duas décadas de governo autoritário (a Ditadura Militar) vem a Constituição de 1988. Erige um Estado democrático de direito, amparado em vigoroso sistema de direitos humanos fundamentais na linha dos tratados internacionais sobre a matéria.

Hábitos democráticos e uma cultura de respeito aos direitos humanos, contudo, não se promulgam. Na sempre retomada poesia de Carlos Drummond de Andrade, “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei” (2012, p. 23). No nosso caso, o texto constitucional acaba arremessado no curso de um processo histórico em que a população não havia internalizado tais concepções, nem poderia, como vivência própria:

Somos inexperientes – para não dizer analfabetos – nessas coisas de democracia e direitos humanos (...) Eis o ponto de partida, portanto, legado do passado. É o que temos para começar. A aprendizagem da democracia e dos direitos humanos, a capacitação e habilitação às práticas democráticas e respeito ao outro, será a partir dessa nossa incipiente experiência (nossa inexperiência, portanto) (CABRAL; PERUZZO; OLIVEIRA, 2017, p. 35).

Daí a importância da educação para a cidadania e o preparo para o seu exercício. Está prevista no artigo 205 da Constituição Federal como objetivo da educação. Tal escopo é retomado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (n. 9.394/1996), e, ainda, ressalta-se, nas Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos – EDH (Resolução n. 1/2012 do Conselho Nacional de Educação).

Compreendendo os direitos humanos em todas as suas dimensões, a Resolução refere-se à EDH, eixo fundamental do direito à educação, ao “uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã” (artigo 2º). Seu objetivo central é a “mudança e a transformação social” (artigo 3º). Isso, no sentido da “formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário” (artigo 5º).

Traz, então, no Artigo 3º, inciso V, a “democracia na educação” como um de seus princípios, valorizando, pelo menos nesse plano, a organização e a participação democrática em todos os espaços educacionais como elemento fundamental para a formação do cidadão hábil à vivência democrática e ao respeito aos direitos humanos.

Tal perspectiva educacional ampliada e ativa é retomada no dispositivo seguinte. Estabelece, entre as dimensões da EDH, além da apreensão de conteúdos historicamente construídos sobre direitos humanos, em sua relação com os contextos internacional, nacional e local – no sentido da cidadania global, portanto –, o “desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva” e o “fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das diferentes formas de violação de direitos” (Artigo 4º, incisos I, IV e V).

Em decorrência de nossa própria inexperiência democrática e de direitos humanos, é verdade, as alternativas experienciais da EDH são, no fim, restritas pelo próprio texto normativo. Não é desenvolvida, na Resolução, a reorganização dos espaços escolares com a gestão democrática do ensino. A EDH se dá, preponderantemente, no nível da inserção de conteúdos nas disciplinas que compõem a “grade” curricular: “Artigo 7º A inserção dos conhecimentos concernentes à Educação em Direitos Humanos na organização dos currículos da Educação Básica e da Educação Superior poderá ocorrer das seguintes formas: I – pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos Direitos Humanos e tratados interdisciplinarmente; II – como um conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar; III – de maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade”.

Eis, a despeito disso, o projeto normativo de educação para a construção da cidadania, enriquecido de conteúdo democrático e de direitos humanos fundamentais. Um projeto, diga-se, ainda inacabado, que não se efetiva, tal como planejado no âmbito do dever ser, pois a “democracia” brasileira segue, em sua incipiência, composta por cidadãos “menores”, que mal sabem ler e escrever. De fato, o resultado da avaliação do Ensino Fundamental nacional (anos finais), de acordo com o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), de 2015, revela que, de zero a dez, o índice obtido foi 4,5 (Inep).

Não raro, vem o texto normativo e paramos por aí: “o dever ser é controlado e condenado ao que é (ser), ante a força dos fatos e da história” (CABRAL, 2017b, p. 347). O cumprimento da norma, a construção da cidadania, ainda que “nacional”, da democracia e dos direitos humanos, se perdem na conformação dos sentidos do texto à realidade que o infirma e que se pretendia superar.

A questão torna-se muito mais sensível com o cenário destacado de globalização e fragilização do Estado nacional. A dimensão global dos problemas sociais e as coletividades nele envolvidas não podem ser olvidadas. A construção da cidadania não pode mais, pois, ser pensada no âmbito de unidade política estatal, em termos schmittianos. Lembrando, para Carl Schmitt a *política* remete à diferenciação amigo-inimigo, “o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação” (SCHMITT, 2008, p. 28). Dentro da unidade (o Estado) os cidadãos, amigos; fora dela, os inimigos:

Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte “imparcial” (SCHMITT, 2008, p. 28).

Por isso, a importância de se debater a cidadania e o preparo para seu exercício no contexto da cidadania global. Isso passa, necessariamente, pela inclusão do imigrante. Fala-se, aqui, menos de um desafio e mais de uma oportunidade.

Até o ano passado vigorava, no Brasil, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), elaborado durante a Ditadura Militar, tendo, entre suas diretrizes, as noções de “segurança nacional” e a “defesa do trabalhador nacional”. Com efeito, previa no artigo 2º: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”. O imigrante – nem todos, é verdade – era visto como uma possível ameaça à estabilidade, à ordem, à coesão nacional (OLIVEIRA, 2017, p. 171). Falando sobre o tratamento conferido ao estrangeiro, ainda sob a vigência da lei, assim resumiu Daisy Ventura:

(...) é fácil entrar no Brasil, mas é difícil aqui permanecer e trabalhar regularmente. Há direitos, mas são limitados e é difícil exercê-los. Ricos são bem-vindos, pobres bem menos. A sociedade valoriza muito seus antepassados imigrantes, mas raramente trata os imigrantes de hoje como gostaria que seus bisavós fossem tratados há décadas (2014).

Temos, agora, uma nova legislação: a Lei de Migração (n. 13.445/2017). Esta Lei busca, em sua gênese, promover uma “mudança de paradigma da legislação migratória brasileira”. A imigração, “Até então considerada uma área subordinada aos temas de segurança nacional ou de controle documental do acesso a mercados de trabalho”, passa, finalmente, a ser abordada sob a perspectiva dos Direitos Humanos”. Trata-se, conclui-se, de “dívida histórica do Brasil para com os migrantes que são parte imprescindível da cultura e do desenvolvimento econômico de nosso país” (COMISSÃO DE ESPECIALISTAS, 2014, p. 6).

Nesse sentido, estabelece, no artigo 3º, um conjunto de princípios da política migratória nacional, como a “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”, o repúdio à discriminação, a “não criminalização da migração” e, destaca-se, a promoção de direitos, incluindo a “participação cidadã do migrante” e o acesso igualitário a serviços públicos, dentre os quais a educação.

No artigo 4º enumera uma série de direitos, ampliando os sujeitos de direitos humanos fundamentais no país. De fato, se o artigo 5º da Constituição, ao tratar dos direitos individuais e coletivos, assegura-os “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país”, o dispositivo em questão trata do “migrante”, conceito muito mais amplo, estendendo a ele “em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, assim como a ele garantindo direitos humanos também em sua dimensão econômica e social, sublinhando-se, aqui, o direito à educação pública.

Eis um breve retrato do quadro jurídico brasileiro para a reflexão da educação para a cidadania global e a participação, nele, do imigrante; mais uma vez, não o que pode pagar pela sua inclusão, mas o que, vivendo à margem do mercado global de produção e consumo, é excluído do *status* de cidadão e de sujeito de direitos.

4 EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA GLOBAL: DIRETRIZES À PARTICIPAÇÃO DO IMIGRANTE

Em vista da participação do imigrante na concepção de ECG a partir das propostas da Unesco trazidas ao contexto nacional, apresentamos, aqui, duas diretrizes que consideramos fundamentais. Elas não esgotam a matéria, absolutamente, mas apenas, com sua pretensão de validade, abertura ao questionamento e razões aqui apresentadas, buscam contribuir para o debate crítico sobre o tema.

i) Inclusão do imigrante no ambiente educacional. Um direito humano fundamental. Como antecipado, o acesso igualitário e livre do migrante à educação está previsto como um dos princípios e diretrizes da política migratória brasileira (artigo 3º, inciso XI, Lei de Migração). O direito à educação consta, na sequência, expressamente, do artigo 4º, inciso X, de acordo com o qual há o “direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória”.

Uma questão que surge, para a efetividade da norma, é a extensão do termo migrante. A lei, com a redação aprovada pelo Congresso Nacional, assim o definia no artigo 1º, § 1º, inciso I, considerando migrante a “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiro e o apátrida”. Incluía, destarte, o imigrante, definido, no inciso seguinte, seguindo o critério do estabelecimento (ou pretensão de) no território nacional, como “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”.

O conceito legal de migrante foi, contudo, vetado. Os motivos do veto revelam concepção contrária ao escopo da lei, supramencionado, e uma interpretação desvirtuada da própria Constituição brasileira. Perde de vista normas fundamentais por ela estabelecidas, como a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (Artigo 1º, inciso III), o objetivo desta

de construção de uma sociedade solidária que promova o bem de todos, sem discriminação (artigo 3º, incisos I e IV) e, como princípio a reger o país em suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II). Justificou o presidente da República, Michel Temer:

O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante (...) o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional.

Estender direitos humanos, além daqueles expressamente positivados no texto constitucional, para a Presidência da República, o violaria. Isso, olvidando – temerária ou, apenas, propositalmente – a expansividade já admitida para ficar no referido artigo 5º, em seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Rememora-se que, tratando de tal expansividade no âmbito da criação de novos direitos fundamentais (e não em relação aos destinatários), Ingo Sarlet segue, em princípio, a mesma linha. Posiciona-se no sentido de que a tradição de nosso direito constitucional:

(...) aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 326).

A despeito desse entendimento, ressalta, por outro lado, que “não nos parece de todo desarrazoado uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais também de posições jurídicas reveladas, expressamente, antes, pela legislação infraconstitucional” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 326)

De qualquer forma, à luz de interpretação sistemática do texto legal, amparada pelas normas constitucionais referidas, o veto não implica a restrição do direito do imigrante à educação pública. A exclusão da definição legal de migrante não autoriza tal descaracterização da legislação.

Nesse sentido, importa mencionar o Parecer Consultivo nº 21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitado pelos membros do Mercosul – incluindo o Brasil – sobre os direitos e garantias de crianças no contexto da migração.

Indagam os solicitantes a respeito das obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de crianças imigrantes à luz do sistema americano de direitos humanos. Em resposta, retomando o que está expresso nos documentos internacionais (mas, também, nos nacionais), posiciona-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

(...) os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração, de forma transversal, os direitos das crianças e, em particular, sua *proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração da nacionalidade ou status migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos* (destaque nosso) (2014, p. 105).

Dentre esses direitos, a serem assegurados independentemente de “qualquer consideração da nacionalidade ou status migratório”, aparece a educação. É necessário, complementa a Corte, que o Estado receptor avalie, por meio de “procedimentos adequados que permitam determinar de forma individualizada o interesse superior da criança em cada caso concreto, a necessidade e pertinência de adotar medidas de proteção integral”. Dentre outras, as que “asseguem o pleno acesso à educação em condições de igualdade” (2014, p. 39-40).

O referido parecer constitui, ademais, um dos fundamentos de recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima em relação aos direitos humanos das crianças imigrantes venezuelanas que se encontram no Brasil em estado de vulnerabilidade, mesmo que indocumentadas. Atribuindo força vinculante à manifestação da Corte, declarou como dever do Estado brasileiro retirar das ruas e assegurar proteção a crianças venezuelanas imigrantes, não cabendo, no caso, por se tratar de núcleo mínimo de direitos fundamentais – a abranger o direito à educação –, a alegação de restrições orçamentárias (2017).

Enfim, inclusão do imigrante, no sistema escolar, mesmo que sua situação ainda não esteja regularizada, efetiva um direito humano fundamental.

Trata-se, importa lembrar, de assunto regulamentado na legislação estadual de São Paulo desde 1995. Falamos da Resolução da Secretaria de Educação n. 10, de 2 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a matrícula de aluno estrangeiro na rede estadual de Ensino Fundamental e Médio, considerando, para tanto, a “necessidade de impedir qualquer tipo de discriminação entre criança brasileira e estrangeira documentada ou não” e “de se estabelecerem todos os direitos de crianças e adolescentes à educação nas escolas públicas, independentemente de sua nacionalidade ou documentação” (SECRETARIA..., 1995).

Afastando, destarte, a aplicação do artigo 48 do então vigente Estatuto do Estrangeiro, de acordo com o qual a “matrícula em estabelecimento de ensino de qualquer grau, só se efetivará se o mesmo estiver devidamente registrado”, prevê que “As escolas estaduais que ministram o ensino fundamental e médio deverão receber os pedidos de matrícula dos alunos estrangeiros” (artigo 1º), havendo a Direção da Escola de “proceder à matrícula dos alunos estrangeiros sem qualquer discriminação” (artigo 2º).

Observa, contudo, Tatiana Chang Waldman que, no âmbito estadual, as dificuldades não se esgotaram com a vigência da Resolução, não deixando mesmo de existir posições que advogam pela aplicação dos dispositivos do Estatuto do Estrangeiro, questionando o acesso à educação por parte de imigrantes em situação irregular no país (2012, p. 178). Enumera, nessa linha, questionamentos e debates posteriores a respeito da inclusão do imigrante.

Nesse sentido, o Parecer n. 786/1995 do Conselho Estadual de Educação (CEE/SP), no qual se enfrenta a questão da extensão às escolas municipais e particulares não alcançadas pela Resolução, acabam dando tratamento diferenciado ao assunto.

Também há o Parecer CEE/SP nº 445/1997, no qual se responde à consulta de Delegacia de Ensino envolvendo o exame da compatibilidade entre a Resolução e o Estatuto do Estrangeiro (artigo 48).

Na sua fundamentação reitera-se “a necessidade de impedir qualquer tipo de discriminação entre criança brasileira e estrangeira, documentada ou não”, transcrevendo-se, então, entendimento paradigmático da conselheira Neide Cruz sobre o tema:

Uma vez aceita a tese de que a matrícula é o ato pelo qual se concretizam as garantias de igual acesso à educação e permanência na escola, qualquer exigência ou diferença de tratamento que não seja de caráter pedagógico, ou que não vise adaptar o aluno ao currículo estabelecido, não diz respeito à função que deve ser cumprida pela instituição escolar. A escola não deve ser um local onde os registros escolares ou a documentação de alunos sirvam de pretexto para qualquer tipo de controle ou fiscalização a ser exercida sobre seus pais, sejam eles brasileiros ou estrangeiros. Exigir que as escolas comuniquem ao Ministério da Justiça as matrículas de alunos estrangeiros, bem como as alterações havidas em seus registros escolares, indica flagrante discriminação entre crianças e adolescentes brasileiros e estrangeiros (SÃO PAULO, 1997).

Assim afirmado, o direito humano fundamental à educação constitui elemento fundamental da formação para a cidadania global. Traz o outro para o ambiente escolar, reconhecendo-o como parte dele, e, a partir daí, consolidando uma aprendizagem num ambiente heterogêneo que viva cotidianamente a diferença e a interculturalidade.

Promove-se, assim, a dimensão socioemocional da ECG com a promoção daquele sentimento de pertença a uma “humanidade comum, que compartilha valores, responsabilidades, empatia, solidariedade e respeito às diferenças e à diversidade” (UNESCO, 2016, p. 16).

ii) A contribuição do imigrante na educação para a cidadania global. Não se trata, evidentemente, de um trazer o outro para o espaço educacional estranho, “tolerando” sua presença e o submetendo a processo educacional de *aculturação*, alheio à sua cultura, aos seus valores, aos seus conflitos e soluções.

O exercício do direito humano à educação, pelo imigrante, promovendo, nessa medida, sua cidadania, contribui para a educação nos termos propostos no âmbito da ECG. Noutros termos, tal experiência de cidadania promove (ou, pelo menos, pode promover), gradualmente, a cidadania global, oportunizando a “sensibilidade para a importância democrática das diferenças como vetor de integração” (DANELI; AQUINO, 2016, p. 25).

A aprendizagem baseada em problemas, efetivamente vivenciados pelos alunos, no âmbito de uma educação orientada à práxis, permite trazer, com a participação do aluno imigrante, além de outras perspectivas aos “nossos problemas”, a compreensão e experiência de problemas locais de outros grupos. Ainda, a percepção e busca de soluções aos problemas globais de outras perspectivas locais.

Todas as dimensões e todos os objetivos da ECG são abrangidos a partir dessa convivência e experiência de reconhecimento.

Além da dimensão socioemocional, abarca-se a dimensão cognitiva, pois contribui com o conhecimento crítico das questões globais e locais em suas inter-relações com outros grupos populacionais.

Nesse ponto, a aplicação da lei, garantindo-se o direito do imigrante à educação, faz do reexame de nossos discursos oficiais, repleto de preconceitos e ignorância em relação a outros grupos marginalizados, uma necessidade prática imediata; faz do *estranhamento antropológico* uma vivência cotidiana.

Ademais, promove-se a dimensão comportamental, com a atuação efetiva e responsável na compreensão e busca de solução aos problemas que, ainda que apenas local, podem já ser vistos em uma perspectiva intercultural.

Contribui, assim, com uma educação para a práxis da cidadania global, por exigir a vivência da diferença no dia a dia, envolvendo outras culturas para a solução dos problemas identificados e efetivação de mudanças pretendidas. Exige, por fim, a reflexão e busca de interesses e valores comuns, apesar das diferenças.

Em suma, é uma educação para a cidadania global na medida em que, num processo gradual e continuado, a pratica, estimulando “as pessoas a se abrir para diferentes culturas, bem como a pensar, agir e conectar-se de forma mais ampla e de diferentes maneiras” (UNESCO, 2015, p. 18).

A ECG, nesta perspectiva, pode efetivar, em termos de legislação nacional, o preparo para a cidadania, constitucionalmente previsto e revigorado no cenário de globalização. Nesse sentido, a EDH, isto é, a formação transformadora, na prática cotidiana dos direitos humanos (e da democracia), para sua afirmação como forma de vida e de organização social, deve estar em todos os níveis de convivência, do local ao global.

5 CONCLUSÃO

Tem, sim, ares de idealismo ingênuo debater a cidadania global num país em que a inexistência da democracia e a cultura de desrespeito aos direitos humanos é, ainda, fator que inibe a percepção e vivência mínima da cidadania “tradicional”. Um país no qual os direitos em geral, sem força de institucionalização, confundem-se com privilégio, valendo-se como “reflexo direto e imediato dos interesses ou da força daqueles que se empenham em sua aplicação” (WEFFORT, 1984, p. 42).

Se, no Brasil, o reconhecimento, como ser humano, na plenitude de sua dignidade, do negro, da mulher, do homossexual, já é um desafio histórico-cultural, o que dizer do estrangeiro, o boliviano, o haitiano, o venezuelano, que tenta, aqui, uma vida minimamente digna, desacreditada em *seu* lugar.

A ECG aparece, todavia, apesar de tudo, como uma alternativa dentro das precárias possibilidades de nosso tempo. Vivemos num mundo em que não se mostra mais cabível – salvo em uma dogmática jurídica que, se manter intacta, tem de virar as costas à realidade – a defesa de uma cidadania consolidada à sombra do Estado soberano em detrimento dos outros, não nacionais, inimigos.

Revisar, reconstruir os conteúdos, numa perspectiva global da cidadania ainda em construção, positivada em nosso direito, pode ser vista, também, como uma grande oportunidade.

Não se nega, absolutamente, o poder das instituições sociais de que a escola é mais um fator a serviço da manutenção do *status quo*. Vale, entre nós, a constatação de que “com frequência escolas e salas de aula são resolutamente não democráticas. Professores frequentemente não estão muito conscientes de seus pressupostos e, dessa forma, perpetuam comportamentos ou crenças não transformadoras” (UNESCO, 2015, p. 20).

Por outro lado, não devemos, como afirmou Adorno, “sabotar” as possibilidades de transformação social (ADORNO, 2004, p. 132), ainda que por demais precárias. Não se pode negar os espaços e sentidos disponíveis, mesmo que restritos, amparados na legislação nacional e internacional para a prática da educação para a cidadania, ampliada e preenchida de significação, com as contribuições da interpretação enriquecida proposta pela Unesco de educação para a cidadania global.

6 REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, H.; CASELLA, P. B.; NASCIMENTO E SILVA G. E. do. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ADORNO, T. W. *Escritos sociológicos I*. Tradução Agustín G. Ruiz. Madrid: Akal, 2004.
- ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. “Refugiados e migrantes: perguntas frequentes”. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>. Acesso em: 29 mar. 2018.
- ANDRADE, C. D. *A rosa do povo*. São Paulo: Cia das Letras, 2012.
- BAENINGER, R. “O Brasil na rota das migrações latino-americanas”. In: BAENINGER, R. (org.). *Imigração boliviana no Brasil*. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo; Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012.
- BAPTISTA, B. G. L.; KANT DE LIMA, Roberto. “Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico”. *Anuário Antropológico*, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815impressao.htm. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação. *Resolução nº 1 de 30 de maio de 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Brasília, 2012. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rcp001_12.pdf. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). *Ideb – Resultados e metas*. Acesso em: 28 mar. 2018. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=1722171>.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Refúgio em números*. Brasília, 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. *Agravo de instrumento nº 0000.17.000167-1*, 2017.
- CABRAL, G. P. Educação na e para a democracia no Brasil: considerações a partir de J. Dewey e J. Habermas. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 37, n. 136, p. 873-889, Set./2016.
- CABRAL, G. P. Educação e Democracia: perspectiva emancipatória a partir da filosofia social de John Dewey. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 844-866, 2017a.
- CABRAL, G. P. *Educação para a democracia no Brasil: Fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2017b.
- CABRAL, G. P.; PERUZZO, P. P.; OLIVEIRA, T. S. F. Educação jurídica como formação para a promoção dos direitos humanos. *Revista Videre*, v. 9, n. 17, p. 28-43, 1º semestre/2017.
- COMISSÃO DE ESPECIALISTAS (Portaria nº 2.162/13 do Ministério da Justiça). *Anteprojeto de Lei de Migrações e promoção dos direitos dos Migrantes no Brasil*. Brasília, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC nº 21/14 – Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional* (2014).

- DANELI, J. C.; AQUINO, S. R. F. Qual Educação para os Direitos Humanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 4, n. 8, p. 3-37, jul./dez. 2016.
- DEWEY, J. *Experiência e educação*. Tradução Renata Gaspar. Petrópolis: Vozes, 2010.
- FREIRE, P. *Educação como prática de liberdade*. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- FREUD, S. *O mal-estar na civilização*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2011.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. Vol. 1.
- IANNI, O. "Globalização e crise do Estado-Nação". *Revista Estudos de Sociologia*, v. 4, n. 6, p. 129-35, 1999.
- MARX, K.; ENGELS, F. *O manifesto comunista*. Tradução Maria Lucia Como Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. 1990. Disponível em: <http://acnurdh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- SARLET, I. W. OLIVEIRA, A. T. R. "Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças". *Revista Brasileira de Estudos da População*, v. 34, n. 1, p. 171-180, 2017.
- SÃO PAULO. Conselho Estadual de Educação. *Parecer nº 786/1995*. Matrícula de aluno estrangeiro. São Paulo, 15/12/1995. Disponível em: http://iage.fclar.unesp.br/ceesp/cons_simples_listar.php?id_atos=55208&acao=entrar. Acesso em: 25 jul. 2018.
- SÃO PAULO. Conselho Estadual de Educação. *Parecer nº 445/1997*. Solicita esclarecimentos sobre a Res. SE nº 10/95. São Paulo, 24/10/1997. Disponível em: http://iage.fclar.unesp.br/ceesp/cons_simples_listar.php?id_atos=56331&acao=entrar. Acesso em: 25 jul. 2018.
- SÃO PAULO. Secretaria de Educação. *Resolução SE nº 10 de 2 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre matrícula de aluno estrangeiro na rede estadual de ensino fundamental e médio. São Paulo, 1997. Disponível em: http://sia.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/10_1995.htm. Acesso em: 25 jul. 2018.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SCHMITT, C. *O conceito de político*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SOUSA SANTOS, B. *A gramática do tempo*. Para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.
- UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do Século XXI*. Brasília: Unesco, 2015.
- UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem*. Brasília: Unesco, 2016.
- VENTURA, D. "Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros", *UOL Notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniaocoluna/2014/05/03/politica-migratoria-brasileira-deixa-estrangeiros-em-situacao-precaria.htm>. Acesso em: 3 maio 2014.
- WALDMAN, T. C. *O acesso à educação escolar dos imigrantes em São Paulo: a trajetória de um direito*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- WEFFORT, F. C. *Por que democracia?* São Paulo: Brasiliense, 1984.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.187-200>

Tráfico de Pessoas: Uma Análise da Lei N. 13.344/2016 à Luz dos Direitos Humanos

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado da Bahia e especialista em Gestão em Segurança Pública pela Universidade Federal de Sergipe. Coordenador do Projeto de Extensão Reformatório Penal/Unit. Vice-líder do Grupo de Pesquisa Execução Penal e membro do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional – Diretório de Pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Penitenciário do Estado de Sergipe. Associado pleno do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Professor-adjunto da Universidade Tiradentes. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Penal Internacional, Execução Penal, Direito Penal Ambiental e Direitos Humanos. <http://lattes.cnpq.br/2969015202546827>. <http://orcid.org/0000-0002-6878-0280>. ronaldomarinho.se@gmail.com

Fernanda Caroline Alves de Mattos

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit/SE). Participante do Grupo de pesquisa Intervenção do Estado na vida das pessoas do diretório CNPq. Atua em pesquisas relacionadas a Direitos Humanos, Direito Penal, Filosofia Jurídica, Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, com ênfase na relação entre Gênero e Direito. <http://lattes.cnpq.br/3266505536822300>. <https://orcid.org/0000-0002-5322-4126>. mattos.fernandac@gmail.com

RESUMO

A presente produção busca tratar do tema tráfico de pessoas sob a nova ótica da Lei N. 13.344 de 2016, especialmente sob suas novas formas de proteção e prevenção do crime, com o objetivo de compreender de que modo esse novo regulamento retrata disposições de cunho internacional e constitucional na medida de coibir violações a direitos humanos, em especial a dignidade humana. Tratando, então, das previsões de direitos humanos contra tráfico de pessoas, assim como as novas diretrizes, princípios e estruturação da norma, bem como com a devida discussão crítica de direitos humanos fundamentais que se encaixa nela, o objetivo é verificar se a nova norma brasileira possui instrumentos que atendam aos preceitos internacionais e cumpram o papel protetivo adequadamente. Para isso, foi utilizada a metodologia baseada numa análise bibliográfica de método dedutivo, sob o arcabouço bibliográfico de teóricos dos direitos humanos além da análise da lei em si para atingir o cerne do problema apresentado.

Palavras-chave: Direitos humanos. Tráfico de pessoas. Lei n. 13.344/2016.

HUMAN TRAFFICKING: AN ANALYSIS OF LAW N. 13.344/2016 IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This production seeks to address the issue of human trafficking from the new perspective of Law n. 13.344 of 2016, especially under its new forms of protection and crime prevention, with the aim of understanding how this new regulation portrays provisions of an international and constitutional nature in order to curb violations of human rights, especially human dignity. By dealing, then, with human rights provisions against human trafficking, as well as the new guidelines, principles and structuring of the norm, as well as with the due critical discussion of fundamental human rights that fit into it, the objective is to verify that the new Brazilian norm has instruments that meet international precepts and fulfill the protective role appropriately. For this, the methodology based on a bibliographic analysis of deductive method was used, under the bibliographic framework of human rights theorists besides the analysis of the law itself to reach the core of the problem presented.

Keywords: Human rights. Human trafficking. Law n. 13.344/2016.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas no Brasil. 3 A Nova Lei e suas Perspectivas no Âmbito do Enfrentamento ao Crime de Tráfico de Pessoas. 4 Análise Crítica Sobre a Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais e a Lei N. 13.344/16. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 13/2/2018

Aceito em: 22/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a Lei nº 13.344/2016 enquanto instrumento jurídico apto a proteger as vítimas de tráfico de pessoas e responsabilizar seus autores. Tal análise se faz importante diante da complexidade do crime em comento e a necessidade de um cuidado contínuo com relação às suas vítimas, seja no âmbito de prevenir, reprimir o crime ou acolher a pessoa à qual lhe foi retirada a liberdade e a dignidade humana.

O tráfico de pessoas é um crime vil que violenta e transforma o ser humano em mercadoria para adquirir lucro, destrói sua dignidade e o desenraiza do seio social. É um crime construído de forma complexa, com faces de incisão distintas e que não deve, de forma alguma, ser aceito, uma vez que possui origem na crise entre o Estado e própria sociedade, inspirando a existência de diversas discriminações e violência (LEAL, 2002, p. 31).

Desta forma, trazer e discutir a temática sobre a posição do ordenamento jurídico na empreitada de combate a esse tipo penal é medida que se impõe, uma vez que não somente se concretiza como violação ao bem jurídico liberdade do indivíduo, mas também é uma patente violação aos seus direitos humanos e fundamentais constitucionalmente resguardados.

A análise perfaz-se mais ainda necessária quando se observa que, de acordo com o United Nations Office of Drugs and Crimes (UNODC, 2016), o tráfico de pessoas é o terceiro crime com maior lucro mundial, perdendo apenas para os tráficos de arma e de drogas. Uma clara demonstração em que, muito mais que a subjugação social, a pessoa traficada torna-se “coisa”, mercadoria. Rechaça-se sua humanidade em razão de lucro e violência, sendo importante, portanto, por meio do presente trabalho, desenvolver um olhar crítico sobre a inovação legislativa nessa seara a fim de observar se há ou não um acolhimento estatal abstrato na intenção de promover a efetiva proteção dos direitos das vítimas.

Neste trabalho o escopo principal desenvolve-se pela necessidade de se analisar criticamente a Lei N. 13.344/2016 sob o olhar dos direitos humanos internacionais e fundamentais previstos na Constituição Federal, uma vez que é uma inovação legislativa de alto impacto na proteção das vítimas e resolução dos crimes.

A escalada da presente ideia iniciará com a verificação do desenvolvimento histórico na proteção dos direitos das vítimas de tráfico humano em sede internacional e nacional, buscando ressaltar sua evolução cronometodológica e apontar, com isso, o caminho percorrido até a supracitada norma.

Após isso, objetiva-se descrever o que há na nova legislação a respeito das diretrizes que se coadunam com o Protocolo de Palermo, compreendendo em que sentido garantem a prevenção, repressão e punição para fins de enfrentamento ao tráfico de pessoas, e observando, para tanto, os dispostos nos capítulos II, III e IV em comparativo direto aos dispostos no protocolo e no Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas que está em vigor.

Em seguida, intenta-se sintetizar criticamente a importância da proteção dos direitos humanos das vítimas conforme o ideal trazido na própria Constituição Federal de 1988. Para isso, expõe-se a visão da necessidade de proteção de direitos humanos e seu alcance nos direitos humanos das vítimas de tráfico, para compreender em que ponto a nova lei os atinge.

Para a referida produção foi empregada a metodologia por meio do uso do método dedutivo (método de abordagem) a partir de revisão bibliográfica. Utiliza-se tal método para alcançar a resposta de um problema que se faz mediante uma observação das expectativas sob teorias, que, nos ensinamentos de Popper (2004, p. 15), é o que de fato molda um trabalho científico.

2 DIREITOS HUMANOS E TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

O crime de tráfico de pessoas, hoje capitulado no artigo 149-A do Código Penal Brasileiro,¹ sofreu, no decurso do tempo, diversas alterações na sua interpretação e aplicação legislativa (nacional e internacionalmente) até o advento da nova lei que está sendo analisada neste trabalho. Tal evolução concretiza-se a partir das discussões internacionais sobre as formas cada vez mais eficazes para a proteção das vítimas e a punição dos traficantes.

O tema tráfico de pessoas não é um fato novo, tendo ocorrido em toda história da humanidade, mas foi com o advento da colonização que teve um tratamento comercial, ampliando sua ação e multiplicando suas vítimas com a escravidão negra para as colônias. De acordo com Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2008), a primeira regulamentação internacional do tema surgiu com a proibição do tráfico na Convenção de Viena em 1814, o que não estancou o problema. Em seguida tivemos a edição de outros instrumentos internacionais sobre o tema: a) 1910 – Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas; b) 1921 – Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças); c) 1933 – Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores; d) 1947 – Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947); e) 1949 – Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio.

Atualmente, o tema é tratado por intermédio do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo, de 9 de novembro de 1998, sendo ele o primeiro instrumento a delimitar consensualmente o que é tráfico de pessoas e o que se deve fazer a respeito disso.

O protocolo foi desenvolvido para que pudesse não somente delimitar a conduta de traficar pessoas, mas também diferenciá-la da conduta de migração ilegal (ou contrabando de imigrantes ou também imigração irregular), a qual possui seu próprio Protocolo Internacional com suas exposições específicas.² Tal separação percebe-se claramente quando em relação ao tráfico o termo em inglês para se tratar do tema é *trafficking* e para a migração é *smuggling*. Nesse sentido, o protocolo defende, em seu artigo terceiro, que tráfico de pessoas é:

¹ Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

² Protocolo Contra o Contrabando de Imigrantes por Terra, Mar e Ar, o qual complementa a Convenção das Nações Unidas Contra a Delinquência Organizada Transnacional de 2000.

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, à servidão ou à remoção de órgãos.

Dessa forma, havendo essa especificidade, no que ensina Waldimery Corrêa da Silva (2013, p. 424), o protocolo não se dispõe somente como um mero acordo entre Estados-membros; ele facilita na definição de uma maior defesa e alcance no que concerne aos direitos humanos passíveis de violação nessas circunstâncias.

Não obstante a previsão do protocolo, internacionalmente ainda se pode contar com a proteção estabelecida para migrações com fito de tráfico dentro de diversas Convenções e Tratados, a exemplo da Convenção de Viena de 1993, que, em seu artigo 18, esclarece que todo tipo de violência, contra qualquer pessoa por qualquer que seja sua etnia, gênero ou cultura, que seja um resultado até mesmo dentro do tráfico de pessoas, deve ser expurgada. Para isso, induz a necessidade de previsões legislativas e ações, nacionais e internacionais, voltadas a garantir o pleno desenvolvimento humano para evitar tais violações e proteger a dignidade humana.

Tal induzimento demanda a necessidade de olhar para o âmbito interno jurídico brasileiro. O Brasil, dentro da temática, sofreu, com o passar do tempo, certa evolução entre conceitos, definições e ações práticas para fins de atingir os objetivos gerais do Protocolo de Palermo. Afinal, como produção humana, as definições jurídicas e legislações criadas estão fadadas a possuírem erros e autorrenovarem-se à medida que a humanidade evolui.

Conforme introduziram Anamaria Marcon Venson e Joana Maria Pedro (2013, p. 68-69) em seu trabalho, em um primeiro momento nossa definição de “tráfico” desenvolveu-se dentro de um senso proibitivo da prostituição, frise-se, feminina, por meio do artigo 231³ do Código Penal de 1940, previsto no capítulo antes conhecido como “Dos Crimes contra os Costumes”.

Após alguns anos, a segunda evolução, se se pode ser assim chamada, ocorreu após anos de debate feministas na intenção de desvincular o combate ao tráfico como único exclusivamente relacionado à atividade sexual remunerada exercida por mulheres.

Observa-se que o protocolo de Palermo renovou a definição em 2000 e o Brasil, em 2004, o ratificou por meio do Decreto n. 5.017, alterando-se o crime de “tráfico internacional de *mulheres*” para “tráfico internacional de *pessoas*”. Apesar, contudo, de resoluta a questão de gênero – aparentemente – o legislador entendeu manter a fixação do tipo penal à questão da prostituição,⁴ como demonstrado na alteração feita pela Lei n. 12.015/2009, que, como explicam Venson e Pedro (2013, p. 77):

³ Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nêle venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão, de três a oito anos.

⁴ O tipo penal passou a ser definido em seu caput da seguinte forma: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”, vinculando o crime estritamente à exploração sexual e garantindo a proibição velada à prática exercida pela prostituta.

[...] passou a tratar de tráfico de pessoa para “prostituição ou outra forma de exploração sexual”, igualando prostituição à exploração, talvez buscando adequar-se um tanto mais à redação do Protocolo, que fala em “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual”.

Entende-se de tal posicionamento que a prostituição representa uma situação suscetível a novas violências, entre elas o tráfico, e é camuflada, pois permanece em sua inteireza numa clandestinidade social (PASTANA, 2013, p. 105). Por outro lado, quando associada ao tráfico, reduz-se o rigor da análise criminal do fato, em razão da ferida moral causada pela atividade sexual, o que dificulta o aceite social de que uma prostituta pode ser vítima de tráfico (SANTOS *et al.*, 2008, p. 273), decorrendo, daí, um paradoxo entre o que se protege e o que se proíbe.

Voltando à evolução cronológica brasileira, em 2006, saindo da esfera das leis, o Estado brasileiro posicionou-se na criação do primeiro Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), sendo atualizado para II PNETP no ano de 2013, pelo Decreto n. 7.901, o qual trouxe mais detalhamento a respeito do pilar da prevenção, proteção e punição, aplicado ao crime de tráfico de pessoas.⁵ Atualmente, o Brasil está preparando-se para lançar um terceiro plano e renovar as estruturas deixadas pelos dois anteriores.

Os dois planos, e em especial o segundo, vieram com o fito de fazer valer a intenção estatal de não somente punir o crime, mas abarcar a sua prevenção e o cuidado com as vítimas, antes e, mais ainda, depois de uma violação a sua liberdade e também identidade, posto que a realidade de ser vítima nesse crime é um resultado de seu desenraizamento social ao ser transformada em objeto para obtenção de lucro.

Como exemplo da importância dos Planos encontra-se uma de suas metas, dentro da Linha operativa 2, que consiste em:

Atividade 2. G – Ampliar o acesso a direitos por parte de vítimas e grupos vulneráveis ao tráfico de pessoas e a oferta de serviços e iniciativas públicas, prioritariamente em municípios e comunidades identificadas como focos de aliciamento de vítimas de tráfico de pessoas, com vistas a diminuir tal vulnerabilidade e seus impactos.

A desenvoltura dos planos, principalmente considerando a estrita forma aplicada anteriormente no Código Penal, permitia maior proteção e atuação do Estado nas esferas do crime, com campanhas e capacitação de profissionais, além da produção, gestão e disseminação de informação aos cidadãos.

Posteriormente, a segurança jurídica sobre o tema ganhou novos ares quando, em 2016, foi sancionada a Lei n. 13.344, a qual passou a tratar explicitamente sobre o tráfico de pessoas no Brasil e foi construída em moldes equivalentes ao entendimento internacional. Tal morosidade, entre ratificação do Protocolo e produção legislativa dentro de seus moldes, demonstrou um descaso com o tema por parte do Estado, o que ratifica o quanto a situação de tráfico é delicada para se afrontar, principalmente por este crime ser um evidente meio de violação da dignidade da pessoa humana, representando uma moléstia aos direitos fundamentais das vítimas.⁶

⁵ Comumente reconhecido como Triplo “P” do Protocolo de Palermo (Prevenção, Punição, Proteção).

⁶ A dignidade da pessoa humana é protegida positivamente no ordenamento jurídico por meio dos direitos fundamentais, guardando uma relação jusnaturalista direta com os direitos humanos, conforme explicita Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional” (2011, p. 32).

Cinge-se, por fim, que, apesar da demora, a nova norma finalmente trouxe o que Cunha e Pinto (2016, p. 21) afirmam ser “a proteção do ser humano, figura central e principal objeto de preocupação do legislador”, na medida em que o tipo e suas diretrizes finalmente se relacionam diretamente ao almejado internacionalmente na proteção, prevenção e punição ao crime de tráfico de pessoas.

3 A NOVA LEI E SUAS PERSPECTIVAS NO ÂMBITO DO ENFRENTAMENTO AO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

A Lei n. 13.344 de 2016 é muito além de apenas uma inovação legislativa; ela traz quebra de paradigmas e novos olhares sobre um tema sensível e colocado à revelia em razão de sua facilidade de ser “abafado”. Ela apresenta uma construção interna voltada ao sucesso dos objetivos fundamentais internacionais relacionados ao tráfico de pessoas, já citados neste trabalho.

Sua estruturação é iniciada por meio dos seus princípios norteadores apontados especialmente no artigo 2º⁷ e, em seguida, suas diretrizes, no artigo 3º,⁸ que, juntos, trazem o direcionamento geral a ser seguido em todo o restante dos planos de proteção, repressão e punição previstos no corpo legal.

Em relação à construção legislativa, cumpre, por ora, dar atenção a esses fundamentos de prevenção, repressão, proteção e demais alterações legislativas contidas nos textos, que vão do artigo 4º ao artigo 6º da Lei n. 13.344/2016.

O primeiro artigo a ser analisado é o 4º, que retrata os meios de prevenção a serem aplicados, quais sejam *ipsis litteris*:

Art. 4º. A *prevenção* ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I – da implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II – de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens; III – de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; e IV – de incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

⁷ Art. 2º O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá aos seguintes princípios: I – respeito à dignidade da pessoa humana; II – promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; III – universalidade, indivisibilidade e interdependência; IV – não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status; V – transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; VI – atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais; VII – proteção integral da criança e do adolescente.

⁸ Art. 3º O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá às seguintes diretrizes: I – fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada das esferas de governo no âmbito das respectivas competências; II – articulação com organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras; III – incentivo à participação da sociedade em instâncias de controle social e das entidades de classe ou profissionais na discussão das políticas sobre tráfico de pessoas; IV – estruturação da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil; V – fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias e estações rodoviárias e ferroviárias; VI – estímulo à cooperação internacional; VII – incentivo à realização de estudos e pesquisas e ao seu compartilhamento; VIII – preservação do sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais, nos termos da lei; IX – gestão integrada para coordenação da política e dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Dessa forma, subtende-se que a prevenção do crime tenta se desenvolver mediante uma perspectiva multifacetada e multidisciplinar, o que denota que alcançar o objetivo de proteger as futuras vítimas e evitar o crime é tão importante que a lei busca trazer um aparato completo dentro das armas que o Estado e a sociedade possam ter. Ele é, de uma forma geral, a explicitação da “necessidade de integração e colaboração mútua” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 47).

Nesse sentido, seus dois incisos repercutem em outros dois dispositivos dentro da própria legislação; o primeiro diretamente ao artigo 15 e o segundo ao artigo 3º, inciso II. O primeiro, especificamente, tem a temática intrinsecamente ligada ao fator *divulgação*, uma clara correspondência e ligação ao trabalho já adiantado pelo II Plano Nacional de Enfrentamento por intermédio dos eventos *Campanha Nacional de Conscientização e Sensibilização para Eradicação do Trabalho Escravo* e a *Campanha Nacional de Prevenção ao Tráfico de Pessoas* (BRASIL, 2013a, p. 30).

Trabalhos e previsões como essa explicitam o que já vem abordado no Protocolo de Palermo, que, nos ensinamentos de Francischetto (2013, p. 118), é um instrumento internacional que visa, sobretudo à ampliação da proteção das vítimas de tráfico de pessoas.

Não obstante a necessidade da divulgação, o artigo 4º reitera uma das necessidades apontadas no inciso II do 3º, qual seja, a articulação imprescindível entre órgãos estatais e entre as camadas mais diversas da sociedade civil. Esse trabalho em conjunto também foi retratado e previsto no supracitado Plano Nacional (BRASIL, 2013a, p. 19), sempre com o fito de fortalecer a cadeia de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Seguindo a construção da lei e voltando-se a atenção ao artigo 5º, temos a estruturação dos meios de repressão ao tráfico, que se coloca diante de três incisos, a saber:

- I – da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros; II – da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores; III – da formação de equipes conjuntas de investigação.

A necessidade desse dispositivo destrinchando as formas de repressão é, por si só, autoexplicativa em virtude da própria construção do direito penal que é, em sua natureza, repressor na medida em que objetiva proteger os bens jurídicos.⁹ Um dos seus principais objetivos é o controle social e a punição efetiva dos que entrarem no tipo e violarem bens jurídicos protegidos (BITENCOURT, 2012, p. 97).

Ressalte-se que os incisos I e II do referido artigo são uma recolocação do disposto no artigo 4º, inciso I, de uma forma a observar as mesmas ferramentas no sentido de garantir da aplicação da norma legal e punição do algoz. Não obstante, seu último inciso chama atenção ao fato de resguardar diretamente o que traz o Protocolo adicional à Convenção da ONU sobre o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do

⁹ Conforme Cezar Roberto Bitencourt, “a proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais” (2012, p. 76), o que sintetiza a importância de uma legislação bem formulada para a garantia da efetiva proteção desses direitos.

Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças,¹⁰ no seu artigo 10, ponto 2,¹¹ que busca aumentar e fomentar o intercâmbio de informações e formação para maior efetividade das atividades realizadas.

Encerrando a construção em cima do Triplo “P” já apontado, o artigo 6º objetiva delimitar e encarar exaustivamente as formas de proteção e assistência às vítimas, sejam elas diretas ou indiretas. Assim observa-se no texto legal:

Art. 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem: I – assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde; II – acolhimento e abrigo provisório; III – atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status; IV – preservação da intimidade e da identidade; V – prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais; VI – atendimento humanizado; VII – informação sobre procedimentos administrativos e judiciais. § 1º A atenção às vítimas dar-se-á com a interrupção da situação de exploração ou violência, a sua reinserção social, a garantia de facilitação do acesso à educação, à cultura, à formação profissional e ao trabalho e, no caso de crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária. § 2º No exterior, a assistência imediata a vítimas brasileiras estará a cargo da rede consular brasileira e será prestada independentemente de sua situação migratória, ocupação ou outro status. § 3º A assistência à saúde prevista no inciso I deste artigo deve compreender os aspectos de recuperação física e psicológica da vítima.

De tal feita, a proteção é elemento primordial dentro do enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas, uma vez que, sem ela, pessoas viram objetos para simples obtenção de lucro. Tal proteção é fundamental em razão de diversas vulnerabilidades sociais existentes, quando se observa questões de todo o meio social da vítima (BORGES, 2013, p. 15).

Não à toa, o artigo 6º é o maior, em extensão, dos três pilares de enfrentamento aqui explicitados. Afinal, é ele que se desenvolve abordando questões relevantes e com sensibilidade social em relação às vítimas.

A subdivisão das suas formas de proteção pode ser apontada em duas: aquelas que se relacionam ao processo de evitar a revitimização social e institucional, presentes, nesse caso, nos incisos III, IV, V, VI e VII, e aquelas que objetivam promover a proteção assistencial das vítimas, as quais são explicitadas neste artigo em seus incisos I, II e seus parágrafos.

Nesse sentido, na linha apontada na primeira subdivisão, os incisos III e IV trazem em seu corpo uma atenção específica em relação às revitimizações sociais provocadas pelos estigmas associados pelo envolvimento em tráfico, quando a vítima perde não somente a liberdade de ir e vir, mas a de domínio sobre seu próprio corpo e, posteriormente, vulnerabiliza-se

¹⁰ Convenção que originou o já nomeado Protocolo de Palermo.

¹¹ É definido pelo artigo 10 em seu ponto 2 que: “Os Estados Partes assegurarão ou reforçarão a formação dos agentes dos serviços competentes para a aplicação da lei, dos serviços de imigração ou de outros serviços competentes na prevenção do tráfico de pessoas. A formação deve incidir sobre os métodos utilizados na prevenção do referido tráfico, na ação penal contra os traficantes e na proteção das vítimas, inclusive protegendo-as dos traficantes. A formação deverá também ter em conta a necessidade de considerar os direitos humanos e os problemas específicos das mulheres e das crianças bem como encorajar a cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil” (ONU, 2000).

no retorno ao meio social e também sobre a necessidade de intimidade *pos factum* em razão de desconforto por serem vítimas. Conforme Silva (2013, p. 427), “o traficante se aproveita da situação de vulnerabilidade da pessoa, já que a mesma se encontra em lugar alheio e estranho a seu entorno social”, e tal vulnerabilidade redobra-se no retorno ao convívio em sociedade, especialmente se essa exploração foi de cunho sexual, sendo essa a preocupação central deste inciso.

Além disso, atenta-se à questão de gênero, que, como apontada anteriormente, é um fato batido mais intensamente dentro do tráfico de pessoas, principalmente no que concerne especificamente ao Brasil. Sabe-se, pelo Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas de 2013, que 66% dos casos foram de tráfico para exploração sexual e, dentre estes, 36 dos 41 casos envolveram vítimas do sexo feminino.

Já com relação aos incisos V, VI e VII, o foco de sua construção pauta-se sobre a proteção dentro das instituições que previnem, investigam os casos e acolhem as vítimas, uma vez que, segundo Flaviane de Magalhães Barros (2008, p. 53), a revitimização institucional consiste “não no sofrimento sentido pela vítima [...], mas no desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dentro e fora do processo penal”. Dessa forma, a adoção de um dispositivo que se preocupa com a recepção desses vulneráveis denota uma atenção humana e social ativa na busca de lhes informar e garantir seus direitos plenamente.

No que concerne aos incisos I e II, seus textos são diretamente ligados à pretensão assistencial pós-crime, no sentido de trazer a vítima ao meio social de forma efetiva e com segurança suficiente para isso. Ambos bebem da fonte do Protocolo de Palermo em seu artigo 6º, bem como da estipulação do II PNETP na meta 2.D.6. da linha operativa 1,¹² que almeja o pleno apoio institucional para uma assistência social às vítimas com efetiva qualidade.

Já em relação a seus três parágrafos, eles, em conjunto, reúnem em suas estruturas a necessidade expressa de assistência familiar, educacional, profissional, de saúde e de reinserção social comunitária, visto ser o crime de tráfico um desenraizador por excelência. O foco do parágrafo primeiro pauta-se exatamente nisso, enquanto o parágrafo terceiro objetiva sinalizar a necessidade de cuidado com a saúde da vítima, não somente física, mas, também, psicológica.

¹² Atividade 2.D. Criar, financiar e realizar estratégias de integração dos sistemas nacionais para atendimento e reintegração das vítimas do tráfico de pessoas, fortalecendo a rede de atendimento, integrando normativas e procedimentos, articulando as responsabilidades entre atores da rede, definindo metodologias e fluxos de atendimento, e disseminando material informativo para um adequado processo de atendimento sob a perspectiva de direitos. Meta 2.D.6 – Serviços de acolhimento institucional assegurados pela política de assistência social para pessoas vítimas de tráfico, criados e fortalecidos, em parceria com setores governamentais e não governamentais.

Por fim, seu parágrafo segundo abrange a proteção das vítimas brasileiras no exterior, e determina, para isso, a existência de consulados que atenderão essas pessoas independentemente da sua situação migratória,¹³ Demonstrando, mais uma vez, que o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos deve sempre prevalecer¹⁴ em detrimento de situações legais diversas, como uma migração realizada de forma inadequada para fins de tráfico.

4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A LEI N. 13.344/16

Para se compreender a construção jurídica da proteção, é importante entender a relevante posição do indivíduo e seus direitos inerentes. Conforme expõe Comparato (2015, p. 34), “a humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma”.

Daí decorre a ideia de que não se pode deixar ao léu postulados que preservem essa identidade humana como digna e dotada de liberdade. A preservação de tal conceito se consubstancia dentro da própria proteção dos direitos humanos fundamentais de um ser humano.¹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 102) afirma que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”. Logo, é preciso compreender que proteger os direitos humanos é proteger a dignidade humana e, assim, automaticamente proteger seus direitos fundamentais para se viver de forma plena.¹⁶

Em relação à tal guarita, as legislações internacional e nacional escritas tornam-se garantidoras institucionalizadas para uma proteção mais maciça dos direitos humanos e, consequentemente, da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, afirma Fábio Konder Comparato (2015, p. 73):

Se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto.

Nesse seguimento, não obstante a ordem jurídica internacional de proteção dos direitos humanos subsista por meio de seus instrumentos essenciais (em especial o já citado Protocolo de Palermo e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), as constituições de-

¹³ Tal previsão dá o alcance necessário trazido no II PNTEP na sua meta 2.D.9 que almeja “Consulados brasileiros no exterior instruídos com relação atualizada de casas abrigo para o atendimento emergencial de vítimas brasileiras de tráfico de pessoas”.

¹⁴ Para Ingo Wolfgang Sarlet, em seu livro “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana e lhe resguardam a própria dignidade quando devidamente protegidos, mas que está além do ordenamento justamente por ser intrínseca a qualidade de ser humano (2012, p. 84, 102).

¹⁵ Para Fábio Konder Comparato, o ser humano vem dotado de um caráter e valores únicos, os quais demonstram que a dignidade da pessoa existe em cada um de forma singular e insubstituível (2015, p. 43).

¹⁶ Cumpre ressaltar que, para Sarlet (2012, p. 102), direitos fundamentais dissociam de direitos humanos, uma vez que direitos humanos são ligados à dignidade humana e os fundamentais são aqueles expressos em texto constitucional, temática aqui não explorada em virtude de o direito fundamental à liberdade violado no tráfico de pessoas ser um direito humano pleno e defendido em diversos tratados e na própria Declaração Universal de 1948, além de contar com expressa proteção na Carta Constitucional de 1988.

vem ser alvo de delimitação desses direitos, pois são elas que coadunam os interesses de um povo dentro de uma perspectiva democrática sólida, repousada sobre a dignidade da pessoa humana, em que cada pessoa é um fundamento da sociedade e do próprio Estado (SARLET, 2012, p. 91).

Como grande exemplo de Constituição que abrange esses direitos está a Carta Magna de 1988, à medida que ela trouxe, em seu texto, especialmente dentro do campo de direitos e garantias fundamentais, um dos maiores avanços no que concerne à matéria (PIOVESAN, 2011, 207). Nessa perspectiva, observa-se, em seu texto, a primazia pela dignidade e direitos em seus artigos 1º a 5º, e em especial ao 4º, inciso II, que traz explicitamente a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios fundamentais.¹⁷

Dentro do universo da dignidade e dos direitos da pessoa humana está a liberdade individual. Conforme Flávia Piovesan (2011, p. 202), “revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade, e por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade”. Dessa forma, garantir uma proteção e acolhimento a quem tem uma liberdade violada, cerceada injustificadamente, é uma maneira de lhe garantir a igualdade entre os demais cidadãos.¹⁸

Uma proteção às vítimas de tráfico de pessoas, portanto, supera uma questão penal e passa a ser responsabilidade do Estado por direitos humanos plenos, em âmbitos nacional e internacional. É preciso, dessa forma, entender que o reconhecimento desses direitos, como o da liberdade individual, não é somente a segurança para a sociedade; é uma forma de institucionalizar valores éticos dentro da coletividade para um pensamento solidário de acolhimento das vítimas (COMPARATO, 2015, p. 71).

A entrada do Protocolo de Palermo dentro do ordenamento brasileiro, seguidos dos I e II PNETP e atual Lei nº 13.344 de 2016 representam, justamente, uma perfeita sincronia com uma de nossas cláusulas pétreas presente no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.¹⁹

Na opinião de Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 9), “[...] o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja”. Dessa forma, a evolução da proteção das vítimas significa uma quebra de paradigmas em um fato criminoso tantas vezes deixado de lado pela sociedade. Cunha e Pinto (2016, p. 21) destacam, em consonância com tal posicionamento, que “a proteção das vítimas de tráfico de pessoas nada mais é, em última análise, do que a proteção do ser humano, figura central e principal objeto de preocupação do legislador”.

Verdade seja, os artigos 2º e 3º da Lei n. 13.344 de 2016 são os responsáveis pela explanação primária dos princípios e diretrizes gerais que rodeiam o enfrentamento ao tráfico de pessoas. Não por acaso, são os dois artigos que formam o primeiro capítulo e a baseiam. São

¹⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) I – prevalência dos direitos humanos...

¹⁸ Posicionamento esse dado pela própria Declaração de Direitos Humanos de 1948, que aponta uma concepção indivisível entre o valor da liberdade e da igualdade, os quais devem estar conjugados.

¹⁹ Art. 60 (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

neles que se fazem possíveis interpretações voltadas para a garantia da realização existencial do homem. O exemplo disso encontra-se no inciso II do artigo 2º: a prevalência da *universalidade* que não obsta seus efeitos quanto à busca de maior efetivação na proteção e prevenção contra o delito, contando com diversas forças estatais.

Cunha e Pinto (2016, p. 24) afirmam que “a preocupação do legislador [foi] exatamente [...] promover e garantir a observância dos direitos humanos e da cidadania”. Tal afirmativa consubstancia-se na prática ao se fazer a leitura dos dois supracitados artigos, bem como com toda a estrutura trazida pela novel legislação, a qual se mostra como um efetivo aperfeiçoamento e comprometimento do Brasil no reforço do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Ensina Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 447) que

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pelo exercício da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afectiva (*sic*) e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de acção (*sic*).

Logo, a novel legislação é parte desse modo de reconhecimento da dignidade humana, na medida em que dialoga com o defendido no direito internacional, bem como com as importantes previsões constitucionais de consideração a respeito da dignidade humana plena, além de representar finalmente um posicionamento firme do Brasil no enfrentamento ao tráfico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de se trabalhar com uma nova lei é muito mais do que apenas destrinchar seus conteúdos e replicá-los num texto descritivo, mas avaliar o respeito aos princípios que a fundamentam; principalmente se tal norma compõe-se numa inovação crucial dentro do ordenamento jurídico brasileiro que preza pelo cuidado e proteção de direitos fundamentais de seus cidadãos.

A necessidade de sua criação foi patente e urgente, assim como será a de sua aplicação no decorrer dos anos que se seguirem, devendo serem analisados e acompanhados seus resultados. Nesse sentido, sua criação foi mais um passo para a efetivação da atuação estatal num crime tão precariamente evitado, descoberto e punido.

Destarte, observa-se sua necessidade por meio de diversas previsões legislativas de cunho internacional, que protegiam, no conceito geral, algo que deveria ser observado dentro do Estado soberano brasileiro. Suas evoluções legislativas, ao longo dos anos, especificamente no que concerne ao Código Penal e suas alterações em relação ao tráfico – sendo inicialmente de *mulheres*, para *pessoas*, mas vinculado à exploração sexual, para somente então ser um crime contra a liberdade individual –, permitiram alcançar o ideal trazido no Protocolo de Palermo, instrumento internacional de proteção específica em casos de tráfico de pessoas, que, ratificado, finalmente, em 2004, teve seu auge de representação consubstanciado com a referida lei no ano de 2016.

Depreende-se também da estrutura da lei que seus conceitos não a fazem uma lei crua e engessada; pelo contrário, possui princípios a serem interpretados e aplicados sem lhe vincular a tempo e, sim, a toda a problemática que se desenvolve; tudo isso com o fito de garantir a efetivação do triplo “P”, e, em especial, os “ps” de proteção e prevenção, trazendo atuações mais que necessárias para evitar o crime e proteger as vítimas vulnerabilizadas após sua ocorrência. Não se pode esquecer, claro, da repressão, que, com base no princípio da universalidade trazido na própria norma, busca alcançar a unidade de atuações entre diversos órgãos estatais para maior efetivação da norma e proteção dos direitos das vítimas.

Em que pese falar de direitos, a transformação da ideia do Protocolo de Palermo em realidade, mediante a presente norma, significa mais que proteger a liberdade individual do indivíduo; ela renova o olhar sobre os direitos humanos das vítimas de tráfico, que perdem muito mais que o direito de ir vir livremente, coisificando-a. Compreende-se a lei, nesse contexto, como garantidora de uma proteção às vítimas num crime que as transforma em mercadoria e lhes tira a dignidade.

A liberdade humana é direito essencial tanto como direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto como direito fundamental na própria Constituição Federal de 1988. Sendo assim, ela é parte da dignidade da pessoa humana, característica intrínseca a todo ser humano que deve ser resguardada pelo seu Estado.

Dessa forma, a vigência da Lei nº 13.344 de 2016 representa mais que um marco histórico na proteção dos direitos humanos e fundamentais já almejados. Ela representa uma evolução no caminho para o eficaz enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas e a garantia plena da dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília DF: Senado Federal, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. *Decreto nº 5.016*, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Brasília, DF: Senado Federal, 2004a.
- BRASIL. *Decreto nº 5.017*, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, DF: Senado Federal, 2004b.
- BRASIL. *Decreto nº 5.948*, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – PNETP. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.
- BRASIL. *Lei nº 13.344*, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF: Senado Federal, 2016.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Brasília: SNJ, 2013a.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Relatório nacional sobre tráfico de pessoas*. Brasília: SNJ, 2013b.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1 .17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Tráfico de pessoas: da convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo*. 2008. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf. Acesso em: 4 nov. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas: lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. A necessidade de maior visibilidade da comunidade LGBT quanto à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. Série Tutela penal dos direitos humanos, n. 3. p. 115-135.
- LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima P. (org.). *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF: Relatório Nacional*. Brasília, DF: Cecria, 2002.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2017.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Vienna Declaration and Programme of Action (A/CONF.157/23)*, 1993. Disponível em: <http://www.un-documents.net/ac157-23.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.
- PASTANA, Debora Regina. Tráfico de pessoas e globalização: a necessidade de construção de uma prática contra hegemônica de enfrentamento. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. Série Tutela penal dos direitos humanos, n. 3. p. 95-111.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Márcia (org.). *Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 6).
- POPPER, Karl Raymund. 1902. *Lógica das ciências sociais*. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Munis Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-4451997000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 jul. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 433-470. (Coleção para um novo senso comum; v. 4).
- SANTOS, Boaventura de Sousa; GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; BAGANHA, Maria Ioannis. *Tráfico de mulheres em Portugal para fins de exploração sexual*. Cidade do Porto, Portugal: Clássica – Artes Gráficas, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SILVA, Waldimery Corrêa da. Tráfico de pessoas: necessidade de clareza conceitual entre o tráfico internacional de pessoas e contrabando de pessoas. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira (org.). *Sociedade e Direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013. p. 417-436.
- UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. *Global report on trafficking in persons*. New York: United Nations, 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 12 jul. 2017.
- VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 33, n. 65, p. 61-83, 2013.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.201-214>

Os Direitos Humanos da ONU e o Governo Brasileiro: Uma Análise da Incorporação dos Preceitos da ONU nas Ações Governamentais

Thais Aparecida Dibbern

Doutoranda em Política Científica e Tecnológica pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Pesquisadora do Laboratório de Estudos do Setor Público da Faculdade de Ciências Aplicadas (FCA) da Unicamp. <http://lattes.cnpq.br/9471619073576625>.
<https://orcid.org/0000-0003-4826-4614>. dibbern.thais@gmail.com

Milena Pavan Serafim

Doutora em Política Científica e Tecnológica pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Professora doutora da Faculdade de Ciências Aplicadas (FCA) da Unicamp. <http://lattes.cnpq.br/0394606527784711>. <http://orcid.org/0000-0002-7541-4182>.
milenaps@unicamp.br

RESUMO

O debate acerca dos direitos humanos ganhou força preeminente após o reconhecimento das atrocidades e violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Ainda que, entretanto, estes sejam positivados em tratados internacionais e outras fontes do direito internacional, bem como estando presentes explicita ou implicitamente nas Constituições, os direitos humanos não ganharam existência real para grande número de pessoas. Com efeito, a ONU surge com recomendações oriundas de diversas agências especializadas e órgãos principais, com mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU) e demais fontes, a fim de contribuir com a situação da proteção e garantia de tais direitos. Em vista disso, este estudo analisa de que forma os instrumentos de planejamento – os Planos Plurianuais – do governo federal incorporam as recomendações oriundas do mecanismo de Revisão Periódica Universal da Organização das Nações Unidas (RPU/ONU) sobre direitos humanos fundamentais. Metodologicamente, a presente pesquisa foi realizada com base em revisões bibliográficas e análise de dados secundários. Como resultados, observa-se que o Estado brasileiro, ao participar de dois ciclos deste mecanismo, aceitou quase todas as recomendações, todavia nem todas foram incorporadas diretamente em seus instrumentos de planejamento e gestão estratégica, isto é, não combatendo propriamente os problemas e desafios elencados nas recomendações recebidas.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. ONU. Revisão periódica. Ações governamentais. Brasil.

THE HUMAN RIGHTS OF THE UN AND THE BRAZILIAN GOVERNMENT: AN ANALYSIS OF THE INCORPORATION OF RECOMMENDATIONS IN GOVERNMENT ACTIONS

ABSTRACT

The debate over human rights gained pre-eminence after recognition of the atrocities and violations committed during World War II. However, even if these are positive in international treaties and other sources of international law, as well as being explicitly or implicitly present in the Constitutions, human rights have not gained real existence for large numbers of people. Indeed, the UN comes up with recommendations from a number of specialized agencies, major agencies, the Universal Periodic Review (UPR) mechanism, and other sources, in order to contribute to the protection and guarantee status of such rights. In view of this, this study analyzes how the planning instruments – PPAs – of the Federal Government incorporate the recommendations of the United Nations Universal Periodic Review mechanism on fundamental human rights. Methodologically, the present research was carried out based on bibliographic reviews and analysis of secondary data. As a result, it can be observed that the Brazilian State, when participating in two cycles of this mechanism, accepted almost all the recommendations, however, not all were incorporated directly into its strategic planning and management instruments, that is, not properly combating the problems and Challenges highlighted in the recommendations received.

Keywords: Fundamental human rights. UN. Periodic review. Government actions. Brazil.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Os Direitos Humanos Fundamentais: Funções e Características. 3 A Organização das Nações Unidas e o Mecanismo de Revisão Periódica Universal. 4 Análise da Incorporação das Recomendações da ONU nas Ações Governamentais. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 12/1/2018

Aceito em: 22/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca dos direitos humanos ganhou força preeminente a partir do reconhecimento das violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. A partir deste cenário, o qual ocasionou milhares de mortes e a devastação de dezenas de países, foi possível a criação de uma organização supranacional com o objetivo declarado de manter o diálogo entre seus membros, garantir a segurança internacional, bem como o desenvolvimento mundial. Tal organização, fundada oficialmente em 24 de outubro de 1945, composta por países que se reuniram voluntariamente, é conduzida por princípios e valores acordados que possibilitaram grandes conquistas relacionadas a maiores responsabilidades, por parte de seus Estados-membros, na proteção e promoção dos direitos humanos. Por sua vez, ainda que haja algumas deficiências por parte de seu Sistema, esta tornou-se um fator essencial para prosperar princípios éticos, bem como direitos humanos fundamentais (LAFER, 1995).

Sendo assim, partindo de uma visão contemporânea dos direitos humanos, considerando-os como um conjunto de direitos essenciais para uma vida humana, a qual é pautada na liberdade, igualdade e dignidade (RAMOS, 2014) e, seguindo os preceitos positivados na Constituição Federal de 1988 e tratados internacionais, o Brasil reconhece que os direitos humanos existem para legitimar garantias mínimas para a vida, num contexto de harmonia social e justiça, considerando os princípios de liberdade, igualdade e desenvolvimento do ser humano.

Ainda, todavia, que sejam positivados interna e externamente, estes direitos não ganharam existência real para grande número de brasileiros. Desníveis regionais, marginalização social e discriminação social e econômica surgem com a distorção de preceitos legais e a não aplicação de princípios da C.F./88. Destaca-se que esta situação foi agravada na década de 90 do século 20, quando o governo brasileiro adotou a linha neoliberal, priorizando objetivos econômicos e financeiros em detrimento aos objetivos de cunho social (DALLARI, 2010).

Nesse sentido, considerando-se que ainda existe uma grande defasagem em relação às ações governamentais que visam à promoção e proteção desses direitos e, reconhecendo a importância atribuída a eles, a ONU surge com recomendações no campo dos direitos humanos que podem derivar de suas 30 agências especializadas, dezenas de tratados internacionais, cinco órgãos principais, o Sistema de Direitos Humanos, além do mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU), o qual será abordado neste artigo. Tal mecanismo aparece como um instrumento cooperativo, tendo como objetivo a identificação de “boas práticas”, bem como “desafios” que visam a direcionar as necessidades dos Estados em consonância com a sustentação de suas competências nacionais no campo dos direitos humanos (BELLI, 2009).

À vista disso, o objetivo deste artigo consiste em analisar de que forma os instrumentos de planejamento – Planos Plurianuais – do governo federal incorporam as diretrizes e recomendações oriundas do mecanismo RPU sobre direitos humanos fundamentais. Para tanto, considera-se duas possibilidades: ao receber as recomendações o Estado pode ou não as aceitar; e, em caso positivo, as recomendações podem ou não ser incorporadas em seus instrumentos de planejamento.

Para cumprir com tal objetivo, dividimos este artigo em três partes, além desta introdução e considerações finais. Na primeira parte realizaremos um breve levantamento bibliográfico a respeito dos direitos humanos fundamentais, apresentando suas funções e características. Em seguida, abordaremos o histórico da ONU e suas influências perante os Estados-membros, além da apresentação do mecanismo RPU, o qual foi utilizado na etapa final desta pesquisa. Por fim, apresentaremos o levantamento e análise dos PPAs de 2008, 2012 e 2016 em consonância às recomendações de ambos os ciclos do mecanismo RPU, os quais foram realizados durante os anos de 2008 e 2012. Convém destacar que esta pesquisa utiliza uma metodologia aplicada mediante um estudo exploratório e descritivo analítico, o qual fora realizado por meio de revisões bibliográficas e dados secundários acerca do tema proposto.

2 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS

Os direitos humanos constituem-se em uma construção histórica, da qual nascem de forma gradual, em determinadas circunstâncias, com a defesa de novas liberdades em oposição a velhos poderes (BOBBIO, 2014). Para Rosas (1995, p. 243), a concepção acerca dos direitos humanos é sempre progressiva, de modo que “o debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte integrante de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”. À vista disso, Ramos (2014) ressalta que os direitos humanos se integram em um conjunto de direitos essenciais para uma vida humana, a qual é pautada na liberdade, na igualdade e na dignidade. Mediante esta definição, o autor certifica que as necessidades humanas variam conforme o contexto histórico, do qual nascem novas demandas e estas são incorporadas na lista dos direitos humanos.

A concepção contemporânea de direitos humanos, como realça Piovesan (2013), deriva da internacionalização dos direitos, a qual surge a partir do Pós-Guerra em um cenário devastado pelo nazismo e descarte de pessoas. Neste contexto, nasce o impulso de reconstrução dos direitos humanos, o qual possui um ideal ético a fim de guiar a ordem internacional contemporânea (PIOVESAN, 2013).

No âmbito de tal debate, são atribuídas duas funções para tais direitos: a primeira consiste na função social e a segunda na função liberal. A função social dos direitos humanos refere-se à promoção da dignidade da pessoa humana, a qual diz respeito a um valor da ordem constitucional que transmite influências a todo o sistema jurídico e limita não somente as ações do Estado, mas também as relações privadas que se estendem pelo mercado e pela sociedade civil (SARMENTO, 2000 *apud* RAMOS, 2014). Por outro lado, a função liberal consiste na limitação do poder estatal, de modo que exista uma superioridade normativa na qual se torna inaceitável o atendimento de uma razão do Estado em detrimento de um direito essencial.

Além das funções apresentadas supra, os direitos humanos constituem-se em um conjunto de direitos que possuem algumas características principais. De acordo com Ramos (2014), os direitos humanos possuem quatro características: (i) universalidade, a qual consiste no reconhecimento de que todos são sujeitos de direitos, reprovando a visão de que alguns devem possuir privilégios por pertencer a determinada classe social ou, por alguma outra razão, serem superiores que os demais; (ii) essencialidade, referindo-se à visão de que os direitos humanos externalizam valores indispensáveis, devendo ser protegidos por todos;

(iii) superioridade normativa, ou preferenciabilidade, que considera que os direitos humanos são superiores às demais normas, sendo inadmissível a privação de um direito essencial em virtude do atendimento de determinada razão do Estado; e (iv) reciprocidade, a qual consiste no conjunto dos direitos humanos, tanto no argumento de que todos possuem os mesmos direitos quanto na sujeição passiva, a qual se refere à proteção de direitos como um todo, não considerando que somente o Estado e seus agentes públicos devem protegê-los, mas, sim, sendo um dever da coletividade (RAMOS, 2014).

Carpizo (2011) apresenta outras características intrínsecas ao conjunto dos direitos humanos, podendo serem mais bem compreendidas no Quadro 1.

Quadro 1 – Características inerentes aos direitos humanos

Universalidade	Assim como é apresentado por Ramos (2014), esta característica refere-se à tese de que todo ser humano é digno de um conjunto de direitos que independem do país em que tenha nascido ou que esteja morando. Dessa forma, os direitos humanos agregam-se à toda comunidade internacional, de forma que o Estado possua autonomia ao positivizar direitos em sua Constituição, não podendo violar as declarações e instrumentos internacionais que ratificam tais direitos.
Historicidade	Considera três aspectos: a evolução da civilização, os novos problemas, necessidade e desafios e o contexto social e cultural de cada país. Tal característica complementa-se à universalidade, posto que considera que o reconhecimento e conteúdo dos direitos humanos resultam da história e evolução da civilização, assim como a obrigação por parte do Estado em respeitar os tratados internacionais de direitos humanos.
Progressividade	Tal característica está relacionada ao reconhecimento, de forma progressiva, dos direitos humanos. Dessa forma, permite que novos direitos sejam incorporados nas Constituições, ampliando os direitos já reconhecidos.
Aspecto protetor	Consiste na qualidade de se proteger os direitos humanos da comunidade nacional, ou seja, possui um caráter protetor fundamental no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos humanos.
Indivisibilidade	Considera que os direitos formam uma única unidade, uma vez que os mesmos são interdependentes entre si, de forma que uns se apoiam em outros, integrando uma unidade indivisível.
Eficácia direta	Reconhece que os direitos positivados na Constituição e nos instrumentos internacionais devem ser vinculados a todos os poderes públicos – Executivo, Legislativo, Judiciário e demais organizações autônomas – de forma que se alcance os direitos humanos mediante a existência da Lei.

Fonte: Elaboração própria a partir de CARPIZO (2011).

De acordo com o autor,

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (CARPIZO, 2011, p. 24).

Desse modo, pode-se afirmar que o respeito à dignidade da pessoa humana deve consistir em uma diretriz máxima para as ações governamentais dos Estados soberanos, uma vez reconhecidos tais direitos. À vista disso, dando continuidade aos objetivos propostos para este trabalho, a próxima sessão busca apresentar o processo histórico de formação da Organização das Nações Unidas, assim como a evolução de suas preocupações em relação aos direitos humanos e o mecanismo de Revisão Periódica Universal.

3 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O MECANISMO DE REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

Anteriormente ao advento da Primeira Guerra Mundial, a instituição de uma Organização Internacional com fins políticos e fundamentada mediante a continuidade e permanência por meio do gerenciamento conjunto de interesses comuns, já constituía uma ideia que perpassava o sistema internacional. No decorrer do pós-guerra, com a evidência de mais de nove milhões de mortos, houve a condução do posicionamento dos Estados Unidos no centro do mundo político internacional, em um contexto no qual a Europa encontrava-se dividida entre Estados fascistas, Estados capitalistas liberais e a Rússia comunista. A entrada dos Estados Unidos reverberou na última fase da Guerra e no pós-guerra em um papel decisório diante da construção de um projeto antecedente à ONU (XAVIER, 2007).

Em 8 de janeiro de 1918, o então presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, direcionou-se ao Congresso Nacional para proferir seus “14 pontos” para a restauração da paz. A partir dos pontos apresentados, foi fundado um Pacto que, durante a Conferência de Paz de 1919, foi integrado pelo Tratado de Paz de Versalhes e, apesar de se tratar de uma tentativa de restauração da paz, o Pacto foi às ruínas e, diante disso, os Países Aliados,¹ durante a Segunda Guerra Mundial, trabalharam para uma nova institucionalização de uma Organização Internacional com um viés particularmente universal. Nesse contexto surge a Carta do Atlântico em 1941, sendo constituída em uma declaração conjunta entre o primeiro-ministro Britânico, Wilson Churchill e o presidente dos Estados Unidos, Roosevelt, abrangendo seis princípios fundamentais (XAVIER, 2007). De acordo com Ribeiro (1998, p. 33), os seis princípios declarados foram:

- (i) o direito de todos os povos à segurança das suas fronteiras; (ii) o direito dos povos de escolherem a forma de governo sob a qual desejam viver; (iii) a igualdade de todos os Estados, vitoriosos e vencidos, de acesso às matérias-primas e de condições de comércio; (iv) a promoção da colaboração entre as nações com o fim de obter para todos melhores condições de trabalho, prosperidade e segurança social; (v) a liberdade de navegação; (vi) o desarmamento.

Em 1º de janeiro de 1942 houve a adesão de 26 Estados à Carta do Atlântico, sendo motivados pelo combate ao Eixo Hitleriano. A partir desse momento, foi assinada a Declaração das Nações Unidas, em Washington, cujo nome serviu de inspiração para a nova Organização

¹ No comando estavam os Estados Unidos, o Reino Unido e a antiga União Soviética. Outros países, entretanto, também integravam este grupo como forma de combate aos Países do Eixo, composto pela Alemanha nazista, Itália fascista e império do Japão.

Internacional que seria institucionalizada a posteriori. Até março de 1945, outros 21 Estados uniram-se à Carta e se comprometeram a empenhar-se a favor destes princípios (XAVIER, 2007).

A Declaração de Moscovo, assinada em novembro de 1943, afirmava a necessidade de uma Organização Internacional fundamentada pelos princípios de igualdade entre os Estados, assegurando a manutenção da paz e a segurança internacional e, por intermédio desta, entre agosto e outubro de 1944, foi possível a apresentação de um projeto de Organização na Conferência de Dumbarton Oaks, resultando em um projeto denominado “Plano de Dumbarton Oaks” (XAVIER, 2007). Dando continuidade, ficou acordada a convocação de uma Conferência Internacional a ser realizada em São Francisco, estando presente as três potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial e a China, assim como outras nações que decretaram guerra ao Eixo Hitleriano antes de março de 1945. Tal conferência teve início em 25 de abril e término em 26 de junho do mesmo ano (XAVIER, 2007).

É por meio desta Conferência Internacional que surge a Carta das Nações Unidas, a qual foi assinada em 26 de junho e passou a vigorar em 24 de outubro de 1945.² Neste cenário, a Carta da Nações Unidas, assinada por 50 países, é o documento que marca a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), indicando uma delimitação do poder dos Estados-soberanos e, ao mesmo tempo, constitui-se em uma manifestação de anseio pela paz. A Carta transmite um teor ético à Organização Internacional, referindo-se a valores que vão além da concepção de que a paz é uma mera ausência de guerra, abrangendo os direitos humanos, a tolerância, a democracia, a cooperação e o anseio pelo desenvolvimento econômico (LAFER, 1995). Por se tratar de um tratado ambicioso e amplo, a ONU visava a cumprir com seus quatro propósitos fundamentais descritos na Carta (ONU, 1945a): (i) manter a paz e a segurança internacionais; (ii) desenvolver relações amigáveis entre as nações, sendo baseadas no respeito aos princípios de igualdade e autodeterminação dos povos; (iii) desenvolver uma cooperação internacional a fim de solucionar problemas de cunho econômico, social, cultural ou humanitário e o desenvolvimento e o incentivo ante o respeito aos direitos humanos; (iv) tornar-se um centro dedicado à harmonização de ações das nações para alcançar objetivos em comum.

Com efeito, a ONU foi fundada oficialmente em 24 de outubro de 1945, composta por países que se reuniram voluntariamente, surgindo neste cenário com o objetivo declarado de trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundial.³ Seus princípios e valores foram acordados pelos Estados-membros, os quais comprometeram-se a maiores responsabilidades referente à proteção e promoção dos direitos humanos fundamentais, a fim de reconhecer e respeitar a dignidade da pessoa humana.⁴

Criada também em 1946, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) projetou uma estratégia para o trabalho da ONU a partir do conceito de Carta Internacional dos Direitos Humanos, a qual englobava a produção de uma Declaração Universal, uma Convenção de Direitos Humanos e, também, a designação de medidas de execução.

² Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 2 jan. 2016.

³ Atualmente a ONU conta com 193 membros, ganhando maior representatividade pela diversidade política e cultural.

⁴ Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 2 jan. 2016.

De acordo com Guerra e Oliveira (2009, p. 5),

A Comissão de Direitos Humanos contava com alguns grupos de trabalhos que tinham por finalidade a apresentação de estudos e atuação efetiva em vários assuntos relativos aos direitos humanos, tais como: i) Grupo de trabalho sobre detenção arbitrária; ii) Grupo de trabalho encarregado para a elaboração de um protocolo adicional para o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais; iii) Grupo de trabalho para elaboração de projeto relativo ao direito dos povos indígenas; iv) Grupo de trabalho sobre detenção arbitrária; v) Grupo de trabalho sobre o direito ao desenvolvimento.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH –, adotada em 10 de dezembro de 1948, é considerada um marco histórico e apresenta o repúdio aos regimes totalitários, além de representar um reconhecimento de que todos os indivíduos possuem dignidade e são sujeitos de direitos, os quais devem ser assegurados. A Declaração foi elaborada por representantes de diversos países e incorpora os direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais; obteve 48 votos a favor e 8 abstenções e é considerada uma inspiração para inúmeras constituições de alguns Estados (LAFER, 1995). Um exemplo próximo é a Constituição Federal (C.F.) de 1988, na qual o Brasil manifesta uma preocupação evidente ao instituir direitos e garantias fundamentais à população.

A elaboração da Convenção de Direitos Humanos, no entanto, tornou-se problemática por conflitos ideológicos e dificuldades nas negociações, convertendo-se na elaboração de dois instrumentos que passaram a compor a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, dois Pactos foram desenvolvidos: o primeiro refere-se aos Direitos Civis e Políticos, em conjunto com o Protocolo Opcional, e o segundo diz respeito aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos foram adotados pela Assembleia Geral em 1966 e somente em 3 de janeiro de 1976 reuniram número satisfatório de ratificações para, então, poder entrar em vigência. Dessa forma, a Carta Internacional dos Direitos Humanos passou a ser composta pela DUDH e pelos Pactos supracitados. Ao aderir os Pactos, os Estados assumem duas obrigações: abstencionista (Pacto sobre Direitos Civis e Políticos) e adotar medidas para o cumprimento desses direitos (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (LAFER, 1995). Além da Carta Internacional, a ONU incorpora diversos instrumentos e tratados sobre direitos humanos, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, dentre outros.

Em 2006 a ONU criou um Conselho para suceder a Comissão de Direitos Humanos (CDH), cuja razão fora a adulteração que o mesmo sofreu no decorrer de seus trabalhos, assim como pelas influências políticas de seus membros e equipes que comprometeram os princípios fundadores da DUDH (BELLI, 2009). Vale ressaltar que, durante muitos anos, o debate acerca dos direitos humanos ficou sob o controle de países mais poderosos, direcionando as atividades da Comissão para assuntos que estivessem diretamente ligados a suas intenções políticas, omitindo-se em relação a diversas violações ocorridas em todos os países (GUERRA; OLIVEIRA, 2009). Para fins ilustrativos, “nunca foi adotada nenhuma resolução condenando os abusos no Tibet e nada foi feito com relação à situação dos detentos na Baía de Guantánamo” (GUERRA; OLIVEIRA, 2009, p. 6).

Em vista disso, a partir da descrença em relação ao comprometimento dos membros da Comissão e a conseqüente perda de credibilidade, houve a necessidade de renovar os trabalhos deste Órgão. Para tanto, fora aderida a Resolução 60/251 em maio de 2006, instituindo o Conselho de Direitos Humanos, contando com a aprovação de 170 países⁵ (GUERRA; OLIVEIRA, 2009). Ao mesmo tempo, tal resolução determinou a instauração do mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU) ou *Universal Periodic Review* (UPR), caracterizando-se como um instrumento cooperativo e que denota um processo construtivo, possibilitando projetar e emitir recomendações pontuais acerca do “compromisso com o sistema internacional de proteção de direitos humanos e sobre a situação interna de violações e práticas de proteção” (ANNONI; DOS SANTOS, 2015, p. 23).

Dessa forma, diante deste mecanismo, os Estados-membros passam a ser obrigados a responder às recomendações emitidas a cada novo ciclo, podendo ser derivadas tanto dos dados apresentados pelo próprio Estado sujeito à RPU quanto por informações levantadas pela ONU e, também, pela sociedade civil (ANNONI; DOS SANTOS, 2015). Este mecanismo impõe que todos os Estados-membros da ONU sejam submetidos a esta revisão a cada quatro anos e meio, mensurando o compromisso assumido por Estado em fazer cumprir os direitos humanos.

A RPU é um exercício entre pares, ou seja, são os Estados que fazem perguntas e recomendações ao país que está sendo revisado durante sessão denominada “Diálogo Interativo” em Genebra (...). São 3 os documentos base da RPU: relatório oficial enviado pelo Estado sob revisão (EsR), relatório com informações dos órgãos e mecanismos da ONU sobre o EsR e uma compilação preparada pela ONU a partir das contribuições enviadas pela sociedade civil.⁶

Nessa perspectiva, tal mecanismo é caracterizado como um processo cíclico, sendo composto por três etapas fundamentais: (i) revisão da situação dos direitos humanos acerca do Estado-membro analisado; (ii) implementação das recomendações recebidas e compromissos assumidos pelo Estado-membro no período de quatro anos e meio; (iii) elaboração de um relatório acerca da implementação das recomendações e compromissos assumidos pelo Estado-membro para basear a próxima revisão. Vale ressaltar que uma recomendação consiste em uma sugestão realizada para o Estado-membro que está sendo analisado, a fim de contribuir com a real situação dos direitos humanos. Dessa forma, tal revisão ocorre por meio de um grupo de trabalho em Genebra/Suíça, sendo composto por todos os Estados-membros da ONU e dirigido pelo presidente do Conselho de Direitos Humanos. A partir desse momento, a revisão inicia-se com a apresentação do Estado que está sendo revisto, seguido pela discussão acerca da situação dos direitos humanos, o qual possui o direito de resposta em caso de questionamentos. Este processo tem duração de 3,5 horas, constituindo-se em uma ferramenta de avaliação das obrigações assumidas pelo Estado, tanto no que diz respeito à Carta Internacional dos Direitos Humanos quanto nos tratados ratificados pelo mesmo.⁷

⁵ Demais países, entretanto, votaram contra a criação do Conselho, como EUA, Israel, Ilhas Marshall e Palau. Houve também três abstenções oriundas da Venezuela, Iran e Belarus (GUERRA; OLIVEIRA, 2009).

⁶ Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoef/politica-externa/noticia/1-o-que-e-a-revisao-periodica-universal>. Acesso em: 4 jun. 2016.

⁷ Disponível em: <http://www.upr-info.org/en/upr-process/what-is-it>. Acesso em: 4 jun. 2016.

De acordo com a Secretaria Especial de Direitos Humanos,⁸

o Governo brasileiro considera a adoção do mecanismo uma conquista histórica para a proteção dos direitos fundamentais por possibilitar, pela primeira vez na esfera internacional, que todos os Estados Membros da ONU sejam examinados (...) quanto à situação dos direitos humanos no plano interno.

Nesse sentido, em 2008 o Brasil passou pelo primeiro ciclo da RPU em Genebra, recebendo 15 recomendações de diversos países, comprometendo-se em cumprir com todas as sugestões recebidas, além de voluntariar-se em criar um sistema nacional de indicadores de direitos humanos, assim como elaborar um diagnóstico anual acerca da situação dos direitos humanos no país (CONNECTAS, 2010). Em 2012 o país passou pelo segundo ciclo da RPU, recebendo 170 recomendações sobre direitos humanos. O detalhamento e análise acerca de ambos os ciclos, todavia, podem ser visualizados na sessão seguinte, a qual pretende apresentar de que forma as recomendações oriundas deste mecanismo são incorporadas nos instrumentos de planejamento do governo federal (PPAs).

4 ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DAS RECOMENDAÇÕES DA ONU NAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Anteriormente à apresentação dos resultados desta pesquisa, torna-se necessário comentar brevemente a metodologia utilizada. Partindo de uma análise manual, identificamos as recomendações dos ciclos do mecanismo RPU ao Brasil correspondentes aos anos de 2008 e 2012, e correlacionamos estas com os objetivos e diretrizes dos instrumentos de planejamento do governo federal. Nesse sentido, para a realização desta etapa foram adotadas “palavras-chave” que caracterizavam as recomendações recebidas e, quando contempladas por algum objetivo ou diretriz dos PPAs, estes eram alocados em planilhas de acordo com rubricas que contemplavam a identificação posterior dos mesmos.

Desse modo, considerou-se duas possibilidades: ao receber as recomendações, o Estado brasileiro pode ou não as aceitar; em caso positivo, estas recomendações podem ou não ser incorporadas diretamente nos instrumentos de planejamento do governo federal. Quando definimos que uma recomendação foi incorporada diretamente, assumimos que os problemas e desafios elencados nesta foram considerados com precisão nas políticas públicas contidas no PPA analisado.

A análise das recomendações do ciclo I do mecanismo RPU foi realizada mediante sua sistematização e comparação com os PPAs de 2008-2011 e 2012-2015, a fim de compreender se tais recomendações foram incorporadas de alguma forma nesses instrumentos de planejamento e gestão estratégica. Da mesma forma, foi realizada a análise das recomendações do ciclo II do mecanismo RPU em paralelo ao PPA de 2016-2019. Com efeito, vale considerar que cada recomendação, de ambos os ciclos, foi analisada individualmente, podendo esta contemplar mais de um tema relativo aos direitos humanos fundamentais.

⁸ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/mecanismo-de-revisao-universal-das-nacoes-unidas-rpu>. Acesso em: 4 jun. 2016.

Parece oportuno, portanto, apresentar brevemente o papel do Plano Plurianual – PPA – como um instrumento de planejamento e gestão estratégica, tendo em vista a utilização deste instrumento como parte integrante da análise desta pesquisa.

O Plano Plurianual, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, consiste em uma ferramenta que visa a “integrar o planejamento à execução das políticas públicas” (PAULO, 2010, p. 172). Dessa forma, caracteriza-se como um processo alocativo de recursos, quando o governo expressa direta ou indiretamente suas prioridades (CAVALCANTE, 2007).

De acordo com Paulo (2010, p. 184),

Para tornar efetivo o seu papel de planejamento e gestão estratégica, o PPA deve ser capaz de abrigar o debate político acerca da definição das metas. Para tanto, deve comportar maior flexibilidade metodológica e desvincular-se parcialmente da estrutura orçamentária, sendo capaz de mobilizar os tomadores de decisão e representar com clareza o compromisso político assumido.

É necessário lembrar que o PPA é apenas um instrumento de planejamento, o que não implica necessariamente a efetivação das políticas públicas contidas no mesmo. Em vista disso, podemos observar, a seguir, a quantidade de recomendações do ciclo I incorporada nos instrumentos de planejamento analisados.

Tabela 1 – Análise da incorporação das recomendações do Ciclo I do mecanismo RPU nos instrumentos de planejamento do governo federal

	Quantidade	%
Recomendações Aceitas	15	100,00%
Recomendações Incorporadas no PPA 2008	10	66,67%
Recomendações Incorporadas no PPA 2012	14	93,33%
Recomendações Diretamente Incorporadas no PPA 2008	8	80,00%
Recomendações Diretamente Incorporadas no PPA 2012	11	78,57%

Fonte: Elaboração própria a partir da análise das recomendações do ciclo I em paralelo aos objetivos e diretrizes dos PPAs 2008-2011 e 2012-2015.

O ciclo I do mecanismo RPU, realizado em 2008, gerou um montante de 15 recomendações. O Estado brasileiro, por sua vez, aceitou todas (100%). Apenas 10 recomendações (66,67%), entretanto, puderam ser identificadas no PPA do ano de 2008. Dessas, somente 8 recomendações foram incorporadas diretamente (80%), ou seja, combatem propriamente os problemas e desafios elencados nas recomendações recebidas. No que diz respeito à análise das recomendações do ciclo I em relação ao PPA do ano de 2012, 14 recomendações (93,33%) puderam ser identificadas neste instrumento. Dessas, apenas 11 foram diretamente incorporadas (78,57%).

A fim de complementar a análise, foi possível identificar a quantidade de recomendações recebidas de acordo com a regionalização atribuída pela própria Nações Unidas,⁹ que se refere à alocação dos Estados-membros em Grupos Regionais. Dessa forma, cada Grupo diz respeito a um conjunto de Estados-membros. A Tabela 2 apresenta a porcentagem de recomendações proveniente desses Grupos.

⁹ Disponível em: <http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Tabela 2 – Grupo Regional das recomendações do Ciclo I do mecanismo RPU

Grupo Regional	Quantidade de Recomendações	% de recomendações
Weog	5	33,33%
África	4	26,67%
Grulac	4	26,67%
Ásia	1	6,67%
EEG	1	6,67%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da Database RPU Info.¹⁰

Como podemos visualizar, a maior parte das recomendações centra-se nos Grupos Weog (33,33%), África (26,67%) e Grulac (26,67%). O Grupo Weog corresponde às recomendações recebidas pelos seguintes países: Reino Unido (2 rec.), Bélgica (1 rec.), Alemanha (1 rec.) e Holanda (1 rec.). O Grupo África corresponde às recomendações dos países: Gana (2 rec.), Argélia (1 rec.) e Nigéria (1 rec.). O Grupo Grulac diz respeito às recomendações provenientes dos países: México (2 rec.), Uruguai (1 rec.) e Peru (1 rec.).

A Tabela 3 apresenta a análise referente ao ciclo II do mecanismo RPU com base no PPA de 2016-2019.

Tabela 3 – Análise da incorporação das recomendações do Ciclo II do mecanismo RPU nos instrumentos de planejamento do governo federal

	Quantidade	%
Recomendações Aceitas	169	99,41%
Recomendações Incorporadas no PPA 2016	134	78,82%
Recomendações Diretamente Incorporadas no PPA 2016	88	51,76%

Fonte: Elaboração própria a partir da análise das recomendações do ciclo II em paralelo aos objetivos e diretrizes do PPA 2016-2019.

O ciclo II do mecanismo RPU, realizado em 2012, gerou um montante de 170 recomendações. Diferentemente do ciclo I, o Estado brasileiro rejeitou apenas uma recomendação (99,41%), a qual diz respeito à separação de polícias militares com o intuito de reduzir as execuções extrajudiciais. Dessa forma, foi possível identificar o atendimento de 134 recomendações (78,82%). Dessas, apenas 88 recomendações (51,76%) atenderam diretamente os desafios e problemas elencados. Na Tabela a seguir identificamos a porcentagem de recomendações recebidas de acordo com os Grupos Regionais.

Tabela 4 – Grupo Regional das recomendações do Ciclo II do mecanismo RPU

Grupo Regional	Quantidade de Recomendações	% das 170 recomendações
WEOG	52	30,59
Ásia	38	22,35
Grulac	26	15,29
África	22	12,94
EEG	21	12,35
Observer	11	6,47

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da Database RPU Info.

¹⁰ Disponível em: <http://www.upr-info.org/database/>. Acesso em: 12 mar. 2016.

Como observado na Tabela 4, a grande parte das recomendações deste II ciclo são provenientes dos Grupos Weog (30,59%) e Ásia (22,35%). Os países recomendadores do Grupo Weog são: Turquia (5 rec.), Espanha (5 rec.), França (4 rec.), Holanda (4 rec.), Portugal (3 rec.), Austrália (3 rec.), Suíça (3 rec.), Estados Unidos (3 rec.), Canadá (3 rec.), Noruega (3 rec.), Bélgica (3 rec.), Suécia (2 rec.), Reino Unido (2 rec.), Dinamarca (2 rec.), Finlândia (2 rec.), Grécia (2 rec.), Alemanha (2 rec.) e Itália (1 rec.).

Em contrapartida, os países recomendadores do Grupo Ásia são: Irã (5 rec.), Iraque (4 rec.), Nepal (3 rec.), Indonésia (2 rec.), Malásia (2 rec.), Catar (2 rec.), Japão (2 rec.), República da Coreia (2 rec.), Tailândia (2 rec.), Uzbequistão (2 rec.), Singapura (2 rec.), Vietnã (2 rec.), Paquistão (2 rec.), Filipinas (1 rec.), Arábia Saudita (1 rec.), Líbano (1 rec.), Sri Lanka (1 rec.), Timor-Leste (1 rec.) e China (1 rec.).

É importante ressaltar que o aumento considerável do número de recomendações entre ambos os ciclos, passando de 15 para 170, foi derivado, principalmente, pelo aumento do número de Estados-membros que participaram do II ciclo do mecanismo RPU. No primeiro ciclo as recomendações foram derivadas de 44 países, enquanto no segundo foram oriundas de 78 países. Da mesma forma, este aumento de recomendações foi possível por meio da incorporação de outros temas no processo de acompanhamento do RPU, assim como derivado da centralização do debate sobre a aplicação das recomendações direcionadas ao país durante o I ciclo. Dessa forma, ressalta-se que todos os temas das recomendações do I ciclo apareceram no II ciclo desta Revisão, de modo com que estes fossem acompanhados e revisados.

No que diz respeito à análise das recomendações individuais de ambos os ciclos, percebeu-se que algumas apresentam-se de forma complexa, elencando diversos tipos de direitos. Em outras, foi necessário recorrer a documentos secundários para balizar a análise. Como exemplo podemos citar as recomendações que se referem ao estabelecimento de uma Instituição Nacional de proteção aos direitos humanos que siga os Princípios de Paris.¹¹ Tal recomendação esteve presente em ambos os ciclos.

Ademais, grande parte das recomendações assemelham-se e, muitas vezes, várias recomendações acabaram sugerindo um mesmo encaminhamento para a solução de um único desafio ou problema identificado. Estas, por sua vez, poderiam passar por um processo de sistematização, no qual fosse possível utilizar apenas uma recomendação que contemplasse os problemas identificados. Em contrapartida, a quantidade de recomendações, direcionadas a um determinado tema, caracteriza o grau de importância e complexidade do desafio reconhecido. Destaca-se que a maioria das recomendações do ciclo I referenciavam-se à “situação de pessoas privadas de liberdade” e à “atuação policial e segurança pública”. No que diz respeito ao ciclo II, a maioria das recomendações diziam respeito à “legislação, políticas públicas, instituições e boa governança” e aos “direitos humanos de mulheres”; este último tema possui relação com uma das recomendações do ciclo I do mecanismo, a qual recomendava que fosse incorporada a perspectiva de gênero no processo de acompanhamento da Revisão Periódica.

¹¹ Os Princípios de Paris, definidos pela ONU em março de 1992, atribuem cinco características fundamentais para as Instituições Nacionais de Direitos Humanos, são elas: (i) autonomia, com o propósito de monitorar quaisquer violações de direitos humanos; (ii) autoridade para auxiliar os Poderes Executivo e Legislativo e demais instâncias que trabalham com temas relacionados aos direitos humanos; (iii) capacidade de estabelecer relações com instituições regionais e internacionais; (iv) legitimidade para educar em direitos humanos; e (v) competência jurídica.

Dessa forma, podemos afirmar que, ainda que tenha ocorrido um aumento significativo do número de recomendações e temas entre ambos os ciclos, estas tornaram-se mais genéricas e repetitivas. Mesmo diante da imprecisão de diversas recomendações, no entanto, o Estado brasileiro incorporou grande parte delas em seus instrumentos de planejamento, como pode ser revisto nas Tabelas 1 e 3. De todo modo, é importante ressaltar que o PPA é apenas um instrumento de planejamento, não implicando, necessariamente, a efetivação das políticas públicas contidas no Plano.

Diante da análise proferida, e reconhecendo os princípios que regem a ONU sobre a temática dos direitos humanos, é possível questionar sobre como este mecanismo interfere nos Estados-membros. Esta indagação baseia-se no pressuposto de que, mesmo que os Estados-membros estejam se empenhando na aferição de recomendações, os Estados-membros revisados não possuem uma obrigação em segui-las e, muito menos, são pressionados pela própria Nações Unidas sobre a adoção das mesmas. Em vista disso, conseqüentemente, a mudança do cenário dos direitos humanos no âmbito dos Estados-membros, a qual é prevista desde a adoção deste mecanismo pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, não se concretiza efetivamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central que perpassa o debate acerca dos direitos humanos consiste na proteção da dignidade da pessoa humana, o que significa que há o reconhecimento de que todos somos sujeitos de direitos. Nesse sentido, ações governamentais tornam-se necessárias a fim de garantir tais direitos, os quais são positivados direta e indiretamente nos âmbitos interno e externo.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que estes direitos não ganharam existência real para grande parte das pessoas, a ONU surge com recomendações de diversas fontes, buscando modificar o cenário dos direitos humanos na esfera dos Estados-membros, a fim de contribuir para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU/ONU) tornou-se um instrumento reconhecido como “inovador”, sendo introduzido pelo Conselho de Direitos Humanos, o qual analisa e avalia a situação dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações assumidas. Ainda que recomendações sejam direcionadas aos Estados-membros, entretanto, estes podem ou não as aceitar, não sendo obrigatórias. O Brasil, ao participar de dois ciclos desta Revisão, aceitou quase todas as recomendações, todavia nem todas foram incorporadas diretamente em seus instrumentos de planejamento e gestão estratégica, ou seja, não combatem propriamente os problemas e desafios elencados nas recomendações recebidas. Ademais, no que diz respeito às recomendações incorporadas diretamente, estas podem não ter relação direta com as recomendações recebidas, uma vez que podem ser fruto de debates internos, bem como prioridades atribuídas pelo próprio governo. Da mesma forma, estas podem não ter sido efetivadas em sua totalidade, uma vez que analisamos apenas um instrumento de planejamento do governo federal.

Em vista disso, retoma-se o questionamento sobre como o mecanismo a RPU interfere na atuação da ONU sobre os Estados-membros, revendo este caráter “inovador” que lhe foi atribuído. A ONU não exerce nenhum tipo de influência sobre os Estados-membros após o

recebimento das recomendações. Dessa forma, deixa livre sua adoção e efetivação, tornando-se passível em relação às suas prioridades. Sendo assim, somente a partir do momento em que existir um maior pressionamento sobre sua adesão, mesmo que seja apenas sobre os temas mais abordados nas recomendações, tornar-se-á possível a modificação do cenário real dos direitos humanos no âmbito dos Estados-membros.

6 REFERÊNCIAS

- ANNONI, D.; DOS SANTOS, J. P. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Revisão Periódica Universal: o que mudou no Brasil em matéria de política pública de segurança para o sistema prisional após dois ciclos de monitoramento? *Revista de Estudos Internacionais*, v. 6, n. 1, p. 22-39, 2015.
- BELLI, Benoni. *A politização dos direitos humanos: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2014.
- BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. *Participação na Revisão Periódica Universal (RPU): processo universal realiza revisão do cumprimento das obrigações e compromissos do Estado*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/mecanismo-de-revisao-universal-das-nacoes-unidas-rpu>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- CARPISO, Jorge. Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, n. 25, p. 3-29, jul./dez. 2011.
- CAVALCANTE, Pedro Luiz. O Plano Plurianual: resultados da mais recente reforma do Planejamento e Orçamento no Brasil. *Revista do Serviço Público*, v. 58, n. 2, p. 129-150, 2010.
- CONECTAS. *O que é a revisão periódica universal?* 2010. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/1-o-que-e-a-revisao-periodica-universal>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Brasil rumo à sociedade justa. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010. p. 29-49.
- GUERRA, S. C. S.; OLIVEIRA, C. L. Da Comissão ao Conselho de Direitos Humanos: uma mudança mais que institucional? *Revista de Direito da Unigranrio*, v. 2, n. 1, 2009.
- LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. *Estudos Avançados*, v. 9 n. 25, p. 169-185, 1995.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *A Carta das Nações Unidas*. 1945a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 2 jan. 2016.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *A história da organização*. 1945b. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 2 jan. 2016.
- PAULO, Luiz Fernando Arantes. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. *Revista do Serviço Público*, v. 61, n. 2, p. 171-187, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, p. 20-47, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RIBEIRO, Manuel de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- ROSAS, Allan. So-called rights of the third generation. In: EIDE, Asbjorn et al. *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht; Boston; Londres: Martins Nijhoff Publisher, 1995.
- UNITED NATIONS. *Database on the Universal Periodic Review recommendations and voluntary pledges*. Disponível em: <http://www.upr-info.org/database/>. Acesso em: 12 mar. 2016a.
- UNITED NATIONS. Department for General Assembly and Conference Management. *United Nations Regional Groups of Member States*. Disponível em: <http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2016b.
- UPR-INFO. *What is the UPR?* Disponível em: <http://www.upr-info.org/en/upr-process/what-is-it>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- XAVIER, Ana Isabel. ONU: A Organização das Nações Unidas. In: XAVIER, Ana Isabel et al. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Humana Global; Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, 2007. p. 9-174.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.215-231>

A Organização das Nações Unidas e seu Papel na Manutenção da Paz: Uma Análise Sobre suas Potencialidades Políticas

Gilmar Antonio Bedin

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile – USACH. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. <http://lattes.cnpq.br/0553982956028307>. <https://orcid.org/0000-0001-9183-7065>. gilmarb@unijui.edu.br

Aline Michele Pedron Leves

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Bacharela em Direito pela Unijuí. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/9564252232431565>. <https://orcid.org/0000-0002-0371-5234>. alineleves@hotmail.com

RESUMO

O retorno à história da civilização demonstra que esta sempre foi permeada por inúmeros conflitos, paradoxos e incoerências, como também por conquistas e significativos progressos. Isso significa que a sociedade internacional foi palco de profundas transformações que a tornaram mais complexa e menos centrada na figura dos Estados soberanos. Notadamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, a manutenção da paz e da segurança internacional emergiram como necessidades vitais. Assim sendo, com o fenômeno da globalização e o surgimento de novos atores internacionais, verificou-se o deslocamento do velho sistema anárquico westfaliano para um conjunto internacional de arranjos bifurcados, assentado em uma sociedade multicêntrica e interdependente. Daí, portanto, o presente artigo objetiva analisar, por meio do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o papel desempenhado pela ONU no que diz respeito a sua missão fundamental para o estabelecimento de uma comunidade de paz.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas. Soberania estatal. Conflitos internacionais. Paz. Direitos humanos.

THE UNITED NATIONS ORGANIZATION AND ITS ROLE IN MAINTENANCE OF PEACE: AN ANALYSIS ABOUT ITS POLITICAL POTENTIALITIES

ABSTRACT

The return to the history of civilization shows that it has always been permeated by numerous conflicts, paradoxes and inconsistencies, as well as by achievements and significant progress. This means that international society was undergone profound transformations that have made it more complex and less focused on the figure of sovereign states. Notably, since of Second World War, the maintenance of peace and international security have emerged as vital needs. Thus, with the phenomenon of globalization and the emergence of new international actors, it was verified the displacement of old Westphalian anarchist system to an international set of bifurcated arrangements, based on a multicentric and interdependent society. Hence, the present article aims to analyze, through the hypothetical-deductive approach method and the technique of bibliographical research, the role played by the UN in regard to its fundamental mission for the establishment of a community of peace.

Keywords: United Nations. State sovereignty. International conflicts. Peace. Human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Sociedade Internacional Clássica e o Declínio da Soberania. 3 O Segundo Pós-Guerra e suas Transformações. 4 A Organização das Nações Unidas e seus Desafios. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 19/12/2017

Aceito em: 4/11/2019

1 INTRODUÇÃO

Os problemas da paz e do respeito aos direitos humanos há muito permeiam o panorama da sociedade internacional, território significativamente distinto das sociedades domésticas e dotado de uma complexidade em ascensão nunca antes vista. As inúmeras transformações pelas quais passa a comunidade internacional alteram, de fato, as demandas de cada período histórico. A paz e os direitos humanos, contudo, aparecem como uma constante, de modo que não surpreende que ambos sejam temas recorrentes nas teorias de filósofos e cientistas políticos, em especial no segundo pós-guerra.

Com efeito, a contemporaneidade nos espanta com verdadeiros paradoxos, desafios e esquizofrenias quanto à construção de uma sociedade pacífica e de respeito aos direitos humanos. Isto porque, apesar dos significativos avanços rumo à proteção dos direitos a duras penas conquistados, violações brutais ocorrem todos os dias nos inúmeros cantos do planeta. Desse modo, é mais do que necessária a progressiva (re)construção dos ideais de paz e de segurança internacionais, os quais devem ser nutridos incessantemente por meio dos múltiplos organismos internacionais, com vistas à efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária.

A iniciativa de compreensão dos desafios preordenados pelo atual panorama internacional implica, necessariamente, a apreciação da sociedade internacional clássica (mais estável, rígida em sua estrutura e com baixos vínculos institucionais) do declínio da soberania dos Estados e da crescente interdependência global. Tal relação multicêntrica e interdependente tem respaldo no fenômeno da globalização, na relativização da soberania e, por conseguinte, no surgimento dos novos atores políticos internacionais com participação cada vez mais expressiva na sociedade contemporânea do segundo pós-guerra (mais dinâmica e integrada).

Nesse contexto, a transformação da sociedade internacional nos últimos 70 anos tem sido muito significativa, dado que o fenômeno da globalização possibilitou a aproximação entre os Estados e uma intensa unificação dos povos. Isso porque o século 21 é palco de enorme complexidade, a qual delinea os novos contornos da sociedade internacional denominada de contemporânea: não mais centrada apenas no poder e na soberania do Estado, mas também no Direito e na solução pacífica dos conflitos.

Com a emergência dos novos atores internacionais, novos pressupostos foram estabelecidos como sendo relevantes para a manutenção da paz mundial e da proteção aos direitos humanos. Desse modo, a Organização das Nações Unidas (ONU), ao lado de outras importantes instituições que visam à cooperação dos povos, apresenta-se como um organismo tendente a assegurar a paz mundial e a combater as graves violações aos direitos humanos desencadeadas na contemporaneidade pela irracionalidade dos conflitos armados, resgatando, portanto, valores como a alteridade e a empatia.

Assim sendo, são evidentes os dinâmicos processos de construção e reconstrução da sociedade internacional, o que justifica a análise realizada ao longo do presente estudo, a fim de que a questão da paz se mostre cada vez mais relevante no panorama global contemporâneo. Nesse sentido, objetiva-se, por meio do emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, refletir sobre as transformações da sociedade internacional das últimas décadas e sobre o papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas no estabelecimento de um cenário de paz duradouro.

2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL CLÁSSICA E O DECLÍNIO DA SOBERANIA

A história da civilização sempre foi marcada por inúmeros conflitos, por buscas, questionamentos, antagonismos, conquistas e divergências. Sendo assim, são evidentes os processos de transformação da sociedade internacional, o que faz com que os estudos concernentes a essa temática mostrem-se cada vez mais necessários diante da crescente complexidade do cenário global contemporâneo.

Houve um período da trajetória humana em que o Estado teve o privilégio de ser a principal entidade política reconhecida – senão a única – constituindo-se como o elemento central que demarcou o surgimento da sociedade internacional clássica. Esse processo de centralização e concentração política culminou, lenta e gradativamente, no delineamento do Estado moderno soberano, o qual foi consequência da convergência de uma série de acontecimentos históricos significativos que marcaram a Idade Média, entre os quais se destacam a desagregação e o colapso do regime feudal, o declínio do papado, o florescimento do comércio, o Renascimento e a emergência da Reforma Protestante.

Em síntese, pode-se afirmar que o Estado moderno superou, lentamente, inúmeras dificuldades que foram lhe delineando. Internamente, subjugou os poderes locais dos senhores feudais, clérigos, corporações de ofício e demais ordens inferiores e, externamente, afastou a supremacia do Sacro Império Romano-Germânico, bem como as pretensões da Igreja Católica, afirmando-se como ente político soberano e independente.

Nesse contexto, a consolidação definitiva do Estado moderno soberano deu-se com a celebração, em 1648, da Paz de Westfália, a qual encerrou a Guerra dos Trinta Anos e, mais do que isso, marcou os primórdios da atual sociedade internacional, afirmando a igualdade jurídica entre os Estados e consolidando o princípio da soberania estatal. Logo, pode-se perceber que a Paz de Westfália caracteriza-se como um relevante marco histórico relativo a um vasto e complexo processo de nascimento e consolidação do Estado moderno, bem como da sociedade internacional clássica.

De acordo com os ensinamentos de Philip Bobbitt (2003, p. 477):

Da anarquia que caracterizou os derradeiros estágios da Guerra dos Trinta Anos, emergiu uma sociedade de Estados dotada de maior solidez e coerência, cuja estrutura legal foi redefinida por uma nova construção – a série de tratados conhecidos coletivamente como Paz de Westfália.

Foi com base na pretensão de melhores posições negociadoras e no objetivo de encontrar uma paz segura e duradoura, que os Tratados da Paz de Westfália possibilitaram o reconhecimento do Estado moderno, dentro de seus limites, na condição de ente soberano independente e núcleo fundamental de articulação política da emergente sociedade internacional clássica. Conforme Mark Zacher (2000, p. 84), essa sociedade é assim designada porque “reconheceu o Estado moderno como poder supremo ou soberano dentro de suas fronteiras, descartando as reivindicações transnacionais de autoridade política da Igreja [e do Império]”.

Fica evidente, portanto, que a sociedade internacional clássica se configurou a partir da Paz de Westfália, que se caracteriza por ser o marco culminante de constituição e afirmação de sua unidade de articulação política central: o Estado moderno, livre de qualquer vínculo de

dependência ou subordinação. Desse modo, essa sociedade internacional se traduz no momento em que os direitos do papa e do imperador foram substituídos pelos dos Estados, os quais se caracterizavam por serem iguais e soberanos. Sendo assim:

A Paz de Westfália constitui-se, portanto, no divisor de águas entre a sociedade internacional típica da Idade Média – centrada no poder da Igreja e no arbitramento internacional do papa – e a sociedade internacional clássica – focada no conceito de soberania dos Estados e em seus interesses (BEDIN, 2011, p. 28).

Essa soberania estatal, típica da referida sociedade internacional, fez do conflito um elemento praticamente constante, tendo predominado na maior parte desse período histórico. Para tanto, as relações entre os Estados, desde a Paz de Westfália e o início da sociedade internacional clássica (1648), até o término da Segunda Guerra Mundial (1945), caracterizou-se notoriamente como relações de poder e de preponderância da soberania absoluta.

Na referida sociedade, devido à convivência de múltiplas entidades políticas soberanas e pela primazia das relações de poder entre os Estados, inexistiam, conseqüentemente, formas pacíficas de solução dos conflitos. Isso se deve ao fato de que

[...] todos os Estados entendem que seus interesses e valores são mais importantes do que os interesses e valores dos demais. Assim, é criada potencialmente uma situação de permanente conflito de interesses e de eventual solução violenta. É que os Estados, não havendo uma autoridade centralizada, buscam proteger os seus interesses e valores por meio de seus próprios recursos e isto significa que podem infringir, a partir do conceito de razão do Estado, as regras mais elementares da convivência entre eles [...] (BEDIN, 2011, p. 56).

Com a afirmação dos Estados modernos, a sociedade internacional clássica, diante da falta de um poder superior, configurou-se como uma situação hipotética de guerra perpétua, quando todos os Estados detinham liberdade para fazer o que julgavam mais adequado e favorável aos seus interesses e à manutenção do poder. Essa sociedade composta por múltiplas soberanias, em que cada Estado tinha o direito de agir como bem entendesse, caracteriza-se “pela não superação do estado de natureza, que pode, inclusive, terminar em guerra (guerra de todos contra todos)” (BEDIN, 2011, p. 39).

À vista disso, pode-se afirmar que as relações da referida sociedade eram, de fato, definidas como relações anárquicas e conflituosas, uma vez que os atores internacionais não questionavam a legitimidade e a legalidade do recurso às forças armadas. Assim, o conceito de interesse nacional afirmava-se como um dos pontos principais, em que os valores jurídicos e éticos eram submetidos, tão somente, aos objetivos de poder de cada Estado. Martin Wight (2002, p. 82) chega a afirmar que a sociedade internacional clássica se caracteriza “como uma anarquia institucional – uma multiplicidade de potências sem governo”.

Por conseguinte, a soberania externa dos Estados equivale, na sociedade internacional clássica, a uma liberdade selvagem que reproduz o estado de natural desregramento (FERRAJOLI, 2002). Isto gera o que Thomas Hobbes (2012) chamou de *bellum omnium* (guerra de todos), fazendo com que os Estados, na busca incessante pelo poder, constituam-se como verdadeiros “leviatãs”, permanentemente dispostos à guerra, ou seja, um evidente estado de natureza.

Nesse período inexistiam formas pacíficas de resolução dos conflitos. O poder político dos Estados se materializava de duas maneiras: pela diplomacia e pela guerra. As relações interestatais, portanto, consistiam em uma luta pelo poder e pela preservação dos interesses nacionais, dado que tais unidades políticas independentes não reconheciam superior político e consideravam-se soberanas.

Desse modo, o sistema de equilíbrio ou de balança de poder entre as diversas potências, ao frear e estabilizar as relações de poder, configurou-se como um substituto de uma autoridade supranacional inexistente. Este sistema era considerado o “único recurso aceito pelos Estados soberanos como legítimo para o estabelecimento de um cenário de paz duradoura” (BEDIN, 2001, p. 352). Assim, percebe-se que o equilíbrio de poder se configura numa clara tentativa de estabelecer a paz nas relações entre os Estados da sociedade internacional clássica.

A aludida soberania dos Estados modernos, aliada ao incremento massivo do poderio e da capacidade bélica das nações, culminou – e nem poderia ser diferente – nas duas grandes guerras mundiais. Isso posto, portanto, pode-se afirmar que o modelo dos Estados soberanos permaneceu intacto até meados do século 20, quando então ocorreram profundas alterações nas relações internacionais.

Nesse contexto, merece especial atenção o megaconflito bélico da Segunda Guerra Mundial, o qual perdurou de 1939 a 1945, envolvendo a maior parte das nações do mundo, as quais estavam organizadas em duas alianças militares opostas: os Aliados (liderados pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha e União Soviética) e as Potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). Os principais envolvidos empreenderam toda sua capacidade econômica, científica e industrial na guerra, de tal modo que foi considerado o confronto armado mais abrangente e letal da história da humanidade, muito lembrado pelas trágicas violações aos direitos humanos (TOTA, 2011).

De fato, a Segunda Guerra Mundial foi um conflito sangrento que ocasionou danos irreparáveis à humanidade. O racismo esteve presente e deixou uma ferida grave, principalmente na Alemanha, país em que os nazistas cometeram o holocausto – matando nos campos de concentração aproximadamente 6 milhões de judeus, homossexuais, negros, ciganos e prisioneiros de guerra – com o objetivo de garantir a superioridade da raça ariana. Assim, esta guerra deixou um rastro de morte, destruição, diversas cidades em ruínas e dívidas incalculáveis, além dos indivíduos que restaram feridos, mutilados, sem moradia e família. Para Martin Gilbert (2009, p. 11):

A Segunda Guerra Mundial conta-se entre os conflitos mais devastadores da história da humanidade: mais de quarenta e seis milhões de militares e civis pereceram, muitos deles em circunstâncias de uma crueldade prolongada e terrível. Nos 2.174 dias de guerra, que decorreram entre o ataque da Alemanha à Polônia em setembro de 1939 e a rendição do Japão em agosto de 1945 [...] não foram apenas quarenta e seis milhões de vidas que foram aniquiladas, mas a vida e a vitalidade vibrantes que elas tinham [...]

Tal conflito terminou tão somente em 1945, com a rendição da Alemanha e da Itália. O Japão foi o último país a se render, sofrendo um intenso ataque por parte dos Estados Unidos. Por isso, a Segunda Guerra foi um confronto total no sentido lato da expressão, tendo em vista os sofisticados mecanismos empregados, a exemplo das bombas atômicas utilizadas pelos

Estados Unidos para atingir as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. O alcance de tais armas provocou – e ainda provoca – um intenso e constante medo, ameaçando o mundo com uma nova tecnologia de morte e destruição em massa.

Posteriormente à guerra, o mundo iniciava uma nova fase histórica clamada pela humanidade: a de reconstrução. O fim do conflito internacional marcou o encerramento da hegemonia europeia e deflagrou a disputa entre o Ocidente, liderado pelos Estados Unidos (EUA), e o bloco socialista, liderado pela União Soviética (URSS), anunciando os primeiros indícios da guerra fria.

Ressalta-se que nesse contexto de pós-guerra foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que se consolidaram como marcos históricos significativos e cruciais para a mudança paradigmática das relações interestatais, tendo claramente definidos os objetivos de manter a paz, a segurança internacional entre as nações e garantir a proteção dos direitos inerentes a todos os seres humanos. Além disso, pode também ser evidenciado o claro objetivo de limitar a soberania dos Estados e de romper com os paradigmas da sociedade internacional clássica (BEDIN, 2001).

Diante disso, na sociedade internacional “a soberania do Estado deixa de ser uma liberdade absoluta e selvagem e, se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos” (FERRAJOLI, 2002, p. 39). No que concerne a essa soberania estatal, o jurisfilósofo Hans Kelsen (2011, p. 33) já entendia que, no âmbito internacional, ela é relativa e não absoluta, conforme preceitua:

[...] A soberania dos Estados, como sujeitos de direito internacional, é a autoridade jurídica dos Estados sob a autoridade do direito internacional. Se soberania significa autoridade “suprema”, a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente uma autoridade suprema relativa [...].

A configuração tradicional das relações internacionais da sociedade moderna encontra-se, nesse momento, em uma fase de esgotamento histórico, o que produz, conseqüentemente, uma grande crise construtiva. “É que se vive, na verdade, um momento de declínio da sociedade típica do mundo moderno – centrada no Estado soberano e no sistema de equilíbrio de poder” (BEDIN, 2001, p. 264). Isto significa que a atual sociedade internacional adquiriu, no segundo pós-guerra, aspectos de uma comunidade institucional, com características menos anárquicas e conflituosas, mas mais interdependentes e voltadas à solução pacífica dos conflitos.

Por conseguinte, enquanto a sociedade internacional foi evoluindo para o estabelecimento gradativo de uma espécie de comunidade de direitos mais claramente delineada, o cenário começa, lentamente, a ser modificado e os conflitos centrados no convívio de várias soberanias começam a ser relativizados. Essa transformação tem grandes implicações e permite a afirmação de que a paz e os direitos humanos tornaram-se temas globais à maneira kantiana.

Isso significa que tais direitos passaram a representar, conforme Celso Lafer (2006, p. 148-149), o “reconhecimento axiológico do ser humano como fim e não como meio, tendo direito a um lugar no mundo”, o que reforçou, de fato, a ideia de pacificação universal. Daí, portanto, passou a ser necessária a manutenção da paz por meio do direito em caráter global, independentemente de quaisquer circunstâncias, tutelando-se a dimensão humana presente em todos os indivíduos.

3 O SEGUNDO PÓS-GUERRA E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Diante do novo cenário emprestado à sociedade internacional a partir da segunda metade do século 20 e do início do século 21, que agora passa a tomar forma de uma verdadeira comunidade global, as relações internacionais apresentam relevante complexidade, polaridade incerta e um evidente vínculo de cooperação e interdependência entre os principais atores internacionais. Tais mudanças acarretaram na fragilização e no declínio da sociedade internacional clássica, alicerçando novas possibilidades e alternativas mundiais integradas, bem como colaborando para a construção de uma nova ordem mundial mais justa e solidária: a sociedade internacional contemporânea, delineada sucintamente por Bedin (2001, p. 352) nos seguintes termos:

De uma certa maneira, com as transformações das últimas décadas, ruíram todos os pilares de referência da sociedade internacional clássica, pois as relações que ainda se chamam de internacionais – mas que deveriam ser chamadas de transnacionais – adquiriram crescente complexidade em seus diversos aspectos, polaridade incerta entre os seus principais atores e o estabelecimento de vínculos de interdependência e de cooperação nunca antes imaginados. Por isso, pode-se afirmar que a sociedade internacional clássica entrou em declínio e que em seu lugar surgiu uma nova sociedade internacional [...] que se encontra, ainda, em profunda transformação.

Nesse panorama de modificações, a humanidade presenciou o constante deslocamento do velho sistema anárquico – centrado no Estado e na sua soberania – para uma nova conjuntura internacional de arranjos bifurcados, assentada em um mundo multicêntrico e interdependente, composta por várias coletividades dispostas à integração e à cooperação num sistema mundial globalizado, mais integrado e institucionalmente regulamentado. Em virtude dessas transformações,

[...] o conceito de soberania externa começa a entrar em declínio e, em consequência, novas relações se estabelecem entre os Estados. Desta forma, o velho mundo de Westfália (centrado na soberania absoluta do Estado) vai sendo deixado para trás, passando a ser valorizados novos temas e novos atores (principalmente de organizações internacionais e organizações não governamentais). Com isto, passa a se conformar também uma nova fase do Direito Internacional (BEDIN, 2011, p. 10).

Após a Segunda Guerra Mundial o desenho conferido à recente conjuntura social contemporânea possibilitou a configuração de uma nova realidade, com a conformação de alternativas planetárias mais integradas e avançadas no âmbito das relações internacionais. Esta circunstância revela que o mundo tem oscilado entre a defesa da política de poder e a adesão de formas mais institucionalizadas para a mediação dos conflitos.

Foi, sobretudo, a emergência de novos atores internacionais no segundo pós-guerra que determinou o declínio da sociedade internacional clássica. Desse modo, assiste-se no momento atual à conformação de uma nova ordem mundial, protagonizada pela coexistência dos Estados e de tais atores, bem como pelo delineamento e formulação das novas possibilidades e modelos teóricos paradigmáticos. Entre esses novos atores internacionais merecem destaque as organizações internacionais, as Organizações Não Governamentais e as empresas transnacionais.

As organizações internacionais, também chamadas de organizações intergovernamentais, podem ser entendidas como sendo instituições internacionais criadas consensualmente pelos Estados soberanos e que têm por objetivo a cooperação e melhoria das condições dos seus integrantes de um modo geral. As Organizações Não Governamentais são aquelas criadas pela sociedade civil, mediante a associação voluntária dos indivíduos, ou seja, não são estruturas alicerçadas nos Estados. Surgem, portanto, na falha da estrutura estatal justamente a fim de suprir as deficiências não sanadas pelo governo. Por sua vez, as empresas transnacionais possuem matriz em um dado país, tendo atuação em outros mediante instalação de inúmeras filiais.

Fica evidente que a crescente complexidade e interdependência da sociedade internacional contemporânea derivam, justamente, do surgimento dos novos atores internacionais. Essa atual conjuntura social ruiu com as características basilares da sociedade internacional clássica, dado que existe uma predisposição voltada ao fortalecimento das interconexões globais, as quais aproximam os laços entre os países e, cada vez mais, relativizam a lógica restritiva das fronteiras nacionais.

Desta forma, a crescente interdependência tem traçado em meio às fronteiras estatais múltiplos canais entre as mais distintas nações, com o intuito de mediar e solucionar os problemas de ordem internacional. Ademais, vale destacar que este cenário preparou a emergência de um acontecimento intenso e com dimensões bastante abrangentes, o qual se constituiu no mais relevante evento político, econômico e social das últimas décadas: o fenômeno da globalização do mundo.

De fato, não resta a menor dúvida de que a configuração do planeta como um sistema global consiste num dos mais expressivos acontecimentos da História humana. Desse modo, o fenômeno da globalização caracteriza-se por ser a causa e o efeito, simultaneamente, da unificação do planeta em todos os sentidos e com diversos graus de intensidade. Assim sendo, faz-se coerente a afirmação de Milton Santos (1997, p. 48) de que “a Terra torna-se um só e único ‘mundo’ e assiste-se a uma refundição da totalidade-terra”.

Assim, nesse contexto da globalização, assiste-se

[...] à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas. Com isto, é gerado um novo horizonte de sentido para a vida na Terra e produzido um rompimento das relações internacionais centradas apenas nos Estados e no conceito de soberania (BEDIN, 2011, p. 130).

À vista dessa mudança histórica fundamental, evidencia-se que a globalização, além de se constituir como marco simbólico-referencial da emergência do século 21, também dá início ao processo de consolidação de uma nova e complexa fase da sociedade internacional. Desse modo, vive-se atualmente num mundo que se caracteriza “pelo aparecimento de um conjunto de possibilidades concretas, que modificam equilíbrios preexistentes e procuram impor sua lei [e suas determinações]” (SANTOS, 1997, p. 48).

Fato é que o novo século 21 traz à tona um intenso paradoxo jamais vivido em âmbito mundial: por um lado, evidencia-se o extraordinário avanço das renovadas e complexas tecnologias; por outro, destaca-se a contradição existente na mundialização da vida humana, pela qual dois opostos se atraem inevitavelmente – a homogeneização política, econômica e cultural almejadas pelas elites dominantes, bem como a desagregação dos centros de referência da sociedade internacional, cujas fronteiras são mais facilmente permeáveis e transponíveis. Nesse sentido, Bedin (2014, p. 32) destaca que

[...] tanto quanto os últimos séculos da história humana foram dominados por problemas relacionados com o surgimento, a construção e a supremacia dos Estados-nação, o início do século XXI está envolvido com o surgimento e a consolidação de fluxos que não respeitam fronteiras. Em outras palavras, está preocupado com os problemas oriundos da emergência e da estruturação do domínio da política e da economia mundiais.

Por conseguinte, pode-se afirmar que noção de espaço é redefinida, visto que as distâncias são reduzidas e o mundo adquire um novo *status*: “de território comum da humanidade” (BEDIN, 2014, p. 33). Dessa forma, as mudanças que afetam as civilizações podem, de fato, serem sentidas em toda parte do globo, isso porque, conforme Octavio Ianni (1996, p. 169-170), por meio do fenômeno da globalização, o planeta transformou-se

[...] em um território de todo o mundo. Tudo se desterritorializa e reterritorializa. Não somente muda de lugar, desenraíza-se circulando pelo espaço, atravessando montanhas e desertos, mares e oceanos, línguas e religiões, culturas e civilizações. As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes ou inócuas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem, mas não são [...].

Nesse contexto, com o impacto direto da era da globalização, a soberania e a autonomia dos Estados são relativizadas e fragilizadas pelo extraordinário aumento das interconexões globais, constituindo esta uma característica estruturante da sociedade internacional contemporânea. Por tais razões, discorrendo sobre a pluralidade de conflitos oriundos desse fenômeno, Ferrajoli (2002, p. 49-50) preceitua que:

De fato, paradoxalmente, são justamente a rapidez e a multiplicidade das comunicações que acentuaram o anseio de identidade dos povos, das etnias, das minorias e, ao mesmo tempo, o valor associado às diferenças, acendendo conflitos étnicos desagregadores dentro das fronteiras dos Estados e processos inversos de integração nacional fora delas [...]

É verificável que se anteriormente os confrontos eram marcados pelo caráter estritamente local, na contemporaneidade esses embates dizem respeito não somente à região na qual ocorre a disputa, mas a todas as demais nações que compõem a aldeia global, atingindo

um número indeterminado de pessoas. Assim, com a globalização dos conflitos e da violência, torna-se necessária a proteção universal dos direitos humanos na comunidade internacional da maneira mais abrangente possível.

Fato é que, mesmo diante da globalização, o Estado moderno não chegou a desaparecer e provavelmente não desaparecerá abruptamente. É prudente reconhecer, todavia, que a autonomia e a soberania estatais cedem poder a outros órgãos, instituições e entidades menos soberanos e mais integrados num projeto comum, cujo fundamento basilar reside no fato de que os problemas são interdependentes e globalizados, de modo que interessam a todos os homens e não apenas a grupos isoladamente considerados da humanidade.

4 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SEUS DESAFIOS

Os antagonismos, paradoxos e incoerências existentes na sociedade internacional exigiam, de fato, uma solução pacífica eficaz. Surge, então, a proposta da constituição de organismos internacionais capazes de estabelecer uma paz duradoura para reparar, na medida do possível, todo o sofrimento e o horror a que foi submetida a humanidade nos 2.174 dias da Segunda Guerra. Desse modo, “o organismo pensado para coordenar as diretrizes para a manutenção da paz foi a Organização das Nações Unidas (ONU)” (TOTA, 2011, p. 387). Fica evidente, portanto, que com o término da Segunda Guerra Mundial, tornou-se necessária a criação de mecanismos voltados à proteção dos direitos humanos e à construção de uma comunidade de paz por meio do Direito, não somente em esfera local, mas em todo âmbito universal.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2009, p. 11) já afirmava que “se alguém me perguntar quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz”. Por conseguinte, à medida que a sociedade internacional se tornou cada vez mais universal até chegar a abraçar todos os povos da Terra, universalizou-se a falta de segurança, a necessidade da pacificação mundial e a urgência pela proteção internacional dos direitos inerentes a todos os seres humanos.

Além disso, a deflagração da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) desvendou os extremos que podem ser alcançados quando se une o conflito bélico a intensos artefatos tecnológico-militares. O fenômeno da guerra, que para Carl Von Clausewitz (1996) consolida-se na realização da política por outros meios, torna-se – com o advento dos governos totalitaristas e das armas nucleares – a essência de novas e terríveis possibilidades: a rendição e a destruição maciça de civilizações inteiras e, também, da própria vida existente no planeta. Assim, as novas e destrutivas tecnologias empregadas na guerra demonstraram até que ponto os antagonismos e as rivalidades estatais westfalianas podem chegar quando vinculadas aos exacerbados nacionalismos evidenciados num panorama de desequilíbrios políticos, econômicos e sociais.

Dessa forma, a criação de uma organização internacional direcionada à manutenção da paz e do diálogo entre as nações no segundo pós-guerra foi um dos imperativos colocados para as principais potências mundiais. É que se constatou que as consequências políticas, hu-

manas e econômicas da guerra eram inaceitáveis e que as soberanias dos Estados deveriam ser mediadas e limitadas por novas estruturas institucionais, tornando-se evidente que uma cooperação maior entre as nações significa mais êxito na resolução pacífica das controvérsias.

É irrefutável que o mais relevante antecedente histórico da Organização das Nações Unidas consiste na Liga das Nações. Após os profundos impactos políticos, econômicos e sociais, além dos desgastes das estruturas estatais ocasionados pela Primeira Guerra Mundial, surgiu uma necessidade imediata de paz que resultou na criação da Liga das Nações, em 1919, com o Tratado de Versalhes. Sendo assim, consoante o entendimento Renata de Melo Rosa (2016, p. 90, grifo da autora):

A convergência para a obediência aos estatutos e Tratados e não a determinadas potências e impérios marcou esta nova diplomacia e estruturou as raízes do multilateralismo institucional. No entanto, os chamados *Vinte Anos de Crise, que foram de 1919 a 1939, momento embrionário de institucionalização da política mundial, também coincidiu com o período entreguerras [...]*

O fracasso da Liga das Nações – criada sob a égide de uma aliança de paz – foi progressivo e inevitável. Com o desencadear do segundo maior conflito armado, tal organização internacional não atingiu, definitivamente, o seu objetivo de promover a paz e a igualdade de cooperação entre os Estados soberanos em âmbito global.

A Liga entendia que comportamentos agressores não seriam tolerados. Dessa forma, Japão e Alemanha se retiraram da entidade em 1933, Itália, em 1937, e União Soviética em 1939. Todos eles haviam se envolvido em invasões territoriais fortemente condenadas no Estatuto da Liga [...]. O período de seis anos que englobou o intervalo de 1933 a 1939, no qual a Liga perdeu quatro de seus membros, aqueles mesmos Estados que iriam protagonizar a Segunda Guerra Mundial, houve um rápido deterioro do institucionalismo liberal e de seu potencial para comprometer os Estados a obediências às leis, estatutos e decisões colegiadas. O comportamento *hobbesiano* destes Estados, ou anárquico nos termos do realismo clássico na busca de mais poder territorial regional, fez eclodir um conflito de interesses extremamente sangrento que caracterizou a Segunda Guerra Mundial (ROSA, 2016, p. 90-91).

No cenário do segundo pós-guerra, portanto, com vistas à cooperação dos Estados para a manutenção da paz mundial e do respeito aos direitos humanos, a ONU foi criada em 24 de outubro de 1945. Há mais de 70 anos, essa organização de caráter universal, da qual participam atualmente 193 Estados-membros, coloca-se como pilar sustentador das relações internacionais (NAÇÕES..., 2017). Tal fato possibilita que a ONU exerça um papel imprescindível e insubstituível, atuando como único fórum de diálogo entre as nações, com o objetivo de tornar o mundo mais seguro e permitir a coexistência pacífica dos povos.

Assim sendo, a Carta das Nações Unidas, nascida dos escombros da Segunda Guerra Mundial e sob o auspício da Liga das Nações, se constituiu num pressuposto fundamental sobre o qual se construiu um importante espaço institucional de diálogo para a manutenção da paz e da segurança internacional: a Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, é importante destacar que essa entidade foi criada após um longo processo de negociações, as quais evidenciaram rapidamente o quanto seria difícil o trabalho dessa grande organização.

Apesar das dificuldades iniciais, a Organização das Nações Unidas foi, aos poucos, consolidando o seu trabalho. De fato, do apoio à independência das nações colonizadas pelos povos europeus, nos seus primeiros anos, passando pelo amparo aos temas de ordem política, econômica e social nos países de Terceiro Mundo, até os constantes e intensos ataques à sua inoperância em questões consideradas fundamentais durante o período da guerra fria, a ONU foi se afirmando no cenário internacional e se consolidando nas últimas décadas, apesar de suas limitações, como um dos poucos fóruns de diálogo entre os Estados.

Atualmente a ONU apresenta uma estrutura bastante complexa, o que torna indispensável a necessidade de discorrer brevemente a respeito da sua composição. Constituída por seis órgãos principais, os quais desempenham atividades administrativas, deliberativas e decisivas, tem-se que:

1. O principal órgão administrativo é o Secretariado;
2. já a Assembléia Geral, o Conselho Econômico e Social e, anteriormente, o Conselho de Tutela, são foros deliberativos em suas respectivas competências;
3. finalmente, apenas dois órgãos possuem o poder de adotar decisões juridicamente obrigatórias para os seus membros: o Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça (LASMAR; CASARÕES, 2006, p. 13).

A Assembleia Geral e o Conselho de Segurança são os principais órgãos, a primeira com as suas resoluções (recomendações) de caráter não obrigatório, enquanto o segundo, principal órgão de debate e decisões políticas, é composto por um total de 15 Estados-membros, dos quais 5 desses são permanentes e têm poder de veto (Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Rússia e China) e os outros 10 são membros rotativos não permanentes eleitos pela Assembleia Geral para um período de dois anos.

É incontestável que a missão da ONU ficou clara desde o primeiro momento: construir um cenário de paz duradouro na sociedade internacional e instituir medidas tendentes à administração dos problemas relativos à violação dos direitos humanos. Em que pesem o avanço e as conquistas dessa organização, tem-se, paralelamente, o enfrentamento de inúmeras dificuldades ao lidar com uma realidade conflituosa, em que as normas jurídicas internacionais são frequentemente negligenciadas e até mesmo flagrantemente violadas.

Nesse contexto, é notório que uma maior cooperação entre os Estados em relação às Nações Unidas significa mais êxito na proteção internacional dos direitos e na consequente manutenção da paz. Assim sendo, no que diz respeito à atuação dos Estados, é “inútil e pouco sério continuar a lamentar a ineficiência da instituição e depois contribuir, com o próprio comportamento, para o crescimento dessa ineficiência” (BOBBIO, 2009, p. 291) na medida em que descumprem as disposições estabelecidas pela ONU. Por outro lado, não se pode deixar de referenciar que:

A liberdade de ação que o Conselho de Segurança se autoatribuiu no que tange ao arbítrio de seu próprio julgamento e decisão acerca da “ação que julgar necessária” para o retorno ao *status quo* dos Estados territoriais que compõem o sistema westfaliano, ocasionou, na prática, o efeito contrário [...]. A intervenção a territórios soberanos esbarra

na questão de fundo que baliza a raiz da dificuldade de acertos da ONU: como legitimar o desmonte do sistema westfaliano que estrutura o sistema internacional? (ROSA, 2016, p. 92-96).

Assim, fica evidente que a resistência dos Estados à ação intervencionista humanitária da ONU constitui o principal motivo do fracasso das missões de paz. Não basta, para o estabelecimento da paz e da proteção dos direitos, armar a ONU sem desarmar os Estados, tendo em vista que “as forças atualmente em poder destes são, sozinhas, suficientes para destruir várias vezes o planeta, e nenhuma força supranacional é suficiente para refreá-las” (FERRAJOLI, 2002, p. 56). Este é o grande desafio do mundo atual: retirar dos Estados o poder de decidir isoladamente sobre a guerra.

Além disso, é importante ressaltar que “não há dúvidas de que os países envolvidos em conflitos armados são frágeis, mas a resposta da ONU a esta fragilidade é a aprovação de inúmeras resoluções, sem que os conflitos internos diminuam os seus patamares de violência” (ROSA, 2016, p. 101). É em virtude dessas peculiaridades que alguns estudiosos como Alexandre Almeida e Jefferson Ubiratan (2012) vêm se posicionando no seguinte sentido:

Se por um lado a sua instituição pode ser considerada como um avanço no que diz respeito à integração das Nações, por outro ela não passa de um “tigre de papel”, designação dada pelo teórico alemão [...] Jürgen Habermas para a atuação da ONU no plano global. O que tem sido observado é que as Nações Unidas não possuem meios eficazes para impedir que um membro permanente do Conselho recorra à força armada, contando apenas com a sua boa vontade em relação à paz.

Na mesma senda, o jornal britânico *The Guardian*, na reportagem especial intitulada “70 years and half a trillion dollars later: what has the UN achieved?”, questionou as forças ocultas por trás da organização – especialmente no que diz respeito às grandes potências – comparando inclusive o poder de veto dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança¹ a mãos com um chicote (MCGREAL, 2015). Esse posicionamento vai ao encontro do pensamento de Celso Lafer (2006, p. 175):

De qualquer modo, as iniciativas da ONU capazes de repercutir em grau relevante e de maneira mais direta na ordem internacional devem contar com o respaldo dos países poderosos. Na falta desse apoio, as iniciativas da ONU não têm condições de prosperar, ao menos de modo mais imediato. Daí a percepção popular de que a ONU ou é um instrumento dos países mais poderosos ou é um organismo ineficaz, que produz quantidades de documentos que caem no vazio. Embora seja esta uma visão simplista, podemos dizer que há algo de verdadeiro nela, no sentido de que a ONU não é melhor ou mais poderosa do que os Estados que a compõem.

Apesar de todas as críticas, pode-se afirmar que a Organização das Nações Unidas, na condição de principal instituição política de alcance mundial existente tem cumprido um papel fundamental na manutenção da paz. Isto significa que desde o término da Segunda Guer-

¹ Estados Unidos, França, Inglaterra, Rússia e China.

ra Mundial a ONU conseguiu produzir um mundo menos belicoso e tem sido efetiva, em boa medida, na solução pacífica dos conflitos internacionais. Não obstante, sendo esta organização entendida como o mais importante fórum de diálogo mundial, considera-se que

[...] o investimento em “operações de paz” não militarizadas, voltadas para os mecanismos de interpretação dos conflitos a partir de bases da compreensão da intersubjetividade dos atores envolvidos pode ser um importante instrumento de promoção de soluções negociadas com atores locais e um caminho mais seguro para a efetiva construção da paz. Nesse sentido, o reforço a uma metodologia compreensiva com foco no diálogo intersubjetivo entre os representantes do Estado local, da ONU, das organizações regionais e de variados setores da comunidade afetada por conflitos armados pode ser mais promissora a longo prazo do que uma intervenção militar cuja metodologia segue um único padrão descontextualizado das variáveis locais (ROSA, 2016, p. 102).

Desse modo, não se pode negar que “em face dessa realidade, uma instituição como a ONU [...] tem alguma capacidade de dar rumo à correção dos desequilíbrios mais graves e relativos à paz, ao desenvolvimento e aos direitos humanos” (LAFER, 2006, p. 173). Afinal, se um mundo com a ONU já é conflituoso o suficiente, não queremos nós imaginar um mundo sem esta organização internacional. Isso significa que embora existam algumas ineficiências, a ONU, sem dúvida, é um ente essencial na disseminação de ideais éticos, de paz mundial e de respeito aos direitos humanos.

Assim, a ONU não se trata de um organismo internacional inútil, tampouco consiste numa solução definitiva visando à paz perpétua idealizada por Kant (2004). Dessa forma, é preciso lembrar que o impetuoso desejo por paz e segurança, fundamental na constituição desta organização internacional, é o mesmo que animou os homens, segundo Hobbes (2012), a criar o Leviatã de poder absoluto. É evidente, portanto, a necessidade de uma mudança da concepção de cultura reacionária para uma cultura preventiva entre os Estados. Isso porque apenas essa perspectiva será capaz de propiciar a duradoura paz almejada pelos povos, principalmente por aqueles que já sofreram e foram dilacerados pela violência e pelos flagelos da guerra.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como preocupação fundamental a análise de alguns aspectos atinentes à sociedade internacional clássica e contemporânea. Abordou-se, também, a missão fundamental da ONU no estabelecimento gradativo de uma comunidade de paz e de respeito aos direitos humanos. Essa temática é bastante recorrente e o seu debate está longe de uma conclusão definitiva, de modo que nos resta, tão somente, a certeza de que a história vivida jamais se apagará, encarregando-se o presente da construção de um futuro melhor.

É possível afirmar que apesar de as experiências típicas da sociedade internacional clássica ainda estarem presentes na pós-modernidade, muitos aspectos próprios daquela conjuntura ficaram a ela restritos, pois o Estado centralizava todo o poder, constituindo-se no único ator efetivamente relevante nas relações internacionais. Atualmente, contudo, a soberania estatal vem sendo significativamente relativizada em virtude do fenômeno da globalização, fazendo das fronteiras instituídas cada vez menos rígidas. Isto é, delinea-se um novo cenário de extrema interdependência entre todas as nações do globo.

A própria dinâmica da evolução que impulsiona a trajetória humana faz com que a problemática da paz não perca atualidade tendo em vista os novos contextos da convivência humana e do ambiente mundial. Nesse sentido, portanto, as relações de poder não são mais um privilégio dos Estados, orbitando também entre os chamados novos atores internacionais, os quais emergem com considerável grau de influência na contemporaneidade, entre os quais citam-se: as organizações internacionais, as empresas transnacionais e as Organizações Não Governamentais. Neste estudo optou-se por emprestar especial atenção à ONU, na medida em que, apesar das críticas contra ela desferidas, tal organização ainda se apresenta com relativa efetividade no que diz respeito à difícil – senão impossível – tarefa de instauração de uma comunidade de paz duradoura em esfera global.

Vale ressaltar que os conflitos da contemporaneidade alcançam todas as dimensões do planeta e são, portanto, capazes de atingir um número indeterminado de pessoas. Assim, com a globalização dos conflitos e da violência, a criação da ONU tornou-se um fato relevante e que sinaliza para a necessidade do estabelecimento de padrões normativos claros, vinculados aos direitos humanos e à manutenção da paz na sociedade internacional da maneira mais abrangente possível.

A criação da Organização das Nações Unidas revela, de certa maneira, a percepção dos Estados de que o mundo, a partir desse momento, encontra-se unido, tendo como objetivos fundamentais a construção de novos caminhos de paz e de segurança entre as nações. Por isso, a proibição do uso da força é, na atualidade, o princípio básico do Direito Internacional do segundo pós-guerra.

Nesse contexto, Bobbio (2003) pressupõe que o único caminho para eliminar as guerras e promover uma paz duradoura e universal consiste na instituição de um superestado mundial, todavia, diante da sua inexistência o uso da força torna-se um instrumento cada vez mais difundido na sociedade internacional. Por isso, Jürgen Habermas (1999) sustentou, em especial, que as questões relativas à preservação da paz mundial e da tutela dos direitos humanos não podem ser deixadas, tão somente, nas mãos dos Estados nacionais, devendo, portanto, ser confiadas cada vez mais a organismos supranacionais.

Verifica-se que o conceito de soberania estatal passa a perder a sua faceta arbitrária e se institui, de fato, uma relação de interdependência substancial. Daí a necessidade da presença de instituições internacionais pautadas no reconhecimento da humanidade do homem, dado que este consiste num dos pressupostos fundamentais para a construção de uma ordem internacional justa e solidária. Por isso, os elementos que marcam os limites de atuação dos Estados westfalianos precisam ser reconsiderados num projeto mundial de mútuo reconhecimento e de responsabilidade, de tal modo a possibilitar a afirmação de ações concretas impulsionadoras da universalização da paz e dos direitos humanos.

Certo é que por mais impossível que possa parecer a instauração de uma sociedade internacional como um lugar comum de paz e de respeito aos direitos humanos, a civilização somente pode alcançar o verdadeiro progresso quando um ser humano, considerado em sua singularidade, sentir-se efetivamente responsável pela humanidade do Outro, enquanto igual e diferente, onde quer que ele esteja. Trata-se, então, de executar efetivamente o imperativo categórico de Kant (2004), no sentido de que é preciso agir com base em princípios cuja aplicabilidade universal se deseja.

Uma comunidade mundial pautada na prosperidade, na democracia e na paz perpétua é, na verdade, uma grande hipótese, mas não caminhos de mão única. Fato é que, por mais utópico que possa parecer um mundo em que somente a paz prevaleça, é preciso tentar caminhar nessa direção, sendo essencial que a humanidade una todas as suas forças para construir uma sociedade pacífica e livre de controvérsias.

Não é possível afirmar, entretanto, que as dificuldades não se farão presentes nesse trajeto, mas elas não podem ser vistas como barreiras intransponíveis na busca por uma sociedade internacional pacífica, tão necessária e tão almejada. De qualquer forma, não podemos perder a esperança na manutenção da paz mundial, uma vez que a sua preservação é dever de todos aqueles que acreditam no futuro da humanidade. Assim, não se pode voltar à barbárie, ou seja, a uma conformação social desprovida de sonhos para uma vida melhor, sem valores sociais que possam estabelecer vínculos de solidariedade referenciados num projeto pacífico universal.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alexandre; UBIRATAN; Jefferson. Combater o terrorismo e preservar os direitos humanos (Reportagens). In: *O Mundo: comunicação internacional*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. Disponível em: <http://www.fca.pucminas.br/omundo/combater-o-terrorismo-e-preservar-os-direitos-humanos/>. Acesso em: 18 dez. 2019.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o nascimento do Estado moderno: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Editora Unijuí 2013.
- BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade atual e seus grandes desafios: o papel do conceito de trabalho decente e de dignidade humana no mundo do trabalho globalmente constituído. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (Ufpel)*, Pelotas: Ufpel, n. 1, p. 32-50, 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/4980/3951>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Tradução de Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2009.
- BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GILBERT, Martin. *A segunda guerra mundial*. Tradução Ana Luísa Faria e Miguel Serras Pereira. Córdova: Dom Quixote, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Eurocentrismo, Europa dos mercados ou Europa dos cidadãos (do mundo)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- KANT, Immanuel. Para a paz perpétua, um esboço filosófico. In: GUINSBURG, J. et al. *A paz perpétua, um projeto para hoje*. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. *A Organização das Nações Unidas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MCGREAL, Chris. *70 years and half a trillion dollars later: what has the UN achieved?* The Guardian. England: London, 7 set. 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations>. Acesso em: 31 maio 2017

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL – ONU. *Países-membros da ONU, 2017*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>. Acesso em: 29 ago. 2017.

ROSA, Renata de Melo. A ONU, setenta anos depois, para que serve? *In: JUBILUT, Liliana Lyra; SILVA, João Carlos Jarochinski; RAMINA, Larissa. A ONU aos setenta: contribuições, desafios e perspectivas*. Boa Vista: EDUFRR, 2016. p. 87-110.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo: globalização e meio técnico-científico*. São Paulo: Hucitec, 1997.

STRANGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr, 1998.

TOTA, Pedro. Segunda Guerra Mundial. *In: MAGNOLI, Demétrio (org.). História das guerras*. p. 355-389. São Paulo: Contexto, 2011.

WIGHT, Martin. *A política de poder*. Tradução Carlos Duarte. Brasília: UnB, 2002.

ZACHER, Mark W. Os pilares em ruína do templo de Vestfália: implicações para a governança global e a ordem internacional. *In: CZEMPIEL, Ernst-Otto; ROSENAU, James N. (org.). Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2000.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.232-248>

Movimento Feminista e Reconhecimento das Donas de Casa na Obra de Clarice Lispector

Mariana Paiva Frizzera

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (2018) e Especialização em Direito Processual Civil (2016) pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Pesquisadora na área de Direito do Consumidor, Direitos Humanos, questões relacionadas às mulheres, gênero e igualdade. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8784772P6>. <https://orcid.org/0000-0001-6019-0879>. mari_frizzera@hotmail.com

Nelson Camatta Moreira

Pós-doutor em Direito pela Universidad de Sevilla (bolsa Capes). Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Direito pela Unisinos, com estágio anual na Universidade de Coimbra (bolsa Capes). Mestre em Direito pela Unisinos (bolsa Capes). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo, da FDV. Líder do Grupo de Estudos Direito e Psicanálise (FDV-ES/Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória). Professor Invitado, adjunto al Programa Academic Visitor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Miembro del Grupo de Investigación Antagónicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Colaborador en Seminarios con la Cátedra Abierta de Derecho y Literatura de la Universidad de Málaga. Presidente (biênio 2019-2020) e membro honorário da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Coordenador do Projeto de Extensão Café, Direito e Literatura (FDV-ES). Tem experiência em gestão de curso acadêmico e no Direito, com ênfase em Direito Público, especialmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Hermenêutica, Filosofia do Direito, Direito e Literatura e Direito e Psicanálise. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4772095Z3>. <https://orcid.org/0000-0002-8295-4275>. nelsoncmoreira@hotmail.com

RESUMO

Este artigo aborda a ausência de reconhecimento das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado, seja em tempo integral, seja na dupla jornada. Para tanto, toma-se como base o conto “A imitação da rosa”, presente no livro *Laços de Família*, de Clarice Lispector, com o objetivo de expor o conflito enfrentado por diversas mulheres referente ao não reconhecimento do espaço privado e do trabalho doméstico, situação ainda vivenciada no século 21. Analisa-se a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth e Nancy Fraser, expressando as suas contradições e buscando compatibilizá-las de modo a permitir a ressignificação dessas mulheres. Por fim, será abordada a importância do autorreconhecimento das mulheres na articulação de um movimento feminista que busque atingir essa finalidade, permitindo a sua participação na condição de pares na esfera social.

Palavras-chave: Trabalho doméstico. Reconhecimento. Movimento feminista.

FEMINIST MOVEMENT AND RECOGNITION OF HOUSEWIVES IN THE LITERARY WORK OF CLARICE LISPECTOR

ABSTRACT

This article brings up the absence of recognition of the women who do unpaid domestic work, full time, or in double shift. Therefore, it is taken as a basis the tale “A imitação da rosa”, which is present in the book “Laços de Família”, by Clarice Lispector, with the objective of showing the conflict faced by several women for not having the recognition of private space and domestic work, a situation still lived in the 21 century. It is analysed the theory of recognition developed by Axel Honneth and Nancy Fraser, expressing their contradictions and trying to make them compatible, in a way that permits the resignification of these women. Finally, it will be raised the importance of their self-recognition in the articulation of a feminist movement that searches to reach this purpose, allowing their participation as peers in the social sphere.

Keywords: Domestic work. Recognition. Feminist movement.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 “Chatinha”, “Boa” e “Diligente”: As Mulheres dos Anos Dourados. 3 A Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. 4 A Metáfora da Rosa e a Importância dos Movimentos Feministas. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 2/5/2019

Aceito em: 4/11/2019

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é compreender a importância da atuação do movimento feminista no reconhecimento das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado, seja de forma exclusiva, seja das que possuem dupla jornada. Para tanto, toma-se como base o conto “A imitação da rosa”, presente no livro *Laços de Família*, de Clarice Lispector, a fim de expor como a igualdade presente na Constituição Federal é mascarada e como é perpetuada a relação de submissão da mulher a partir de um discurso masculino.

O movimento feminista foi essencial para o reconhecimento de inúmeros direitos às mulheres, como os direitos civis e políticos, o direito ao controle de reprodução, o direito à educação superior, o direito não só ao trabalho, mas a ocupar altos cargos em profissões consideradas masculinas, entre outros. Nota-se, contudo, que o foco do feminismo, atualmente, está voltado apenas às mulheres educadas de classe média, encorajando-as a romper barreiras e a alcançar altos cargos corporativos. Por conseguinte, apenas as mulheres profissionais são beneficiadas.

Em razão disso, é importante o estudo do tema a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser, como forma de ressignificar a mulher que realiza atividades não remuneradas.

Será estabelecida uma conexão entre a Literatura e o Direito para compreender a representação da mulher doméstica que é delineada por Clarice Lispector em “A imitação da rosa”, conto que traduz o conflito provocado pelo não reconhecimento, elemento central do presente estudo. A interpretação de textos literários tem como objetivo revelar as injustiças sociais a que estão submetidos as pessoas e os grupos, tradicionalmente excluídos, que tiveram o seu poder de fala silenciado.

Acabei de focalizar a relação da literatura com os direitos humanos de dois ângulos diferentes. Primeiro, verifiquei que a literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e, portanto, nos humaniza. Negar a fruição da literatura é mutilar a nossa humanidade. Em segundo lugar, a literatura pode ser um instrumento consciente de desmascaramento, pelo fato de focalizar as situações de restrições dos direitos, ou de negação deles, como a miséria, a servidão, a mutilação espiritual. Tanto num nível quanto no outro ela tem muito a ver com a luta pelos direitos humanos (CANDIDO, 2011, p. 188).

Nesse sentido, o conto “A imitação da rosa” critica o modelo familiar tradicional imposto pela sociedade patriarcal, o qual é responsável pelo conflito enfrentado por diversas mulheres referente ao não reconhecimento do espaço privado e do trabalho doméstico, situação ainda vivenciada no século 21.

O livro *Laços de Família* foi publicado em 1960, tempo conhecido como Anos Dourados, o qual correspondeu aos anos de 1945 a 1964. Nesse contexto, o Brasil presenciou a ascensão da classe média entre 1950 e 1954, época marcada pela eleição direta e o suicídio de Getúlio Vargas. Em decorrência do fim da Segunda Guerra Mundial, e do conseqüente otimismo, imperava no Brasil o crescimento urbano e a industrialização.

Posteriormente, o governo de Juscelino Kubitschek proporcionou um estilo de vida baseado nas tecnologias, na produção em massa e, desse modo, os eletrodomésticos começaram a chegar ao Brasil, tais como liquidificadores, televisores, entre outros, importando o *American Way of Life*. Em relação à cultura, há o surgimento da bossa nova e a arquitetura de Lúcio Costa e Oscar Niemeyer expande-se pelo mundo. Juscelino Kubitschek governou o Brasil por meio de um discurso progressista, marcado pela organização das cidades e pela contínua ascensão da classe média, camada social que possui características e anseios próprios. A obra de Clarice Lispector é centrada nessa nova estrutura social.

Laços de Família é formado por um conjunto de contos que têm em comum o fato de retratarem os elos familiares que unem homens e mulheres da camada pequeno-burguesa da sociedade, concedendo especial atenção à figura da mãe-mulher inserida no seu cotidiano. Segundo Lucia Helena (1997, p. 27), Clarice Lispector vale-se da figura feminina “[...] como mote insistente para investigar não só a singular emergência da mulher na sociedade, marcada por enorme repressão, mas principalmente para recolocar a questão da mulher e da inscrição do sujeito na história”.

Há anos as mulheres brasileiras trabalham, tendo participado do processo de elaboração da Constituição de 1988, quando diversos direitos referentes à vida e ao trabalho foram definidos e melhorados. Principalmente a partir dos anos 80 elas se afirmaram no mercado de trabalho, entretanto ainda são patentes as desigualdades entre os sexos, sejam elas de natureza econômica, política ou de acesso aos postos de poder. No âmbito doméstico não há divisão do trabalho, havendo uma dedicação muito maior das mulheres.

Nesse sentido, cresce entre as mulheres brasileiras a luta pela diferença, pela valorização da sensibilidade e dos valores femininos, querendo ser mães, trabalhadoras, cidadãs e sujeitos de seu lazer e prazer, concomitantemente. A esfera do trabalho doméstico, entretanto, ainda permanece sem reconhecimento e, por esse motivo, justifica-se a pertinência deste estudo impulsionado pela seguinte indagação: Como o movimento feminista conseguirá assegurar os direitos e o respeito das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado e das que desenvolvem dupla jornada?

Com o objetivo de responder esse questionamento, parte-se da hipótese de que os importantes e históricos movimentos feministas devem ser revisitados e atualizados a fim de englobar outras classes de pessoas e de atingir novas questões. Para tanto, a temática do movimento feminista será incorporada à teoria do reconhecimento inspirada nas matrizes teóricas de Axel Honneth e Nancy Fraser.

Para enfrentar esse problema o presente trabalho baseia-se no método dialético, em decorrência da contradição existente entre os direitos conquistados pelas mulheres nas últimas décadas e a ausência do reconhecimento do trabalho não remunerado realizado por elas.

Dessa forma, o artigo foi dividido em três partes. A primeira abordará o padrão ideal de mulher presente nos Anos Dourados, tendo como núcleo orientador o conto “A imitação da rosa”, de Clarice Lispector. A segunda analisará a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth e Nancy Fraser. A terceira discutirá a possibilidade de compatibilizar as duas teorias críticas, aplicando-as no caso das mulheres que realizam trabalho doméstico e ainda abordará a importância do movimento feminista para alcançar o seu reconhecimento.

2 “CHATINHA”, “BOA” E “DILIGENTE”: AS MULHERES DOS ANOS DOURADOS

A narrativa de “A imitação da rosa” tem como protagonista Laura, esposa de Armando, que vive no espaço privado da casa e do cotidiano da vida doméstica. Os fatos passam-se na mente da personagem principal e são divididos em três tempos, quais sejam: passado, presente e futuro. O passado remonta ao tempo da obediência, da subordinação e ao tempo da ruptura, em que ela é internada. O presente representa o momento em que ela volta para casa e relembra os dois passados. Já o futuro é quando ela tenta resgatar o passado da submissão (COQUEIRO; SEGATO, 2012, p. 4).

A fim de entender o conflito vivenciado por Laura é necessário primeiro analisar o contexto histórico em que ela estava inserida. Conforme referido anteriormente, nas décadas de 50 e 60 do século 20 o Brasil passou por uma época de grande industrialização e isso possibilitou a educação e a profissionalização das mulheres. Não houve, todavia, uma modificação da mentalidade da sociedade, que continuava distinguindo os papéis femininos dos masculinos e o trabalho da mulher ainda era cercado de preconceitos e considerado subsidiário ao trabalho do homem (DEL PRIORE, 2013, p. 71). A família conjugal é o modelo dominante, composta por pai, mãe e filhos, embora estes sejam em menor número em comparação ao passado. Os padrões de casamento são mantidos, com a autoridade máxima sendo conferida ao pai, considerado o “chefe da casa” (PINSKY, 2014, p. 18).

Trata-se, então, de uma sociedade contraditória, visto que, de um lado, os brasileiros têm mais acesso às informações sobre a emancipação feminina em outros países, decorrente da maior possibilidade de participação das mulheres no mercado de trabalho e da chegada da pílula anticoncepcional no início dos anos 60. Por outro lado, há um incentivo, realizado por campanhas governamentais, “[...] aos valores tradicionais da família, às virtudes da maternidade e à dedicação exclusiva da mulher ao lar para que os homens reassumam seus postos de trabalho abandonados com o advento da guerra [...]” (PINSKY, 2014, p. 19).

Esse conflito é refletido em Laura, a qual teve de ser internada, em decorrência das suas inquietações referentes às convenções exigidas pela sociedade patriarcal, uma vez que, como mulher, é a responsável pela felicidade conjugal e pela harmonia do casal. A sua saúde e o seu equilíbrio não eram levados em consideração, pois o que importava era agradar ao homem.

Nessa época, era comum as donas de casa de classe média viverem a “experiência do isolamento” em razão de passarem muito tempo em casa. Frequentemente elas eram acometidas por indisposições, ansiedade e insatisfações, pois eram educadas para adquirir um senso detalhista e quase obsessivo por limpeza, eram condicionadas a manter as aparências e a viverem em torno das tarefas domésticas e das necessidades dos familiares. É provável que uma parcela das dores e agonias vivenciadas pelas mulheres decorria do conflito entre as determinações de seus papéis e a realidade de sua vida. Ademais, as revistas recomendavam que as mulheres não discutissem ou reclamassem e que colocassem os seus desejos em segundo plano, sendo instruídas a não contestarem as desigualdades da dupla moral sexual, fato que podia acionar as válvulas de escape físicas e emocionais (PINSKY, 2014, p. 239).

As revistas femininas culpavam as mulheres pelo “nervosismo feminino”, pois elas se consideravam o “centro do mundo”; criticavam-nas, ao invés de abordarem as causas que levavam à insatisfação e ao descontentamento (PINSKY, 2014, p. 239-240). Desse modo, “não importavam os desejos ou a vontade de agir espontaneamente; o que contavam eram as aparências e as regras [...]” (DEL PRIORE, 2013, p. 67).

Ao voltar para casa, Laura deveria estar de novo “bem”, contudo as aspas utilizadas no texto refletem o estado psicológico da personagem, que continuava descontente e insatisfeita, apesar de precisar manter uma postura “normal” diante da sociedade. A boa esposa e a mulher ideal era aquela que não reclamava, não criticava, não desafiava o marido, se vestia de forma sóbria, sem chamar a atenção.

Nota-se que a personagem não possuía uma identidade própria, visto que ela se submetia a uma vida metódica, representando o papel de uma esposa modelo, submissa e obediente (COQUEIRO; SEGATO, 2012, p. 5).

Com seu gosto minucioso pelo método – o mesmo que a fazia quando aluna copiar com letra perfeita os pontos da aula sem compreendê-los – com seu gosto pelo método, agora reassumido, planejava arrumar a casa antes que a empregada saísse de folga para que, uma vez Maria na rua, ela não precisasse fazer mais nada, senão 1º) calmamente vestir-se; 2º) esperar Armando já pronta; 3º) o terceiro o que era? Pois é. Era isso mesmo o que faria. E poria o vestido marrom com gola de renda creme (LISPECTOR, 1998, p. 35).

Ela, entretanto, não era uma mulher perfeita, pois não tivera filhos: “por acaso alguém veria, naquela mínima ponta de surpresa que havia no fundo de seus olhos, alguém veria nesse mínimo ponto ofendido a falta de filhos que ela nunca tivera?” (LISPECTOR, 1998, p. 35).

O presidente Vargas, em 1941, assinou um decreto estabelecendo que a educação feminina seria voltada para formar mulheres “*afeiçoadas* ao casamento, *desejosas* da maternidade, *competentes* para a criação dos filhos e *capazes* na administração da casa” (DEL PRIORE, 2013, p. 66, grifos da autora). Desse modo, a mulher que não tinha filhos era julgada pela sociedade, pois para representar o modelo de mulher dos Anos Dourados ela precisava ser avaliada por sua condição de procriadora.

Laura, enquanto arruma a penteadeira, pensa como será o jantar com os seus amigos, Carlota e João, quando o seu marido conversaria com este sobre as coisas que saíam nos jornais, e ela falaria com Carlota sobre “coisas de mulheres”, explicitando os papéis sociais destinados aos homens e às mulheres: “Armando esquecido da própria mulher. E ela mesma, enfim, voltando à insignificância com reconhecimento” (LISPECTOR, 1998, p. 34).

Nessa ocasião Laura também se questiona sobre há quanto tempo não havia Armando esquecido dela e há quanto tempo ela havia se esquecido de si mesma. Isso porque “[...] para pertencer ao padrão social vigente, é como se fosse necessário deixar de existir, matar a liberdade de ser, resultando em uma desestruturação existencial da identidade da personagem, representada, aqui, pelo ‘olhar-se no espelho’” (COQUEIRO; SEGATO, 2012, p. 6).

Posteriormente, sentada no sofá da sala, Laura retoma o seu gosto pelo método, descrevendo o quanto gostava de passar as roupas de Armando e o cansaço advindo dessa tarefa, considerado uma recompensa. A ambição de sua vida era casar-se com um homem e agora que ela estava de volta não mais iria vivenciar a “terrível independência” (LISPECTOR, 1998, p. 38).

Nessa época estava vigente o Código Civil de 1916, o qual estabelecia que a mulher casada era relativamente incapaz, isto é, ela não podia decidir sobre o patrimônio e a prole. Todo o poder estava presente nas mãos do homem, considerado o chefe da família. Em 1962 há o reconhecimento da mulher como “companheira consorte” pelo Estatuto da Mulher Casada, possibilitando que ela colaborasse no orçamento familiar, mas, ao mesmo tempo, consolidava a ideia do homem como chefe da sociedade conjugal.

Ainda no sofá à espera de Armando, Laura adormece e quando abre os olhos ela nota um jarro de flores em cima da mesa. A beleza das rosas a incomodava: “Incomodava? Era um risco. Oh, não, por que risco? Apenas incomodava, eram uma advertência, oh não, por que advertência?” (LISPECTOR, 1998, p. 43-44). Esse momento em que Laura observa as rosas é denominado de epifania, o qual foi credenciado por James Joyce e representa o momento de revelação dos personagens e o reconhecimento de que algo importante está acontecendo em sua vida (BARBOSA, 2001, p. 123).

As rosas representam uma metáfora, fazendo com que Laura relembresse o passado, tentando, novamente, romper com os ideais da sociedade patriarcal. Ela, da mesma forma que a maioria das mulheres da época, seguia os valores e as normas impostos pela sociedade, de modo que acabava desvalorizando-se como mulher.

Laura culpava-se por ter comprado as rosas e, por isso, pede à sua empregada, Maria, que as entregasse na casa de Carlota e João, todavia depois ela entra em um conflito interior, pois, na verdade, não queria se desfazer das rosas. Procura encontrar desculpas para impedir que a empregada leve as flores, como se devesse justificar cada uma das suas ações para todos ao seu redor. No final, ela entrega as flores para Maria, pois “[...] uma coisa bonita era para se dar ou para se receber, não apenas para se ter. E, sobretudo, nunca para se ‘ser’” (LISPECTOR, 1998, p. 47).

Quando as rosas se vão, elas deixam um lugar claro dentro de Laura e ela tenta imitar as rosas dentro de si mesma, o que não era difícil. A personagem não percebe o tempo passar e quando Armando chega nota que Laura não é mais a sua esposa “chatinha”, “boa” e “diligente”: “Ela estava sentada com o seu vestidinho de casa. Ele sabia que ela fizera o possível para não se tornar luminosa e inalcançável” (LISPECTOR, 1998, p. 53).

Nas suas obras Clarice Lispector não só enfatiza a divisão existente entre homens e mulheres, como também ameaça o universo masculino por meio do momento epifânico, em que a mulher busca suplantando a sua posição submissa, transformando a tradicional relação masculino *versus* feminino (COQUEIRO; SEGATO, 2012, p. 9).

Essa falta de reconhecimento da esfera privada ainda está presente no século 21 e decorre da separação implícita ou explícita entre esta e a esfera pública. Elas passam a ser vistas como pontos eminentemente diferentes e, portanto, a vida privada é ignorada, uma vez que

apenas a pública é merecedora de reconhecimento. Conforme veremos, essa diferenciação decorre da naturalização dos papéis sexuais desempenhados por homens e mulheres que permitiram também uma divisão entre os sexos no trabalho.

Posto isso, faz-se necessário analisar a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth e Nancy Fraser para, posteriormente, verificar a importância dos movimentos feministas na concretização de uma identidade para as mulheres que realizam tarefas domésticas, visto que até hoje estas não são consideradas, por muitos, um trabalho.

3 A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH E NANCY FRASER

A luta por reconhecimento social está ligada à ideia de constituição das sociedades modernas, ocasião em que os grupos considerados invisíveis na organização sociopolítica começaram a pleitear os seus direitos. Esse tema vem ganhando cada vez mais importância, surgindo como a forma de se desenvolver uma teoria crítica que possibilite interpretações, diagnósticos e novas formulações para os problemas das sociedades contemporâneas (MATTOS, 2006, p. 15).

No presente trabalho optou-se por utilizar as matrizes do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser, expondo as principais ideias de cada um dos autores, de modo a estabelecer um diálogo entre eles.

A teoria desenvolvida por Honneth tem como objetivo demonstrar que todos os conflitos sociais têm como base uma luta por reconhecimento. Para tanto, ele vai buscar os primeiros trabalhos de Hegel, conhecidos como trabalhos da juventude de Jena, pois acredita que eles contêm alguns *insights* relevantes que não foram aprimorados pelo próprio Hegel (MOREIRA, 2010, p. 53-54).

Como Hegel desenvolveu uma teoria do reconhecimento de forma abstrata e metafísica e Honneth se propõe a comprovar de forma empírica o processo pelo qual ela passa, ele recorreu às pesquisas de Herbert Mead sobre Psicologia Social presente no processo de reconhecimento recíproco. Tanto Hegel quanto Mead entendem que a identidade depende do reconhecimento intersubjetivo e que a evolução da sociedade ocorre por meio das lutas por reconhecimento (MATTOS, 2006, p. 87-88).

Segundo a análise de Honneth (2007, p. 83), o centro da teoria do reconhecimento de Hegel está na ideia de que o progresso ético ocorre por meio de várias etapas, cada qual com padrões de reconhecimento cada vez mais exigentes, que são mediados por lutas intersubjetivas, nas quais os indivíduos tentam ganhar aceitação para reivindicações a respeito de sua própria identidade.

De acordo com a teoria de Mead, analisada por Honneth, um sujeito somente tem a possibilidade de adquirir uma autoconsciência quando “ele aprende a perceber sua própria ação na perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa”. Isso ocorre porque um indivíduo não possui condições de intervir sobre si mesmo, de modo a compreender suas reações como produções da própria pessoa, sem a experiência de um parceiro que interajisse e reagisse com ele (HONNETH, 2003, p. 131).

Em razão disso, Honneth (2003, p. 155) explica que a sua teoria “pode se tornar o fio condutor de uma teoria social de teor normativo; seu propósito é esclarecer os processos de mudança social reportando-se as pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco”.

O estudo das relações intersubjetivas é voltado para o reconhecimento individual e recíproco dos indivíduos que fazem parte do meio social, contudo as estruturas de poder geram conflitos e tensões que podem dar origem aos movimentos de luta social, permitindo formas cada vez mais amplas de reconhecimento recíproco (HONNETH, 2003, p. 156). Interessante consignar que a luta social tem como base três esferas do reconhecimento recíproco: o amor, o direito e a solidariedade que representam, respectivamente, a necessidade de afirmação moral da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima.

O primeiro estágio do reconhecimento recíproco é o amor, o qual permite o desenvolvimento da autoconfiança nas relações. Novamente Honneth (2003, p. 160) recorre aos estudos realizados por Hegel, para quem o amor representa

[...] a primeira etapa do reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes: na experiência recíproca da dedicação amorosa, tais sujeitos se sabem unidos no fato de serem dependentes, em seu estado carencial, do respectivo outro. Além disso, visto que carências e afetos só podem de certo modo receber “confirmação” porque são diretamente satisfeitos ou correspondidos, o próprio reconhecimento deve possuir aqui o caráter de assentimento e encorajamento afetivo; nesse sentido, essa relação de reconhecimento está também ligada de maneira necessária à existência corporal dos outros concretos, os quais demonstram entre si sentimentos de estima especial.

O segundo estágio é o reconhecimento jurídico, o qual está relacionado ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos nas relações sociais, permitindo a consolidação do autorrespeito no contato com as demais pessoas do grupo social. Por conseguinte, o reconhecimento jurídico proporciona a concretização do *status* de cidadão, pois o indivíduo necessita tanto de proteção jurídica contra intervenções na sua esfera de liberdade, quanto segurança jurídica de que poderá participar do processo público de formação da vontade. Por esse motivo, concomitantemente às modificações do *status* jurídico do cidadão individual, o conjunto de atributos que caracterizam o ser humano como pessoa também foi sendo ampliado (HONNETH, 2003, p. 193).

Tanto Mead quanto Hegel entendem que no Direito exige-se a constante ampliação da liberdade, na medida em que o surgimento de um conjunto de ideais normativos aponta para a ampliação da autonomia pessoal. Há também a ampliação da própria comunidade, em decorrência da universalização dos valores particulares (MATTOS, 2006, p. 89). De acordo com Moreira (2010, p. 56), esse segundo processo é essencial para a construção da ideia de cidadania, a qual “[...] desde o início da modernidade atrela-se, necessariamente, à dignidade do indivíduo na (perante a) sociedade, a partir das garantias previstas e respeitadas pelo Estado”.

Já o terceiro estágio do reconhecimento intersubjetivo é a solidariedade, que está associada ao reconhecimento, pelos parceiros da interação social, das particularidades do indivíduo. É a autocompreensão cultural que faz parte de uma sociedade que “determina os crité-

rios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos” (HONNETH, 2003, p. 200). A solidariedade social está fundada na ideia de simetria das relações entre os membros da sociedade, ou seja, é a possibilidade de que qualquer pessoa tenha as suas características e especificidades reconhecidas como relevantes e necessárias (MATTOS, 2006, p. 93).

A lesão a cada uma dessas esferas causa danos à identidade do indivíduo, o que repercute também nas suas relações intersubjetivas. Honneth tinha como objetivo construir uma teoria do reconhecimento que possibilitasse refletir sobre os caminhos emancipatórios a partir do não reconhecimento.

A primeira forma de desrespeito é aquela presente nas humilhações físicas, tais como tortura e estupro, as quais retiram do indivíduo qualquer possibilidade de livre disposição do seu corpo e, conseqüentemente, ele é privado da sua confiança no mundo. A relação que permite que o indivíduo desenvolva a sua autoconfiança corporal é o amor (HONNETH, 2007, p. 85).

O desrespeito também pode ocorrer por meio da negação dos direitos com a consequente exclusão social, ferindo o autorrespeito. Então, ocorre a privação do *status* de cidadão do indivíduo, retirando dele a capacidade de pertencimento a um grupo social e, portanto, a atitude positiva que permite o reconhecimento do sujeito é o autorrespeito (HONNETH, 2007, p. 86).

Por fim, o terceiro tipo de desrespeito é a depreciação do valor social das formas de autorrealização, que tem como consequência a negação da possibilidade de os sujeitos relacionarem-se com as habilidades adquiridas ao longo de sua vida, em relação à estima social (2007, p. 87). Assim, o relacionamento positivo de reconhecimento é o desenvolvimento da autoestima, pois esta permitiria que os indivíduos encontrassem aceitação da sua individualidade.

As violações apresentadas produzem consequências nos indivíduos que são privados da sua dignidade, acarretando conflitos, tensões sociais e humilhações que podem originar uma luta por reconhecimento. Essa tensão afetiva só pode ser resolvida pelo indivíduo por meio de uma ação ativa, mas para que esta assuma a forma de uma resistência política é preciso discernimento moral, que está presente nos sentimentos negativos, como conteúdo cognitivo (HONNETH, 2003, p. 224).

A participação em movimentos coletivos de luta social desempenha um importante papel para os indivíduos envolvidos, pois tem como objetivo retirá-los de uma situação de humilhação e ainda propicia o desenvolvimento de estima mútua por meio da relação de reconhecimento e solidariedade dentro do grupo (HONNETH, 2003, p. 260). A teoria proposta por Honneth parece contribuir para a compreensão dessa situação vivenciada pelas trabalhadoras domésticas não remuneradas, visto que a atividade desenvolvida por elas não possui o mesmo valor social daquelas desempenhadas pelas mulheres que trabalham fora.

Por causa do desemprego, que não está mais meramente ligado aos ciclos econômicos, mas é agora também estrutural, um número crescente de pessoas não tem a oportunidade de ganhar o tipo de reconhecimento por suas habilidades adquiridas que eu refiro como estima social. Por causa disso, eles mal podem se considerar membros contribuindo

tes de uma comunidade democrática organizada, já que isso pressupõe a experiência de cooperação, ou seja, a contribuição socialmente reconhecida para a reprodução social. Por esta razão, podemos esperar um número crescente de lutas por reconhecimento, direcionadas às definições institucionalizadas e medidas de estima social que governam quais atividades e habilidades podem alcançar reconhecimento simbólico ou material. Sem uma ampliação radical do significado de “trabalho”, e o que pode sensivelmente e justificavelmente ser incluído dentro disso, essa luta por reconhecimento que está se aproximando não pode ser resolvida prontamente (HONNETH, 2007, p. 93).

De acordo com Honneth (2003, p. 266), apenas por meio da aquisição cumulativa de autoconfiança, autorrespeito e autoestima é que a pessoa será capaz de construir a sua identidade, enquanto um ser autônomo e de se identificar com seus objetivos e interesses.

Realizado este estudo sobre a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth, faz-se necessário explorar também a matriz teórica de Nancy Fraser, de modo a estabelecer relações entre ambas.

Segundo a autora, a luta por reconhecimento tornou-se a forma de conflito político no fim do século 20, na era denominada de pós-socialista. Demandas por reconhecimento das diferenças alimentam a luta de movimentos sociais mobilizados, em decorrência de questões referentes à nacionalidade, etnicidade, “raça”, gênero e sexualidade (FRASER, 2001, p. 245).

Há uma modificação da sociedade relacionada à substituição gradual das lutas por redistribuição, pautadas no enfoque econômico, pelas lutas por reconhecimento, marcadas pelos conflitos de *status* social, devido à dominação cultural. Essa mudança, contudo, ocorre justamente no período em que a desigualdade econômica é agravada pelo desenvolvimento do capitalismo globalizante, liderado pelos Estados Unidos (FRASER, 2002, p. 62).

Diferentemente de Honneth, para quem reconhecimento está relacionado à autorrealização dos indivíduos nas relações intersubjetivas, para Fraser ele é uma questão de *status* social, isto é, os padrões culturais geram consequências sobre as imposições sociais que os sujeitos irão ocupar. Logo, há igualdade de *status* se esses padrões permitirem que os indivíduos participem da esfera social como pares (FRASER, 2003, p. 30).

Fraser (2007, p. 107-108) denomina essa perspectiva de “modelo de *status*” e, para a autora, o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento significa não poder participar como um igual na vida social e, conseqüentemente, a reparação dessa injustiça requer uma política de reconhecimento, que não é sinônimo de uma política de identidade. No modelo de *status* a política de reconhecimento refere-se à superação do estado de subordinação para que o indivíduo possa participar com os demais membros da sociedade como igual.

Desse modo, Nancy Fraser (2001, p. 246) propõe uma teoria crítica do reconhecimento que identifique e defenda apenas versões da política cultural da diferença que possa ser corretamente combinada com a política social de igualdade. Isso porque a justiça, atualmente, requer tanto reconhecimento como redistribuição, visto que injustiças culturais acontecem em um mundo de grande desigualdade material.

A concepção de justiça apresentada pela autora é pautada no princípio da paridade participativa, o qual requer acordos sociais que permitam a interação de todos os membros da sociedade, na condição de pares. Para tanto, duas condições devem estar presentes. A primeira é uma condição objetiva, segundo a qual a distribuição de recursos materiais deve ser feita de forma a assegurar independência e voz aos participantes. Essa condição evita formas e níveis de dependência econômica e desigualdades que impedem a paridade participativa. A segunda é a condição intersubjetiva, que necessita de modelos institucionalizados de valores culturais que expressem o mesmo respeito a todos os participantes e assegurem iguais oportunidades de alcançar a estima social (FRASER, 2002, p. 67).

Em razão disso, Fraser (2003, p. 34-35) sugere uma concepção bidimensional de justiça que englobe reconhecimento e redistribuição. Segundo a autora, Honneth assume uma visão redutiva e culturalista da distribuição, pois ele pressupõe que as desigualdades econômicas estão enraizadas na ordem cultural, que privilegia certos tipos de trabalhos sobre outros. Com isso, bastaria mudar a ordem cultural para eliminar a má distribuição. Para Fraser, entretanto, nem toda má distribuição está centrada na falta de reconhecimento.

Salienta-se que no mundo real cultura e economia política estão sempre relacionadas e, assim, toda luta contra injustiça implica demandas por redistribuição e reconhecimento. A autora afirma, contudo, que as distinções analíticas são indispensáveis para compreender os dilemas políticos do nosso tempo.

Existem pessoas ou grupos de pessoas que sofrem injustiças de natureza cultural e econômica, necessitando de políticas de reconhecimento e redistribuição, de modo que apenas uma delas, de forma isolada, não será suficiente para solucionar o problema. Essas coletividades são chamadas de “ambivalentes” e gênero é um exemplo paradigmático.

A autora, portanto, defende também uma conceituação ampla e espaçosa de gênero, a fim de acomodar pelo menos dois tipos de interesses. Na perspectiva distributiva, gênero é visto como uma diferenciação presente na própria estrutura econômica da sociedade, enquanto que na perspectiva do reconhecimento gênero é uma diferenciação de *status* (FRASER, 2002, p. 64). Assim, não é a identidade feminina que requer reconhecimento, mas sim a condição das mulheres como parceiras plenas na interação social.

Tendo em vista todo o exposto, percebe-se que a questão da invisibilidade das mulheres que realizam trabalho doméstico requer ações políticas de redistribuição e reconhecimento. Ainda mostra-se presente na sociedade uma divisão hierárquica do trabalho pautada na separação entre trabalho reprodutivo e doméstico – responsabilidade primária das mulheres – e trabalho produtivo e pago – responsabilidade primária dos homens. Gênero também estrutura uma divisão dentro do próprio trabalho produtivo entre melhores salários – área predominantemente masculina – e os menores salários – área predominantemente feminina. Ainda que as mulheres consigam alcançar altas posições, financeiramente elas recebem menos do que os homens que ocupam o mesmo cargo. Além disso, gênero também embasa uma diferenciação cultural-valorativa, visto que há uma depreciação das mulheres que são donas de casa, seja de forma exclusiva, seja as que realizam dupla jornada, apenas valorizando-se o trabalho fora de casa.

Diante disso, nota-se que a opressão referente ao gênero requer remédios que promovam a diferenciação (reconhecimento) e, simultaneamente, imponham medidas voltadas à promoção da igualdade social (redistribuição). A fim de compatibilizar reconhecimento e redistribuição, mitigando as interferências mútuas entre eles, Fraser (2003, p. 73-74) propõe duas estratégias que podem ser utilizadas no combate às injustiças sociais, quais sejam: medidas afirmativas e medidas transformativas.

As estratégias afirmativas têm como objetivo corrigir os resultados desiguais de arranjos sociais sem perturbar as estruturas sociais subjacentes que os geraram. Por sua vez, as estratégias transformativas, visam a corrigir resultados injustos pela reestruturação do arcabouço subjacente que os constituíram (FRASER, 2003, p. 74).

Aplicando essa diferenciação para corrigir injustiças econômicas, tem-se que os remédios afirmativos buscam realocações superficiais de bens existentes, apoia diferenciação entre grupos e pode gerar o não reconhecimento, pois, em longo prazo, acaba marcando as classes menos privilegiadas como inerentemente deficientes e insaciáveis. Já os remédios transformativos visam à reestruturação profunda das relações de produção, eliminam as diferenciações entre grupos e podem ajudar a curar algumas formas de não reconhecimento (FRASER, 2001, p. 268-273).

Essa distinção também é válida para corrigir injustiças culturais. Os remédios afirmativos estão ligados às realocações superficiais de respeito às identidades de grupos e apoiam diferenciação entre eles. Os remédios transformativos, em contraste, reestruturam profundamente as relações de reconhecimento e desestabilizam diferenciações entre grupos para permitir reagrupamentos futuros (2001, p. 270-273).

No caso das comunidades ambivalentes, Fraser (2001, p. 278-279) conclui que a melhor solução é unir a redistribuição transformativa ao reconhecimento transformativo, pois os remédios afirmativos não alteram a estrutura que gera a injustiça econômica e social e, em longo prazo, ainda pode ter como consequência o não reconhecimento. A principal desvantagem do remédio transformativo é que as políticas culturais e econômicas não satisfazem os interesses imediatos da maior parte das pessoas.

Em razão dessas dificuldades, Fraser (2003, p. 78-79) apresenta um caminho intermediário chamado de reformas não reformistas, que são políticas com uma dupla-face. Isso porque as reformas que aparentam ser afirmativas podem ter efeitos transformativos, dependendo do contexto em que estão inseridas. De um lado, elas entrelaçam as identidades das pessoas e satisfazem algumas de suas necessidades, e, de outro, iniciam uma trajetória de mudança que pode levar a reformas mais radicais no decorrer do tempo.

Feitas as devidas considerações a respeito da teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth e Nancy Fraser, faz-se necessário analisar a possibilidade de compatibilização dessas duas bases teóricas e a sua aplicação no reconhecimento das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado.

4 A METÁFORA DA ROSA E A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS

Conforme exposto anteriormente, o núcleo da divergência entre Axel Honneth e Nancy Fraser está presente no conceito de reconhecimento e na separação deste da noção de redistribuição. Isso porque para Honneth toda luta social é uma luta por reconhecimento, enquanto Fraser distingue reconhecimento, que estaria associado ao cultural, de redistribuição, relativa ao econômico.

Celi Regina Pinto (2008, p. 36), contudo, afirma haver uma falsa antítese entre as teorias desenvolvidas por Honneth e Fraser e a melhor solução seria conservar os pontos positivos de cada uma, com o objetivo de formar uma teoria normativa da justiça voltada, principalmente, para o Brasil.

A autora explica que a distinção entre distribuição e reconhecimento realizada por Fraser precisa ser apropriada a partir de duas perspectivas. A primeira é pensar a “má-distribuição” pela posição dos agentes nas relações de produção, o que independe inteiramente do reconhecimento, não importando o estatuto que ele tenha. Essa é uma característica estrutural do capitalismo. A segunda perspectiva é a forma de apropriação pelos agentes dessa situação de injustiça. Ainda que a injustiça não exista apenas por força do autorreconhecimento dos agentes como sujeitos injustiçados, a bandeira de luta para a superação somente surge pela existência de sujeitos subjetificados como injustiçados. O que Pinto (2008, p. 38) propõe não é uma redução da questão social a um culturalismo radical, da qual Fraser acusa Honneth, mas sim de dois momentos distintos da questão.

Nota-se que é na segunda perspectiva que há uma limitação da teoria de Fraser, visto que apenas por meio do reconhecimento pessoal dos indivíduos da sua condição é que será possível articular um movimento social para a defesa dos seus direitos, pois “só existe dominado contra a dominação se este se reconhecer como tal. Não há feminismo antes da feminista, assim como não há paridade participativa antes do sujeito autorreconhecido como igual” (PINTO, 2008, p. 36). Por sua vez, é essa mobilização dos sujeitos que se autorreconhecem, que irá proporcionar a construção de uma conjuntura que possibilite a participação paritária.

Segundo Pinto (2008, p. 57), esse procedimento é essencial, pois permite que a distribuição não seja reduzida ao reconhecimento e, ao mesmo tempo, não limita o reconhecimento ao autorreconhecimento (autoestima) ou à política de *status*. Isso possibilita a compreensão da complexidade dos cenários em embate, tanto no interior na sociedade quanto nas políticas públicas.

Assim, o autorreconhecimento presente na teoria de Honneth e o modelo de *status* desenvolvido por Fraser não são excludentes, eles representam dois momentos distintos da elaboração teórica e da luta política, podendo complementarem-se em determinadas circunstâncias (PINTO, 2008, p. 36). Importante esclarecer que essa análise é essencial para construir o reconhecimento das mulheres que realizam trabalho doméstico em jornada integral ou não.

As mulheres trabalham mais do que os homens, sejam elas orientais ou ocidentais; sejam elas donas de casa ou trabalhadoras remuneradas. Segundo Ann Oakley (*apud* WOLF, 1992, p. 29), “o *status* moderno das tarefas domésticas é o de não serem trabalho”, convenção essa que também estava presente durante os Anos Dourados. Apesar dessa naturalização do trabalho doméstico como sendo destinado às mulheres, um estudo revelou que se ele

fosse remunerado, a renda familiar subiria em 60%. De acordo com dados trazidos por Naomi Wolf (1992, p. 29), o trabalho doméstico consome 40 bilhões de horas da mão de obra francesa e, nos Estados Unidos, o trabalho voluntário das mulheres atinge 18 bilhões de dólares por ano. Muito provavelmente, se essas estatísticas fossem atualizadas os valores seriam ainda maiores.

Já as mulheres que possuem trabalho remunerado em horário integral continuam tendo de realizar também todas ou quase todas as tarefas domésticas, não havendo nenhuma alteração. Os companheiros de mulheres que realizam trabalho assalariado ajudam menos (realizam as tarefas domésticas por 36 minutos) do que os companheiros de donas de casa (ajudam nos afazeres domésticos por 1 hora e 15 minutos), observando-se que as mulheres trabalham 21 horas a mais do que os homens por semana (WOLF, 1992, p. 30).

Observa-se que não só as mulheres estão acostumadas a trabalhar mais do que os homens, como elas não recebem salário por isso. Mesmo sobrecarregadas com a dupla jornada, as mulheres conseguiram abrir fissuras na estrutura de poder, o que provocou uma violenta reação, a qual também teve como causa a constatação de que se as mulheres decidissem cobrar o pagamento atrasado pela dupla jornada, os custos aos empregadores e ao governo seriam extremamente altos (WOLF, 1992, p. 31).

Segundo Nancy Fraser (2009, p. 16), o neoliberalismo foi responsável por ressignificar a crítica feminista ao androcentrismo, “[...] cultura política do capitalismo organizado pelo Estado [...]” que “[...] visualizava o cidadão de tipo ideal como um trabalhador masculino pertencente à maioria étnica – chefe e homem de família”. Ademais, tem-se a construção do “salário família”, pelo qual o salário recebido pela mulher era considerado apenas suplementar, o ideal seria que o homem o recebesse de forma exclusiva.

Nesse ínterim, as feministas da segunda onda rejeitaram a associação exclusiva de injustiça com má distribuição e se uniram a outros movimentos emancipatórios. Elas ampliaram o significado de justiça, analisando as desigualdades sociais presentes na família, na sociedade civil e na vida cotidiana. Elas focaram não apenas em questões relacionadas a gênero, mas também à classe, à raça, à sexualidade e à nacionalidade (FRASER, 2009, p. 18).

Elas criticaram o salário familiar, enquanto núcleo da má distribuição de gênero, da falta de reconhecimento e de representação. O objetivo, entretanto, não era valorizar exclusivamente o trabalho remunerado. As feministas buscavam transformar as estruturas do sistema, contestando o androcentrismo que privilegiava o lucro em detrimento das pessoas (GUTTING; FRASER, 2015).

Com o neoliberalismo, há uma ampliação do movimento feminista, ao mesmo tempo em que há uma modificação dos seus ideais. Com a entrada das mulheres nos mercados de trabalho em todo o mundo, o efeito foi eliminar o ideal do salário familiar do capitalismo organizado pelo Estado. No capitalismo neoliberal “desorganizado”, este ideal foi substituído pelo da família de dois assalariados, pouco importando que a realidade implícita nesse novo ideal seja caracterizada por níveis salariais reduzidos, diminuição da segurança no emprego, padrões de vida em declínio, aumento no número de horas trabalhadas, exacerbação do turno dobrado – agora, normalmente, turno triplo ou quádruplo – e um aumento de lares chefiados por mulheres (FRASER, 2009, p. 25).

Em razão disso, a emancipação da mulher passou a estar condicionada ao acúmulo capitalista e a crítica ao androcentrismo serve, hoje, para valorizar o trabalho assalariado. Desse modo, o feminismo tornou-se incapaz de promover a igualdade entre as próprias mulheres (GUTTING; FRASER, 2015).

Para mim, o feminismo não deve se preocupar em fazer um número limitado de mulheres assumir posições de poder e privilégio dentro de hierarquias sociais existentes, e sim de superá-las. Para isso, é necessário desafiar as fontes estruturais da dominação de gênero na sociedade capitalista – acima de tudo, a divisão institucionalizada de dois tipos de atividades supostamente distintos: de um lado, o chamado trabalho de “produção”, historicamente assalariado e associado aos homens; de outro, as tarefas ligadas ao “cuidado”, historicamente não remuneradas e ainda realizadas sobretudo por mulheres. Na minha opinião, essa divisão sexual hierarquizada entre “produção” e “reprodução” é uma estrutura determinante da sociedade capitalista e grande causa das assimetrias de gênero inerentes a ela. As mulheres não poderão se emancipar enquanto essa estrutura permanecer intacta (GUTTING; FRASER, 2015).

Nota-se uma perpetuação da ausência de identidade das mulheres que realizam tarefas domésticas, em moldes semelhantes aos dos anos 60, época em que foi publicado o livro *Laços de Família*. A dona de casa não é considerada um sujeito autônomo, pertencente a si mesma, ela pertence à sua família. Diante disso, o reconhecimento social passou a ser alcançado por meio do trabalho, do ingresso da mulher no universo concorrencial e meritocrático, tradicionalmente destinado aos homens (LIPOVETSKY, 1997, p. 205-219).

Ante o exposto, faz-se necessário, primeiramente, que as mulheres que realizam trabalho doméstico enfrentem a “[...] questão da identidade e, principalmente, da constituição do sujeito de luta. E neste momento o reconhecimento não é apenas uma questão de justiça social, mas de autorreconhecimento, de autoestima e de luta pelo reconhecimento do outro” (PINTO, 2008, p. 45). Esse processo é caracterizado no conto “A imitação da rosa” por meio do momento epifânico vivido por Laura quando ela observa as rosas, as quais fazem com que ela relembre o seu passado, buscando romper com a ausência de identidade e de reconhecimento.

A partir disso abre-se a possibilidade para que as feministas militem no sentido de valorizar as atividades não remuneradas, descentralizando a identidade construída apenas com base no trabalho assalariado das mulheres. O que se defende não é a submissão da mulher ao marido, como chefe de família, mas sim o seu reconhecimento como sujeito de direitos que possui um trabalho que precisa ser respeitado.

Por conseguinte, essas mulheres que foram excluídas socialmente passam a se constituírem como promotoras da ação social por meio da sua construção como agentes e a participarem na condição de pares na esfera social. A paridade participatória deve ocorrer entre homens e mulheres e entre as mulheres que realizam trabalho assalariado e trabalho não remunerado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função pedagógica da arte é revelada no momento em que é possível verificar que os temas abordados pela literatura permanecem atuais e despertam o interesse dos indivíduos, alargando a sua interpretação.

Na presente pesquisa buscou-se discutir como o movimento feminista conseguirá assegurar os direitos e o respeito das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado e das que possuem dupla jornada, em decorrência da sua falta de reconhecimento, uma vez que ele sequer é visto como um trabalho pela sociedade e é quase que, exclusivamente, desempenhado por mulheres.

A ausência de reconhecimento foi abordada com base no conto “A imitação da rosa”, de Clarice Lispector, o qual foi publicado no livro *Laços de Família* em 1960, época em que as mulheres eram aconselhadas a assumirem performances apropriadas ao desempenho dos seus papéis femininos, a fim de manter as relações de gênero. Inserida nesse contexto, Laura, protagonista do conto, sofre um conflito interno, pois não mais quer se submeter às convenções exigidas pela sociedade. Ela não se reconhece e não é reconhecida como possuidora de uma identidade e como sujeito de direitos.

Muito embora vários anos tenham se passado desde a publicação desse conto e vários direitos tenham sido conquistados pelo movimento feminista, inclusive o direito ao trabalho da mulher, atualmente as tarefas domésticas permanecem não sendo respeitadas como exercício de um trabalho e não são objeto de luta pelas feministas.

Segundo Nancy Fraser, a segunda onda do movimento feminista subordinou a sua crítica radical ao neoliberalismo, uma vez que a crítica ao salário familiar foi substituída pela valorização da família de dois assalariados, não importando em que condições o trabalho é exercido. Dessa forma, o feminismo, atualmente, não é capaz nem de garantir a igualdade entre as mulheres.

Por esse motivo, é importante a conjugação da teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth com a da Nancy Fraser, a fim de tornar possível uma política identitária, ampliando as discussões referentes à visibilidade das mulheres que são donas de casa. É fundamental, portanto, que o reconhecimento parta das próprias mulheres, pois na medida em que os grupos despossuídos de direitos se autoconstituírem como carentes pela presença de um outro, por sua vez, constituído por muitos direitos, isso possibilitará alcançar uma igualdade participatória defendida por Fraser.

O neoliberalismo foi responsável por incluir novas temáticas no movimento feminista, permitindo uma interseção entre gênero, raça, sexualidade e nacionalidade, ao mesmo tempo em que alterou os seus ideais, valorizando apenas o trabalho remunerado. Ele delineou, sob o pretexto de crítica ao androcentrismo, uma armadilha para as mulheres. Elas têm de trabalhar mais horas, recebendo baixos salários e ainda possuem dupla jornada em casa, realizando tarefas (trabalhos) domésticas que não são reconhecidas pelas próprias mulheres, e tampouco pela sociedade.

Desse modo, o feminismo deve, na verdade, superar as estruturas de gênero presentes na sociedade, em especial a divisão entre trabalho produtivo assalariado, tradicionalmente destinado ao homem, e as tarefas ligadas ao “cuidado”, historicamente não remuneradas e associadas à mulher, ao invés de consolidar essa estrutura ao se preocupar apenas com o acesso das mulheres aos altos cargos corporativos. Somente assim será possível a emancipação das mulheres que realizam trabalho doméstico não remunerado.

6 REFERÊNCIAS

- BARBOSA, M. J. S. *Clarice Lispector: desafiando as teias da paixão*. Porto Alegre: EDIPCRS, 2001.
- CANDIDO, A. *Vários escritos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2011.
- COQUEIRO, W. S.; SEGATO, M. C. A identidade existencial feminina no conto “A imitação da rosa” de Clarice Lispector. *Revista Intertexto*, Uberaba, v. 5, n. 1, p.1-14, jan./jun. 2012.
- DEL PRIORE, M. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta, 2013.
- FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001. p. 245-282.
- FRASER, N. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações – Revista de Ciências Sociais [on-line]*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/media-coes/article/view/4505/3782>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- FRASER, N. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: BRUSCINI, C.; UNBEHAUM, S. G. (org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC; Editora 34, 2002. p. 61-78.
- FRASER, N. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova [on-line]*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452007000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jul. 2016.
- FRASER, N. Social justice in the age of indetify politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical Exchange*. Londres; Nova York: Verso, 2003. p. 7-109.
- GUTTING, G.; FRASER, N. A feminism where “lean in” means leaning on others. *The New York Times [on-line]*, Nova York, 15 out. 2015. Disponível em: http://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/10/15/a-feminism-where-leaning-in-means-leaning-on-others/?_r=2. Acesso em: 20 jul. 2016.
- HELENA, L. *Nem musa, nem medusa: itinerários da escrita em Clarice Lispector*. Niterói: EDUFF, 1997.
- HONNETH, A. *Lutas por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HONNETH, A. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, J.; MATTOS, P. (org.). *Teoria crítica no século XXI*. Pinheiros: Annablume, 2007. p. 79-93.
- LIPOVETSKY, G. *A terceira mulher: permanência e revolução do feminino*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- LISPECTOR, C. *Laços de Família*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- MATTOS, P. C. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablume, 2006.
- MOREIRA, N. C. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- PINSKY, C. B. *Mulheres dos anos dourados*. São Paulo: Contexto, 2014.
- PINTO, C. R. Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo cenário brasileiro. *Lua Nova [on-line]*, São Paulo, n. 74, p. 35-58, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452008000200003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19 jul. 2016.
- WOLF, N. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.249-262>

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Justiça Restaurativa a Partir do Pensamento de Immanuel Kant

Eluane de Lima Corrales

Advogada. Mestre do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Realiza pesquisas sobre Justiça Restaurativa Juvenil e áreas afins à criminalidade infanto-juvenil, com destaque no estudo de medidas preventivas e ressocializadoras. Possui interesse em Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Constitucional. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional. <http://lattes.cnpq.br/4203484134330173>. eluanecorrales@hotmail.com

Carla Bertoncini

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC, 2011). Mestre em Direito (2001) e Bacharela em Direito (1992) pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora-adjunta do curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp, Campus de Jacarezinho) e professora de Direito Civil (Direito de Família) das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8287398590266450>. bertoncinicarla@uol.com.br

RESUMO

Na atual sistemática apresentada pela justiça comum brasileira, observa-se que vítima e ofensor recebem um tratamento meramente formal por parte do Estado, não tendo suas necessidades psicológicas e emocionais atendidas, sendo tratadas apenas como objetos do sistema jurídico e não como pessoas que possuem razão e sentimentos. Nesse sentido, o presente artigo busca a resposta do seguinte questionamento: O que pode ser feito para que vítimas e ofensores possuam suas dignidades respeitadas no atual processo penal? A principal hipótese para a resolução de tal questionamento afirma que, conforme a concepção kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada. Mediante os métodos de pesquisa indutivo e qualitativo, com técnica de procedimento bibliográfico, conclui-se que as práticas restaurativas são essenciais para que a dignidade da pessoa humana seja realmente alcançada em resoluções de conflitos.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Princípio. Dignidade da pessoa humana. Immanuel Kant. Punição.

THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS A FOUNDATION OF RESTORATIVE JUSTICE WITHIN IMMANUEL KANT'S THOUGHT

ABSTRACT

In the current systematics presented by the Brazilian common justice, it is observed that the victim and offender receive a purely formal treatment by the State, not having their psychological and emotional needs met, being treated only as objects of the legal system and not as persons who are right and feelings. In this sense, the present article seeks to answer the following question: what can be done so that victims and offenders have their dignities respected in the current criminal process? The main hypothesis for solving this questioning is that according to the Kantian conception of Human Dignity, Restorative Justice could be used as an alternative or complementary method of conflict resolution so that such dignity can be achieved. Through the methods of inductive and qualitative research, with method of bibliographical procedure, it is concluded that restorative practices are essential so that the dignity of the human person is actually reached in resolutions of conflicts.

Keywords: Restorative justice. Principle. Dignity of human person. Immanuel Kant. Punishment.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Dignidade da Pessoa Humana: Histórico e Conceitos. 3 Justiça Restaurativa: Um Novo Olhar sobre a Pessoa Humana. 4 A Dignidade da Pessoa Humana Como Princípio da Justiça Restaurativa a Partir da Visão Kantiana. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 8/8/2018

Aceito em: 5/11/2019

1 INTRODUÇÃO

Durante toda a história da humanidade buscam-se mecanismos para que práticas de violências e crimes sejam coibidas, bem como há a incansável procura por meios eficazes para a aplicação de punição a todos aqueles que transgridam às regras existentes no ordenamento jurídico. Ocorre que os atuais meios de punição não estão atingindo tais finalidades, não possuindo nenhum caráter ressocializador ou preventivo.

Ademais, tais punições são verdadeiras evoluções dos antigos castigos, em que o caráter vingativo da pena fica apenas mascarado pela legalidade que envolve todo o sistema penal. A vítima é vista somente como mero objeto do processo, não possuindo nenhuma prerrogativa acerca de seus sentimentos e necessidades psicológicas. Já o ofensor é visto como um indivíduo que pode aguentar todos os males ocasionados pela pena que lhe é imposta, não recebendo nenhum atendimento diferenciado e humanitário que tenha como objetivo a sua ressocialização.

A partir de tais premissas, faz-se o seguinte questionamento: O que pode ser feito para que vítimas e ofensores possuam suas dignidades respeitadas no atual processo penal? A principal hipótese para a resolução de tal questionamento afirma que, conforme a concepção kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada. O objetivo geral da presente pesquisa é a análise da Dignidade da Pessoa Humana como princípio da Justiça Restaurativa, por meio da apresentação da construção histórica de seus variados sentidos, com enfoque na concepção do Filósofo Immanuel Kant.

O artigo apresenta-se sob os métodos de abordagem indutivo e qualitativo, com técnica de procedimento bibliográfico, na qual foi analisada a evolução histórica dos conceitos de dignidade humana mediante a apresentação da construção histórica de seus variados sentidos, com enfoque na concepção do filósofo Immanuel Kant. A partir de tal concepção, foi realizado um paralelo entre suas principais características e os fundamentos da Justiça Restaurativa, bem como a análise se tal modelo de resolução de conflitos oferece dignidade à vítima e ao ofensor.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: HISTÓRICO E CONCEITOS

A dignidade da pessoa humana possui extrema importância na seara constitucional, além de ser alicerce e base fundante dos direitos fundamentais. É elencada no Título I, artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual integra os fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, sendo um de seus princípios fundamentais, conforme observado, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político; (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, Vanessa De Biassio Mazzutti (2012, p. 38) ressalta que “a partir dessas premissas, vislumbra-se que a dignidade resta concebida como atributo intrínseco a qualquer pessoa humana, motivo pelo qual foi enquadrada como princípio constitucional absoluto na maioria das Constituições modernas [...]”. Na mesma linha, Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 71) aduz que “tal elemento é um dos princípios mais importantes de Direito e funciona como viga mestra ao ordenamento jurídico contemporâneo”, posto que todos os outros princípios, direitos e garantias fundamentais existentes são nele pautados.

Ademais, a dignidade também é expressa em diversos documentos internacionais. Como exemplo pode-se citar a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a qual já fazia menção à dignidade, em seu artigo 1º, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Acerca do assunto, Luís Roberto Barroso (2014, p. 29-30) elenca os diversos tratados e declarações existentes no Direito Internacional que fazem menção a este importante princípio:

Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), entre outros.

Conforme os ensinamentos de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63), o constituinte, ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, proporcionou a este princípio um caráter multidimensional, não apresentando a forma de mero direito subjetivo, mas, sim, condição de existência para todos os direitos fundamentais, os quais guardam íntima relação com a vida humana.

Ademais, partindo das premissas analisadas *a posteriori*, pode-se concluir que “a dignidade da pessoa humana consolida-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito” (GARCIA JÚNIOR, 2017, p. 142). Nesse sentido, cabe ao Estado a oferta de condições mínimas para a existência humana, proporcionando a todos a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (MAZZUTTI, 2012, p. 38). Ressalta-se, ainda, que em um Estado Democrático de Direito a dignidade humana deve ser vista como um direito inerente à humanidade, devendo sempre ser um objetivo a ser alcançado.

Desta forma, para que o amplo sentido de dignidade da pessoa humana seja atingido, faz-se necessário resgatar o contexto histórico em que tal princípio passou a existir, tornando-se integrante do âmbito jurídico. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se afirmar que a Dignidade da Pessoa Humana possui raízes ainda no pensamento clássico e nos ideais pautados no Cristianismo. Tal premissa não pode ser comprovada, porém possui fundamento no fato de existirem trechos bíblicos no Novo e no Antigo Testamentos, nos quais o ser humano é descrito como sendo a imagem e a semelhança de Deus e, por este fato, não pode ser visto ou transformado em objeto ou em um simples instrumento (SARLET, 2006, p. 29).

No que se refere ao pensamento desenvolvido na Antiguidade Clássica, não eram todos os homens que possuíam dignidade. Segundo o pensamento filosófico e político da época, a dignidade era medida conforme a classe social de cada indivíduo, posicionamento que muda com o advento do estoicismo. Nesse sentido, pontua Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 30):

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Durante a Idade Média, essas concepções de dignidade da pessoa humana continuaram sendo sustentadas. Luís Roberto Barroso (2014, p.13) explica que desde a Roma antiga até o Estado Liberal o conceito de dignidade era associado ao *status* pessoal de indivíduos ou à proeminência de instituições.

O citado autor, todavia, faz uma ressalva quanto à evolução histórica de tal princípio ao observar que o atual significado dado à dignidade da pessoa humana não poderia ser originário de um pensamento romano pautado na hierarquização e segregação de indivíduos. Ressalta, ainda, que os atuais conceitos empregados a tal princípio são provenientes de influências religiosas e filosóficas que ocorreram simultaneamente ao contexto histórico romano.

Tais influências religiosas e filosóficas levaram à construção de uma concepção que fundamentava a dignidade da pessoa humana no fato de o homem ser feito à imagem e semelhança de Deus, bem como em possuir a capacidade de tomar suas próprias decisões. A respeito do aspecto religioso, tem-se por ponto de partida o monoteísmo hebraico, no qual os pensamentos mais relevantes a respeito da dignidade humana eram encontrados na Bíblia Judaica. Tais pensamentos seriam, posteriormente, repetidos no Novo Testamento Cristão (BARROSO, 2014, p. 15).

Há, porém, que se ressaltar que muitos ideais defendidos pelo Cristianismo, como premissas de amor ao próximo, igualdade e solidariedade, nem sempre foram respeitados por esse segmento religioso, conforme lembrado pelos registros históricos, como nos casos das perseguições e dos cruéis castigos proporcionados aos hereges.

Como observado, durante toda a Idade Média a concepção de dignidade humana esteve pautada nos ideários religiosos. Já no período renascentista, Giovanni Picco della Mirandola destacou-se por afirmar que “sendo criatura de Deus, ao Homem [...] foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja” (SARLET, 2006, p. 32).

Conforme assevera Luís Roberto Barroso, em 1486 Giovanni Picco afasta a *ratio philosophica* da subordinação até então existente à *ratio theologica*. Tais pensamentos do “Conde de Mirandola” foram responsáveis pela proibição da circulação de suas teses, uma vez que a Inquisição as considerou heréticas (BARROSO, 2014, p. 17).

Fica claro, portanto, o caráter racional que o princípio da dignidade da pessoa humana começa a obter com o alvorecer do Renascimento. É com o jusnaturalismo, porém, que tal concepção fica totalmente desvinculada dos ideários cristãos. Nesse período, destacam-se os pensamentos de Samuel Pufendorf e Immanuel Kant.

Conforme descrito por Luís Roberto Barroso (2014, p. 17), o filósofo alemão Samuel Pufendorf foi “um precursor do Iluminismo e um pioneiro na concepção secular de dignidade humana, a qual ele fundou sobre a liberdade moral”. Com o alvorecer do Iluminismo, o nome que ganhou destaque em relação às análises realizadas acerca da dignidade humana foi o de Immanuel Kant.

Para Kant, no reino dos fins tudo possui um preço ou uma dignidade. O filósofo afirmava que quando uma coisa está acima de todo o preço, sendo insubstituível, possuiria, então, dignidade. Dessa forma, coisas possuem preço, já pessoas possuem um valor absoluto, chamado dignidade. Destarte, cada pessoa deve ser vista como sendo um fim em si mesma, detentora de dignidade, e não como coisas, as quais são utilizadas discricionariamente (BARROSO, 2014, p. 17).

Com seu Imperativo Categórico, o qual consiste em “uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim” (BARROSO, 2014, p. 71), Kant tratou o princípio da dignidade tendo em vista duas perspectivas: a substantiva e a formal. Oscar Vilhena Vieira (2006) explica esses posicionamentos através do olhar kantiano. Sob o aspecto substantivo, a dignidade é pautada no fato de que o homem deve ser visto enquanto fim em si mesmo. Dessa forma, sob essa ótica, o homem nunca pode ser tratado como um meio, sendo visto, apenas, como um objeto ou servindo para a simples concretização de outros objetivos.

Já pela visão formal, Kant remete a dignidade da pessoa humana ao fato de as pessoas terem como dever se tratarem com imparcialidade e respeito. Tal fato dá-se pela estreita relação com o aspecto substantivo, uma vez que, sendo um fim em si, todos os indivíduos devem ser mutuamente respeitados (VIEIRA, 2006, p. 67).

Neste sentido, pontua Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 65-66):

A ideia de dignidade humana, está, portanto, vinculada à nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões. Consultada nossa razão, como diria Rousseau, o ser humano pode conceber o que é certo e o que é errado, o que é moral do que é imoral, e seu livre arbítrio o habilitará a seguir um ou outro caminho. A autonomia é, assim, um pressuposto da moralidade.

Igualmente, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 33) salienta o pensamento racional kantiano ao afirmar que, para Kant, a dignidade da pessoa humana é encontrada apenas nos seres racionais, ou seja, somente naqueles que possuem capacidade de autodeterminação.

Sobre tal vertente, o citado autor faz uma crítica ao pensamento de Kant no sentido de que tal ideário racional, acerca da abrangência da dignidade, é muito antropocentrista, sendo o homem o único indivíduo a retê-la, ficando, assim, em uma posição de superioridade sobre os demais seres vivos que habitam nosso planeta.

Na atualidade, porém, tal pensamento é alvo de inúmeras teses e constitui um desafio a todos que defendem que a dignidade não é um atributo apenas dos seres dotados de racionalidade, mas, sim, de todos aqueles seres que possuem vida. Fato é que, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35), “de qualquer modo, incensurável, isto sim [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

No atual cenário brasileiro, no entanto, vem ocorrendo a constante banalização dos diversos sentidos que podem ser atribuídos à dignidade humana, os quais estão sendo utilizados indiscriminadamente como justificativa para diversos questionamentos. Neste sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 77) ressaltam que, em decorrência do constante uso do argumento da dignidade da pessoa humana de forma metodologicamente disciplinada e jurídico-dogmaticamente incorreta, o maior problema e risco é que um dos valores mais importantes e positivados pelo constituinte brasileiro seja grandemente desvalorizado quando bagatelizado.

Além disso, muitos autores fazem a distinção entre a dignidade humana e o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 374):

É também nesta perspectiva que há, de fato, como traçar uma distinção entre dignidade humana (aqui no sentido da dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral.

Cumpramos aqui ressaltar que os princípios jurídicos possuem significado diverso das regras, as quais podem ser subsumidas a situações fáticas predeterminadas. Os princípios dependem, acima de tudo, de serem concretizados. Consoante assevera Karl Larenz (1997, p. 599), é necessário realizar uma diferenciação dos graus de concretização dos princípios, posto que, “no grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ideia jurídica geral, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor”. O autor ressalta, ainda, que é nessa espécie que se encontra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Faz-se necessária, portanto, a observação do contexto de cada caso concreto no qual esse princípio será interpretado, para que possa ser aplicado em sua melhor acepção, de acordo com as peculiaridades de cada situação específica.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO OLHAR SOBRE A PESSOA HUMANA

O histórico das sanções penais, ao longo dos séculos, é diverso e regado com muita violência e dor. Nos primórdios das civilizações, as penas aplicadas eram extremamente cruéis e configuravam-se em vinganças privadas (BIANCHINI, 2012, p. 20).

Com a transição da vingança aplicada pelo particular para a vingança aplicada por um poder central, no entanto, a pena passou, apenas, a ser parte de um sistema punitivo, sendo caracterizada como um componente de um sistema judiciário e passando a ser aceita socialmente, porém não perdeu seu caráter vingativo, sendo esse apenas suavizado, pois não poderia ser aplicado por particulares.

Nesse sentido, assevera Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 1) que, apesar das atuais teorias sobre a pena e o Direito Penal, baseadas em estudos progressistas, no ponto de vista prático ainda apresenta conotações arcaicas, possuindo forte influência da vingança e do castigo por intermédio de um aspecto mítico cultural. Tais elementos impedem que a pena possa atingir as suas finalidades de prevenção e de socialização.

Mesmo, porém, diante de um sistema judicial que dá destaque ao sistema punitivo retributivo, é inegável o avanço em relação ao sistema penal observado em um passado não muito distante, bem como na própria realidade vivenciada nos dias atuais no Brasil. Mesmo, todavia, não sendo constituído por meios atroz de punição, ainda há, em nosso sistema penal, resquícios de um passado violento, fato que faz com que a pena seja sempre vista como um castigo. Por esse motivo, dificilmente o sistema conseguirá alcançar seu objetivo, pois nesse processo de punição sempre haverá a presença da violência bem como o caráter de vingança.

Segundo Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 72), “o Estado tem o poder e o dever de estruturar o sistema judiciário [...] e instituir mecanismos que não atinjam a dignidade de seus cidadãos envolvidos no conflito e que, muito menos, os submetam a um tratamento desumano ou degradante”. Ademais, no atual sistema retributivo tanto a vítima quanto o ofensor possuem suas dignidades violadas, mesmo com o sistema penal sendo “calcado nos mesmos princípios basilares que formam o Estado nacional e que têm como principal finalidade e fundamento a dignidade da pessoa humana” (BIANCHINI, 2012, p. 77).

Nesse cenário, o ofensor possui sua dignidade violada ao ser exposto a um sistema prisional degradante, superlotado, sem as mínimas condições da ocorrência de um processo de ressocialização adequado. Já a vítima, por ser vista como um mero objeto necessário para a movimentação do processo penal, é tratada sem o mínimo cuidado psicológico. Sobre essas divergências que ocorrem entre a teoria e a prática, Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 80) assevera:

Uma sociedade que prima pela dignidade do ser humano e por princípios máximos norteadores do direito não pode mudar seus valores diante da agressão. Não há mutabilidade dos princípios de acordo com o criminoso ou de acordo com a sua moral. Eles subsistem independentemente de quem recebe a luz de sua projeção.

Ainda sobre o tratamento despendido às partes que compõem a lide, Vanessa De Biasio Mazzutti (2012, p. 90) realiza uma análise na qual ressalta o atual papel que a vítima e o ofensor possuem no sistema penal brasileiro. Para a autora, a vítima não possui o *status* de protagonista na solução do crime, posição essa que é ocupada pelo Estado. Em consequência desse tratamento, há cada vez mais a ocorrência de desamparo às partes, em que tanto vítima quanto ofensor possuem seus direitos fundamentais desrespeitados dentro da relação jurídica.

A Justiça Restaurativa, ainda, configura-se em uma prática nova no Brasil, possuindo suas origens na Nova Zelândia, onde surgiu como fruto de uma tradição da Tribo Aborígine Maori, a qual tinha, como costume, a reunião da família e da comunidade para a resolução dos conflitos que ocorriam entre eles (LEAL, 2014, p. 54). Nos Estados Unidos e na Europa tal prática foi recriada nas décadas de 70 e 80 do século 20. Com a aplicação da Justiça Restaurativa nesses países, houve a observação de uma notável eficácia na resolução dos conflitos.

A Justiça Restaurativa, contudo, não pode ser vista como uma solução que substituirá o sistema penal existente, pois não é a resposta para todas as situações conflituosas. Nesse sentido, Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 179) esclarece que a justiça restaurativa não existe para eliminar ou substituir a função do Estado. Ademais, a inafastabilidade da justiça é fundamental no Estado Democrático de Direito.

De acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015, p. 428), a fonte que autoriza a execução dos projetos de Justiça Restaurativa apresentados no Brasil é o Relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Ilanud), em que se contempla a definição de Justiça Restaurativa estabelecida pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Tal definição é dada pela Resolução nº 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU – o Ecosoc. Conforme os ensinamentos de Leonardo Sica (2009, p. 423), essa Resolução aborda temas como princípios da Justiça Restaurativa, bem como as diversas formas em que ela pode ser aplicada em cada ordenamento jurídico, sendo adaptável e compatível a todos.

No Brasil, em 31 de maio de 2016 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – aprovou a Resolução n. 225, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O principal objetivo é que as práticas restaurativas sejam incentivadas e cada vez mais aplicadas em diversos tipos de conflitos, podendo ser postas em prática conjuntamente com outros tipos de penalizações.

Raquel Tiveron (2014, p. 379), entretanto, aponta o problema da inexistência de legislação específica no Brasil que englobe a temática. Dessa maneira, a aplicação da Justiça Restaurativa fica restrita aos conflitos que podem ser solucionados por meio da justiça consensual. Possui, portanto, possibilidade de aplicação nos Juizados Especiais Criminais, bem como em conflitos que envolvem a prática de atos infracionais.

O encontro é realizado entre vítima, ofensor e outras pessoas relevantes ao caso, no qual todas terão a oportunidade de trocar informações, realizarem questionamentos e reflexões, bem como colocarem-se umas nos lugares das outras e tentar imaginar o que é viver a experiência tanto de praticar o ato violento e viver suas motivações quanto de recebê-lo. Tal encontro será realizado por um mediador, também chamado de facilitador, o qual irá promover o encontro e conduzir as trocas de informações (GIAMBERARDINO; ZILLOTTO, 2015, p. 39).

Quanto à inclusão ou participação, é estabelecida uma condição de paridade entre as partes, na qual vítima, ofensor e comunidade constituem um triângulo, prevalecendo um ambiente de diálogo e respeito para a busca da justiça (LEAL, 2014, p. 55). Dessa forma, é outorgada às partes uma participação ativa e concreta para a resolução do conflito.

É nesse cenário que surge a reflexão: Hoje, a vítima e o ofensor recebem um tratamento compatível com o conceito e o conteúdo mínimo pertinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana? Ao analisar a ideologia empregada pelo atual sistema de justiça, observa-se que os sujeitos que compõem o Judiciário não tratam vítima nem ofensor como pessoas que possuem fins em si mesmos, mas, sim, como objetos de um sistema que busca ganhadores e perdedores em detrimento da efetiva busca pela justiça. Tal resultado, contudo, pode ser diferente com a aplicação da Justiça Restaurativa.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DA VISÃO KANTIANA

Conforme a visão de Kant, a dignidade da pessoa humana é fundamentada no fato de a pessoa ser considerada um fim em si mesma e não um mero objeto. Nessa seara, observa-se que os indivíduos não estão recebendo esse tipo de tratamento por parte do atual direito penal, o qual trata tanto o ofensor quanto a vítima como meras peças de um processo que possui uma finalidade totalmente estatal.

Nesse sentido, assim observa Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 68) sobre a visão kantiana a respeito da violação do princípio da dignidade da pessoa humana:

Se todas as pessoas são um fim em si, todas devem ser respeitadas. E ser “fim em si” significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos. Essa noção de imparcialidade impõe que as pessoas se tratem com reciprocidade não apenas como uma medida de prudência, mas como um imperativo derivado da assunção de que o outro tem mesmo valor que atribuo a mim mesmo – portanto, é merecedor do mesmo respeito. A reciprocidade derivada do princípio da dignidade humana não pode, assim, ser confundida com a reciprocidade instrumental, que aparece de forma mais clara no contrato hobbesiano, onde eu o respeito apenas porque eu espero que você me respeite, e isso é extremamente conveniente para mim.

Ademais, conforme descreve Iran Chaves Garcia Júnior (2017, p. 141), “sob a perspectiva de pensadores como Immanuel Kant, a concepção de dignidade da pessoa humana fundamenta-se de forma sólida e prevalece no pensamento filosófico atual”. Considerando tais reflexões, pode-se, então, realizar um paralelo entre o conceito atribuído à dignidade da pessoa humana a partir de Kant – o qual é o mais aceito na contemporaneidade – com os valores atribuídos à uma nova forma de resolução de conflitos: A Justiça Restaurativa.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant expressa sua preocupação acerca do entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, esboçando o que, mais tarde, seria compreendido como um dos conceitos deste elementar princípio:

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se meio (2007, p. 67).

Kant desenvolve, contudo, um conceito de dignidade humana pautado na racionalidade, pela qual percebe que o ser humano deve sempre ser considerado um fim em si mesmo, regido pela autonomia da vontade, tendo em vista não ser utilitário. Nas palavras de Kant (2007, p. 77), “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Conforme as observações de Michael J. Sandel (2012, p. 155-156), a concepção de dignidade humana abordada por Kant é proposta em decorrência da razão, do respeito à humanidade e da capacidade racional, a qual é inerente ao ser humano. Diferencia, portanto, o respeito das outras formas de relações humanas, como o amor, a empatia e a solidariedade.

Partindo dessas premissas, pode-se observar a intrínseca relação existente entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os valores das práticas restaurativas, acentuando-se as divergências existentes com o sistema penal retributivo. Conforme destaca Howard Zehr (2008, p. 74), “a justiça retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor”.

No mesmo sentido, ressalta Raffaella Pallamolla (2009, p. 46): “o direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da ‘proteção de bens jurídicos’ desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação”.

Já sob o olhar restaurativo, Howard Zehr (2008, p. 74) explica que “a lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais”. Dessa forma, ressalta que o crime é uma violação de pessoas e, também, de sentimentos, portanto as necessidades básicas inerentes à pessoa humana devem ser consideradas nesse processo de responsabilização pelo dano ocasionado.

Dessa forma, observa-se que, para o atual Direito Penal, tanto vítima quanto ofensor são tratados como objetos de uma lide, não havendo a mínima consideração por seus sentimentos e necessidades. Já para a Justiça Restaurativa, pode inclusive ser empregada a máxima já defendida por Kant ao afirmar que “a pessoa não pode ser tratada, nem por outra pessoa nem por si mesma, meramente como meio” (CORDEIRO, 2012, p. 66).

Para que tal objetivo possa ser alcançado, a Justiça Restaurativa pode ser um instrumento para que ocorra a real efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Processo Penal, o qual, teoricamente, já existe, mas pode alcançar resultados mais reais e satisfatórios.

Sobre a realidade que o ofensor encontra durante o seu processo de punição imposta pelo Estado, Howard Zehr (2008, p. 37) tece as seguintes considerações:

Todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal. De fato, o foco de todo o ambiente é a obediência e o aprendizado de aceitar ordens. Numa situação assim a pessoa tem poucas escolhas. Ele ou ela talvez aprendam a obedecer, a ser submissos, e essa é a reação que o sistema prisional incentiva. Mas é justamente a reação que menos propiciará uma transição bem sucedida para a liberdade da vida lá fora.

Com os valores restaurativos, tanto vítima quanto ofensor possuem um tratamento enquanto indivíduos que compõe fins em si mesmos e não meros objetos. Possuem suas dignidades preservadas ao serem tratados de maneira pessoal, tendo suas histórias resgatadas, ouvidas e transformadas. A vítima também possui um papel de destaque, não sendo apenas ouvida como mera informante de fatos, mas, sim, tendo seus sentimentos e traumas considerados, tratados, tendo inclusive voz ativa para conversar com o ofensor e tentar compreender a origem do conflito.

Outro aspecto que possui grande relação entre a Justiça Restaurativa e a teoria kantiana acerca da dignidade da pessoa humana é a autonomia da vontade. A Justiça Restaurativa possui vários princípios, os quais podem ser encontrados no artigo 2º da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (2017), sendo eles a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

O princípio da voluntariedade é pautado na premissa de que as partes devem demonstrar a vontade própria em participar da prática restaurativa. Além de constituir um dos elementos para a efetividade do círculo restaurativo, pode-se atribuir a esse caráter voluntário o fato de que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que determine, formalmente, o procedimento restaurativo como um devido processo legal (PINTO, 2005, p. 33). A atuação dos envolvidos demanda a inexistência de qualquer forma de coação, devendo ser precedida de esclarecimentos sobre as formas de atuação da Justiça Restaurativa (BIANCHINI, 2012, p. 118).

A partir dessas considerações sobre o Princípio da Voluntariedade aplicado à Justiça Restaurativa, pode-se, então, realizar a comparação à outra formulação do Imperativo Categórico de Immanuel Kant, a qual trata da autonomia da vontade. A partir desse pensamento, Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 67) pondera que, para Kant, não existe dignidade sem autonomia, e que somente há autonomia quando o indivíduo se submete à lei da qual ele é o criador. Desta forma, a dignidade do ser racional está na capacidade de criar as leis que regem a sociedade, bem como na possibilidade de obedecer estas leis.

É importante ressaltar, portanto, que, na visão de Kant, a autonomia só existe quando a vontade do sujeito é exercida, o que pode ser observado na participação e na concretização do processo restaurativo, no qual o sujeito possui a autonomia necessária para externar a sua vontade positiva ou negativa em participar de um círculo restaurativo para a composição do conflito.

O último aspecto comparativo a ser observado entre a teoria Kantiana e a Justiça Restaurativa é a dimensão comunitária vislumbrada na filosofia de Kant (CORDEIRO, 2012, p. 67). Destarte, o tripé do diálogo restaurativo é formado pela vítima, pelo ofensor e pela comunidade. Essa última, constitui o terceiro pilar do processo de restauração.

César Barros Leal (2014, p. 229) salienta que o papel da comunidade é decisivo, e reconhece que ao final do conflito a comunidade deverá atuar para que a vítima tenha uma efetiva restauração, bem como operar para a reintegração do ofensor. Isso, porém, não irá significar que a conduta delituosa foi esquecida, mas, sim, que ela foi transformada à luz da Justiça Restaurativa.

Na construção realizada por Kant acerca do aspecto comunitário da Dignidade da Pessoa Humana, conforme comenta Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 61), sempre houve a ideia de um sentimento de dever de respeito perante os outros membros que compõem a comunidade; ademais “pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas”.

Tal abrangência comunitária da dignidade humana pode também ser vista como um elemento de restrição ou de heteronomia representando a sociedade, tendo em vista que as relações estabelecidas entre os indivíduos constituem os contornos da dignidade humana (BARROSO, 2014, p. 87).

Diante das considerações expostas, tem-se, portanto, a correlação entre a faceta comunitária da dignidade humana e um dos elementos da Justiça Restaurativa. A comunidade, como tripé do processo restaurativo, possui fundamental importância no processo de reintegração social do ofensor, bem como possui papel essencial para a constatação das motivações das práticas delituosas, podendo, assim, exercer um papel preventivo, objetivando a não realização de atos infracionais e crimes, bem como a não reincidência.

5 CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo foi possível concluir que o conceito de Dignidade da Pessoa Humana passou por grandes transformações e evoluções ao longo da história da humanidade e, contemporaneamente, possui sua essência pautada na concepção de Immanuel Kant, o qual propôs que nenhuma pessoa pode ser considerada como um objeto. Ademais, para tal filósofo, para que uma pessoa tenha dignidade faz-se necessário que ela seja considerada como um fim em si mesma.

Com isso, objetiva-se a análise no que se refere à efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na aplicação de penas e na condução do processo penal no atual sistema jurídico criminal brasileiro. Conclui-se, contudo, que, com a atual abordagem realizada pela justiça comum, os sujeitos do processo não possuem suas dignidades respeitadas, sendo tratados como meros objetos, os quais são utilizados para que uma resposta seja oferecida à sociedade e não para eles mesmos, os quais são os mais interessados e afetados pelo conflito.

Destarte, o renascer de um antigo método de resoluções de conflitos pode auxiliar na busca pela efetivação da dignidade humana na justiça comum. A Justiça Restaurativa trata os sujeitos do processo como pessoas, preocupando-se com suas necessidades pessoais, emoções e sentimentos. Mediante a fomentação do diálogo e da responsabilização, as práticas restaurativas buscam respostas que vítimas nunca tiveram; já para os ofensores, proporcionam espaços de reflexão e conscientização jamais proporcionados pela justiça comum.

A Justiça Restaurativa não irá substituir a justiça tradicional, porém poderá ser aplicada de forma complementar. Para que isso ocorra, em primeiro lugar, é necessário que haja o envolvimento de todos os sujeitos do processo, bem como de todos os envolvidos na execução dos projetos piloto de Justiça Restaurativa.

Assim, percebe-se que a resolução dos conflitos por meio da aplicação complementar da Justiça Restaurativa irá proporcionar maior humanização do processo, buscando a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Entende-se, dessa forma, que a resposta dada à situação-problema deste artigo é capaz de oferecer a solução ao questionamento realizado. Desse modo, conforme a concepção kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um método alternativo ou complementar de resoluções de conflitos para que tal dignidade possa ser alcançada.

6 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. *Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 1º ago. 2017.
- CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- GARCIA JÚNIOR, Iran Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 31, n. 1, jan./abr. 2017.
- GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; ZILIO, Flávia Palmieri de Oliveira. *Justiça restaurativa e a socioeducação*. Paraná: Cadernos de Socioeducação; Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, César Barros. *Justiça restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: Ibccrim, 2009.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: MJ; PNUD, 2005.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Indo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 9, Jan./jun. 2007.
- SARLET, Indo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 12, p. 411-447, jan./jun. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28064/bases_para_modelo_brasileiro.pdf. Acesso em: 16 jul. 2017.
- TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: The-saurus, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.263-286>

A Reincidência Criminal em uma Abordagem Fenomenológica: Um Estudo na Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande

Antonio Pereira Cardoso da Silva Filho

Graduado em Geografia pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e doutorando em Geografia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Atuação em pesquisas na área de Geografia, especificamente na Geografia da saúde e questões metodológicas. Possui interesse em discussões envolvendo filosofia do conhecimento e epistemologia da Geografia. <http://lattes.cnpq.br/8366285233864172>. antoniocardosof@gmail.com

Tiago de Oliveira Melo

Bacharel em Direito pelo Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos. Atua como advogado e desenvolve pesquisas na área de Direitos Humanos, Direito Penal e Desenvolvimento, especificamente sobre violência doméstica contra mulher. Possui interesse em pesquisas interdisciplinares e metodologia do trabalho científico. <http://lattes.cnpq.br/9627538830436361>. tiagooliveirajusal@gmail.com

Bruno César Cadé

Professor de Graduação do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos (Cesrei – PB). Professor de Pós-Graduação na disciplina de Execução Penal. Coordenador da Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Escola Superior de Advocacia do Estado da Paraíba – Cesrei – PB. Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Campina Grande-PB. <http://lattes.cnpq.br/5436436364826189>. bruno.c.cade@gmail.com

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar os fatores inibidores e propulsores da reincidência criminal nos discursos da sociedade civil e dos apenados reincidentes da Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB. Para tanto, foram adotados os seguintes procedimentos: caracterização do ambiente de estudo; levantamento documental; aplicação de questionários. No que se refere à percepção do apenado, foram destacados como propulsores: condições do presídio, convívio com criminosos, falta de emprego, falta de políticas do governo, dependência e tráfico de drogas, nenhuma condição financeira, falta de apoio da sociedade, preconceito e revolta pela lentidão do processo. Já como fatores inibidores, estes ressaltaram: relação familiar, possibilidade de emprego, sentimento de insegurança física e mental, inimizades dentro do presídio, situação de encarceramento e condições do local. Quando comparados os discursos destes sujeitos com os da sociedade civil, coincidem como propulsores: o preconceito, a falta de emprego, a dependência de substâncias psicoativas, as políticas de ressocialização, as condições do presídio e o convívio com outros criminosos. Vale ressaltar que as características pessoais do apenado, a ausência de Deus e de perspectivas foram propulsores indicados apenas pela sociedade civil. No que respeita aos aspectos inibidores, o único elemento coincidente entre os dois discursos foi a possibilidade de emprego.

Palavras-chave: Reincidência criminal. Percepção social. Fenomenologia. Direito. Campina Grande-PB.

THE CRIMINAL RECIDIVISM ON A PHENOMENOLOGICAL APPROACH: A STUDY AT PENITENCIÁRIA PADRÃO REGIONAL OF CAMPINA GRANDE

ABSTRACT

This research aims to analyze the increasing and decreasing factors of recidivism in the discourse of civil society and recidivist convicts of Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB. Therefore, the following procedures were adopted: characterization of the learning environment; documentary survey; questionnaires. Regarding the perception of the convict, there were highlighted as propulsor: the prison conditions, contact with criminals, lack of jobs, lack of government policies, drugs dependence and trafficking, no financial condition, lack of society support, prejudice and revolt by the slow process. Yet as inhibiting factors, they emphasized: family relationship, possibility of employment, sense of physical and mental insecurity, enmities inside the prison, incarceration situation and prison condition. Moreover, when compared the speeches of those individuals with civil society coincide as prejudice upgraders, lack of jobs, the psychoactive substance dependence, resocialization policies, the prison conditions and the association with other criminals. It is noteworthy that the convict personal characteristics, the God absence and lack of perspectives were stimulated factors indicated only by civil society. In reference of inhibitors aspects, the only common component between the two speeches was the possibility of employment.

Keywords: Criminal recidivism. Social perception. Phenomenology. Law. Campina Grande-PB.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Ciência Jurídica e os Métodos Científicos: Uma Aproximação Necessária Para a Prática das Pesquisas em Direito. 2.1 A Fenomenologia Existencialista de Sartre e os Estudos do Direito. 2.2 Uma Concepção Normativa e Fenomenológica da Reincidência Criminal. 3 Percurso de Investigação. 3.1 Caracterização do Ambiente de Estudo. 3.2 Levantamento Documental. 4 Os Inibidores e Propulsores da Reincidência Criminal: Os Discursos da Sociedade e dos Apenados Reincidentes em Foco. 4.1 Os Reincidentes da Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB. 4.2 A Reincidência Criminal na Percepção da Sociedade Civil. 4.3 A Reincidência Criminal na Percepção dos Apenados Reincidentes. 4.4 Visões Acerca dos Propulsores e Inibidores da Reincidência: Oposições e Complementaridades. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

Recebido em: 9/5/2018

Aceito em: 5/11/2019

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa parte do interesse em compreender a reincidência criminal de maneira menos fragmentada e disciplinar, reconhecendo tanto os aspectos normativos quanto os sociais que caracterizam este fenômeno na realidade brasileira. Não se trata aqui de um estudo analítico e dogmático acerca da reincidência, mas de uma tentativa, dentro de um plano empírico e fenomenológico existencialista, de investigar os inibidores e propulsores da reincidência criminal.

Inicialmente, quando se fala em reincidência criminal, destaca-se a grande quantidade de pessoas que voltam a infringir as normas penais mesmo depois de experienciar uma situação de encarceramento em instituições prisionais no Brasil. Este contexto, em tese, é associado na doutrina e na literatura, em geral, a vários fatores, entre os quais destacam-se a incapacidade de ressocialização do apenado graças à falência do sistema prisional, as inúmeras condições de desigualdade e iniquidade social que colocam alguns grupos de indivíduos em condições de risco e vulnerabilidade social, além da própria estigmatização da sociedade com o apenado.

Diante da complexidade destas discussões, percebe-se a formação de uma arena na qual a responsabilidade pelo constante aumento da reincidência criminal é vinculada em diferentes proporções ora ao Estado, ora especificamente ao sistema prisional, ora à sociedade. No que respeita ao Estado, fala-se do não atendimento das necessidades básicas como educação e moradia, o que colocaria determinado grupo em situação de vulnerabilidade ao crime no processo de socialização e ressocialização. Já o sistema prisional, como uma instituição do Estado, é reconhecido pela ineficácia quanto ao processo de recuperação do apenado, sobretudo pela falta de estrutura. A sociedade insere-se nesta ótica a partir da construção de ideias e práticas, muitas vezes, caracterizadas pela segregação e discriminação sustentadas em um sistema cultural segregador, desconsiderando parcelas populacionais em seus contextos sociais específicos, como é o caso do ex-presidiário.

Assim, compreender até que ponto estas diferentes dimensões da estrutura social podem inibir e promover a reincidência criminal se constitui um desafio teórico e prático, principalmente pela diversidade de elementos que explicam este fenômeno. Em primeiro lugar, esta busca possibilita pensar na estruturação de políticas públicas e normas jurídicas de reinserção social que considerem a complexidade da realidade, atentando para todo o processo que corrobora a prática do crime, uma ou mais vezes, e o cumprimento da pena. Essa percepção foge de um pensamento positivo do Direito e apresenta grande potencial para a formulação de novas ideias e perspectivas de estudos transdisciplinares no campo jurídico, extremamente importante para o progresso do conhecimento na área.

O desenvolvimento deste tipo de pesquisa pode favorecer a ampliação de um olhar menos unilateral para se discutir a questão da reincidência criminal na medida em que se preocupa com a análise de diferentes discursos e das dimensões, objetivas e subjetivas, que envolvem a questão. É nesse cenário que passa a ser importante analisar como os diferentes atores sociais compreendem a reincidência criminal, especialmente por meio dos fatores inibidores e propulsores para a sua efetivação. Logo, surgem alguns questionamentos norteados

res para esta pesquisa, entre os quais se destacam: Quais os fatores propulsores e inibidores da reincidência criminal na percepção do próprio reincidente? E da sociedade civil? Como as condições do sistema prisional são evidenciadas nesses discursos?

Assim, esta pesquisa tem como objetivo analisar os fatores inibidores e propulsores da reincidência criminal nos discursos da sociedade civil e dos apenados reincidentes da Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande – PB (PPRCG), especificamente identificando o quantitativo de reincidentes da PPRCG; compreendendo como estes apenados percebem os fatores que inibem e promovem sua situação de reincidente e avaliando os aspectos que a população destaca como os mais propulsores e inibidores da reincidência criminal.

Trata-se de uma pesquisa de abordagem quali-quantitativa. Utilizaram-se diferentes técnicas de coleta de informação e dados, como o levantamento documental e a aplicação de questionários, além da análise de conteúdo. Buscando atender aos objetivos traçados, foi viabilizado um longo trabalho de campo para a coleta de informações e dados tanto dos apenados reincidentes quanto da sociedade civil a partir de critérios preestabelecidos.

Ademais, este documento encontra-se dividido em três etapas, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira são tratados os parâmetros teórico-metodológicos que guiaram a elaboração deste trabalho, além dos fatores normativos e fenomênicos que envolvem o instituto da reincidência criminal. Já a segunda etapa consiste na descrição dos critérios, técnicas de coleta de informação e dados, além do procedimento de análise utilizado com base no trabalho de campo. Por fim, a terceira e última etapa apresenta os resultados quanto aos discursos da sociedade civil e dos reincidentes acerca dos fatores inibidores e propulsores da reincidência criminal.

2 A CIÊNCIA JURÍDICA E OS MÉTODOS CIENTÍFICOS: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA PARA A PRÁTICA DAS PESQUISAS EM DIREITO

Há séculos várias doutrinas e teorias filosóficas vêm influenciando o desenvolvimento da ciência em suas mais variadas áreas. Esta questão nos coloca diante de uma gama de possibilidades distintas de visualizar um mesmo fato, dependendo da abordagem positivista, idealista ou crítica que se decide adotar como forma de apreender tal realidade.

A este processo que possibilita, além de uma simples visualização, uma forma de mensurar, analisar e interpretar a realidade vivida, tratamos nesta pesquisa por método. Baseado no uso da razão, o método é caracterizado no século 17, inicialmente por René Descartes, a partir de uma universalidade na sua aplicação em todas as áreas. Pautado no rigor matemático, este importante filósofo da modernidade consolida uma visão integrada à racionalização e no conseqüente distanciamento dos sentidos e interpretações subjetivas na compreensão das coisas (DESCARTES, 1985).

Na ciência jurídica, este pensamento teve grande adesão e importantes desdobramentos. As bases do Direito moderno, nessa perspectiva, mostram-se fortemente alimentadas por um legalismo positivista que, entre outras características, acabava por resumir o Direito à lei. Esta questão, na atualidade, apresenta grande relevância entre os pensadores do Direito, suas críticas à tecnicidade e ao campo de atuação desta ciência (CLÈVE, 2001).

Nesse contexto, quando se pensa no neopositivismo do século 20 aplicado ao Direito, não há como deixar de recorrer ao pensamento de Hans Kelsen. Este autor, acreditando haver uma confusão entre política e Direito, assegurava que a subordinação do Direito a ideologias acabava inviabilizando o desenvolvimento científico deste ramo do conhecimento. A neutralidade, assim, deveria ser um pressuposto norteador para os estudos jurídicos (BOBBIO, 1995). Ademais, como afirmava Kelsen (1997), a preocupação do Direito deveria ser exclusivamente com as questões da normatividade, destacando que nesse momento, inclusive a própria hermenêutica jurídica deveria abandonar seu caráter idealista. A principal contribuição deste autor diz respeito à elaboração da Teoria Pura do Direito, distanciando-se da compreensão do Direito como fato social, sustentando uma base para o aprimoramento de uma ciência positiva.

Costa (2008), a partir de sua tese de Doutorado na área do Direito, avalia momentos históricos anteriores à construção moderna do Direito e a influência dos métodos no desenvolvimento desta ciência. De acordo com o autor, a necessidade de descrever a realidade foi ultrapassada pela necessidade de interpretá-la, inicialmente por estruturas universais e invariáveis, de modo que a hermenêutica, nesse contexto positivo, era vista apenas como uma metodologia em busca de sentido verdadeiro e perceptível ao homem.

Vários filósofos modernos, no entanto, dedicaram grande parte da sua contribuição intelectual à discussão de uma hermenêutica e fenomenologia mais integrativa, entre a realidade concreta e a sua interpretação, especialmente em um contexto cultural e historicamente construído. Heidegger (2002), no século 19, representando uma corrente filosófica existencialista, afirmava que o ser era determinado pelo onde, logo toda a capacidade interpretativa do sujeito era comprometida com o seu modo de ser no mundo, variando em cada lugar e tempo, destacando-se as inúmeras especificidades dos sujeitos na leitura do que é a própria realidade.

No século 20, Sartre (1987) propõe uma discussão, que também corrobora esse esforço teórico, de compreender a realidade a partir de concepções objetivas e subjetivas. Este filósofo reconhece que os processos objetivos da evolução social se impõem a todos os homens, porém com diferentes reflexos. Pelo fato de a existência prescindir a essência, cabe ao homem e as suas escolhas construir sua própria essência. Este autor representa uma significativa contribuição não só ao pensamento hermenêutico, mas também ao método fenomenológico que trataremos posteriormente neste trabalho.

Partindo desse pressuposto, cabe pontuar a diferença entre hermenêutica e fenomenologia. Mesmo reconhecendo a complexidade que envolve esta discussão teórica e filosófica, nos arriscaremos em uma tentativa de simplificação, que reconhece a hermenêutica como uma disciplina filosófica comprometida com a compreensão e posterior interpretação, e a fenomenologia como método científico. Assim, a hermenêutica refere-se à disciplina que busca o sentido das coisas, reconhecendo uma visão de mundo própria de um sujeito carregado de características, integrando o que compreende daquilo que é compreendido (BRITO *et al.*, 2007).

Já a fenomenologia, destacando a perspectiva de Sartre (2000), corresponde ao método científico embasado no entendimento do que ele denomina de Para-si e em Em-si, de modo que o primeiro, a consciência, limita-se a tornar as características do segundo, o mundo, conhecido. Chega-se assim, à ideia de ser-no-mundo, concretizando a relação teórica in-

dissociada entre a consciência e o mundo. Logo, a fenomenologia trata-se de um método por apresentar os seus elementos constituintes e propor uma visão de mundo com suas correspondentes teorias, doutrinas, leis, conceitos e categorias.

Minayo (2004) afirma que a hermenêutica e a fenomenologia integram-se mutuamente, apesar das correspondentes distinções. Esse reconhecimento só é possível graças a profundas transformações nas bases teóricas que orientavam a própria fenomenologia. É importante destacar que, apesar de reconhecer todas as contribuições de Husserl (2001) como pioneiro da fenomenologia para além do pensamento metafísico, de uma fenomenologia hermenêutica, estamos considerando a concepção deste método desenvolvida, especialmente, por Sartre. Logo, ainda de acordo com Minayo (2004), enquanto a hermenêutica busca a compreensão e interpretação, a fenomenologia possibilita a apreensão dos fenômenos e dos fatos tais como eles são constatados na realidade empírica, de modo que não há como interpretar e compreender os processos de maneira isolada desses fenômenos.

Historicamente a hermenêutica associou-se à compreensão e interpretação de textos. Segundo Grodin (1999), tal abordagem assume-se como uma doutrina capaz de garantir procedimentos competentes de interpretação, com sua natureza sendo predominantemente técnica e normativa. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica ganha grande destaque, sobretudo pelo desafio na compreensão, interpretação e aplicação das leis a partir de várias escolas do pensamento jurídico, porém as pesquisas empíricas de abordagem qualitativa levantam uma série de outras necessidades que precisam ser providas por meio de outros padrões de investigação. Assim, a fenomenologia revela-se uma importante alternativa teórico-metodológica no campo do Direito por apresentar uma condição ao pesquisador de avançar para além da norma, sendo evidenciados os problemas do Direito no tempo e no espaço, no universo empírico.

É importante ressaltar que as possibilidades não se esgotam ao que foi apresentado até então. A dialética, ou o materialismo histórico-dialético como método científico, também possui grande importância em meio aos debates e pesquisas científicas em Direito. Costa e Coelho (2017) em uma análise sobre a dialética, ideologia e historicidade revelam a possibilidade, por meio do método dialético, de integrar concepções, *a priori*, conflitantes em uma mesma compreensão da realidade menos fragmentada e desarticulada. Nesse sentido, deve-se destacar sempre pontos de referência capazes de avaliar a legitimidade do Direito, bem como ampliar uma *práxis* socialmente crítica e comprometida com a promoção da Justiça. Este pensamento, em síntese, traz uma série de transformações tanto no campo da legislação e aplicação da lei quanto na pesquisa científica em si.

A compreensão destes contextos é substancial para o aprimoramento da prática de pesquisa em Direito, de modo que, na ciência jurídica, é amplamente reconhecida a necessidade de trabalhar de maneira mais integrada os conhecimentos jurídicos específicos da área do Direito com os métodos e a Teoria do Conhecimento, especialmente na formação dos alunos de Graduação e Pós-Graduação, constituindo-se este um dos mais importantes desafios para a produção da ciência e da pesquisa científica na área. Não se trata aqui de uma busca abstrata e multidimensional de propor a ciência jurídica, mas sim de uma tentativa de pensar o mé-

todo na prática da pesquisa em Direito, reconhecendo as dificuldades, ultra- especializações, nomenclaturas e a grande herança disciplinar que dificulta, ainda, uma produção científica mais orientada para a transdisciplinaridade teórico-metodológica.

Considerando-se necessário estabelecer, inclusive, uma clareza na compreensão do Direito como campo científico, destacam-se as discussões de dois importantes doutrinadores que reconhecem, paralelamente, o Direito de maneira menos centralizada na norma. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (1994) e o Direito como processo de adaptação social de Paulo Nader (2011), assim, dispõem de uma construção teórica compatível com a proposta deste trabalho, contrapondo-se à dimensão pura do Direito defendida por Hans Kelsen.

Reale (1994), desenvolvendo uma concepção paradigmática sobre o Direito no Brasil, apesar das correspondentes críticas epistemológicas, afirma que essa ciência vai muito além da norma jurídica, devendo ser reconhecida também como fato e valor. Nesse sentido, o autor reconhece toda a indissociabilidade do Direito com os aspectos objetivos e subjetivos da realidade, devendo ser compreendido em sua totalidade e complexidade. Ademais, constata-se que para Reale a aplicação da norma jurídica à realidade deve ser concebida por meio de concepções valorativas, com o fato, o valor e a norma se complementando dentro de um plano dialético construído historicamente. Ortega y Gasset (1997), filósofo espanhol contemporâneo, apresenta grande influência no pensamento de Reale, especialmente com a razão histórica e com o reconhecimento da inseparabilidade entre o eu e as coisas na determinação das características técnicas dos lugares que, por sua vez, justificam os fatos e valores das diferentes sociedades.

A percepção do Direito, na condição de processo de adaptação social, é muito discutida por Nader (2011). Para este autor, o Direito, como norma, precisa se ajustar num processo cíclico às condições da sociedade que regula, fomentando as bases da justiça e da segurança, possibilitando a estabilidade da vida social. Logo, o Direito deve expressar a vontade social, não representado a vontade individual, mas sempre da coletividade. Nader (2011) conclui que é indispensável que a lei promulgada ganhe efetividade, isto é, que os comandos sejam vividos e aplicados nos diferentes níveis de relacionamento humano. O conteúdo de justiça e o sentimento de respeito pelo homem devem ser a motivação maior para o processo de adaptação da nova lei. É válido ressaltar que a coercibilidade da lei atua, com intensidade, de forma a estimular a efetividade do próprio Direito.

2.1 A Fenomenologia Existencialista de Sartre e os Estudos do Direito

A grande influência de Sartre na política e no Direito é de amplo reconhecimento de vários autores das diferentes áreas do conhecimento científico. A busca por uma compreensão concreta acerca da liberdade e da ética e o desenvolvimento de uma perspectiva fenomenológica diferenciada de uma corrente puramente idealista foram importantes contribuições deste filósofo do século passado. Suas principais obras sintetizam essas correspondentes impressões.

O ser e o nada (2011), obra de Sartre publicada originalmente em 1943, consolida-se a partir das discussões sobre o existencialismo, além de sólidas reflexões acerca do Direito e da ética. O diálogo com o marxismo e a avaliação específica das constituições e das estruturas sociopolíticas também são objetos de intensa investigação do autor em posteriores obras

muito difundidas no meio acadêmico, especialmente nas ciências humanas, sociais e sociais aplicadas. *A Crítica a razão dialética* (2002), publicada pela primeira vez em 1960, também integra este escopo, sendo caracterizada por uma mediação entre o materialismo e o existencialismo, considerando as categorias históricas e sociais a partir de estruturas antropológicas já elaboradas em *O ser e o nada* (2011).

Maman (2003), realizando importante crítica ao pensamento jurídico brasileiro, por meio de uma perspectiva fenomenológica existencialista, apresenta várias contribuições de importantes filósofos dessa corrente de pensamento, entre os quais destaca-se Sartre. Discorrendo sobre o contexto histórico, cultural e ideológico que influenciou este filósofo, a autora destaca pontos convergentes entre a produção de Sartre e de outros filósofos contemporâneos, como é o caso de Heidegger. Nesse sentido, para ambos, um desígnio prioritário que deveria orientar a produção científica no Direito teria de ser a superação dicotômica construída historicamente no seio da ciência. Logo, o sensível e o inteligível, o sujeito e o objeto, a essência e a aparência não poderiam mais ser objetos antagônicos no interior da análise científica jurídica. É importante ressaltar que a diálogo entre esses filósofos apresenta uma amplitude de questões e complexidade que não se pretende tratar aqui, haja vista a necessidade de compreender os preceitos fenomenológicos como método em Sartre.

Deste modo, é nesse entendimento que buscamos discorrer simplificada a fenomenologia de Sartre (2000), utilizada nesta pesquisa. De acordo com este filósofo, nem a concepção realista, nem a idealista, sozinhas, eram capazes de se consolidar como uma abordagem completa sobre a realidade concreta, pois para ele a consciência e o mundo existem paralelamente, independentemente do modo como se relacionam. Estas discussões envolvendo consciência e mundo vão muito além das teses puramente realistas ou idealistas.

Em continuidade, Sartre (2000) afirma que a redução da realidade, ou do ser, à sua aparição, fundamenta-se na concepção idealista. Nesse caso, sua crítica baseia-se no fato de que o mundo dispõe de uma existência que transcende o conhecimento que temos em relação a ele, apresentando-se como subjetivo, mas também objetivamente. Além disso, a dimensão subjetiva da realidade será moldada e desenvolvida a partir do seu conhecimento objetivo. Então, na observação do mundo, constata-se uma série de elementos de quantidade e a espacialidade dos movimentos que, *a priori*, constituem-se apenas como uma relação de exterioridade que se ignora, existindo concretamente mesmo sem a consciência (ECKER, 2010).

No que se refere à abordagem do realismo sintetizada em dimensão objetiva e racional da ciência, Sartre (2000) institui suas críticas embasadas na ideia de que a consciência não pode ser apenas mais uma coisa que se encontra no mundo, visto que a relação entre mundo e consciência é que viabiliza a existência recíproca de ambos. Assim, ao propor sua fenomenologia, Sartre entende que tanto o realismo quanto o idealismo precisam ser considerados na elaboração desta abordagem científica, de modo que o mundo se apresenta tanto como objetivo, considerando sua existência antes que a nossa consciência o revele, quanto subjetivo, uma vez que o ser reconhecido é transportado por uma subjetividade.

No campo do Direito, como aponta Almeida (2011), essa concepção filosófica apresenta grande contribuição, a exemplo da busca por uma compreensão das condutas humanas tanto por meio do diálogo com a fenomenologia de Husserl quanto pela visão existencial de Heidegger, além da dialética incorporada às produções de Hegel e Marx. Assim, Sartre, resguardan-

do sua forte tendência existencialista, levanta várias discussões importantes ao Direito que precisam ser vistas sob esse viés menos fragmentário da realidade, como é o caso da liberdade, do humanismo, da justiça e da política, da legalidade, das estruturas sociais, da violência, da moral e das instituições, entre outras. Deve-se, deste modo, atentar para a complexidade que envolve todas estas questões em sua essência fenomênica, existencial e dialética ao mesmo tempo.

Com destaque à influência dialética na fenomenologia de Sartre, por meio da ênfase na História, sem abandonar a visão existencialista, o filósofo descreve o Direito, ao mesmo tempo, como exigência ética e como legalidade, esta última mais vinculada aos processos jurídicos integrados à lei. Nesse caso, para Sartre, o Direito como uma condição de exigência, imposta, possibilitaria aos indivíduos caminharem em direção à própria liberdade. A preocupação do autor em pensar o Direito corresponde a uma grande contribuição teórica para a disciplina com amplas interpretações e análises. Atentando-se ao esforço na análise do método fenomenológico, não iremos adiante nessa discussão trabalhada minuciosamente, por exemplo, por Almeida (2011) na sua obra *Sartre: Direito e Política*, no entanto já é possível contatar as inúmeras aproximações teóricas, conceituais e, especialmente, metodológicas entre Sartre e o campo científico do Direito.

Atento às discussões propostas por Maman (2003), ressalta-se que o Direito não precisa mudar apenas na maneira como é produzido e emanado, mas deve mudar seu espírito. Isso, em tese, significa uma reestruturação quanto ao seu papel de promover a justiça e o seu alcance como disciplina. Metodologicamente, há uma necessidade, cada vez mais evidenciada, de aproximação do Direito com a realidade empírica apreendida na prática da pesquisa na área. O objetivo é a superação, definitiva, de uma agenda de pesquisa que ainda insiste em tratar o Direito exaustivamente como norma jurídica. Nesse sentido, a pesquisa em Direito também deve se ater à realidade social, às questões espaciais e temporais que envolvem certas problemáticas, ao contexto histórico e geográfico que respondem quando e onde a realidade social é composta e porque a lei se torna viável, aplicável e ganha diferentes níveis de efetividade.

Referenciando Morin (2007), é preciso buscar incessantemente um saber não compartimentado e não redutor, destacando-se que o simples não existe, mas sim o simplificado, tudo é complexo. Por isso, o intenso processo de classificação e generalizações superficiais fazem parte cada vez mais das produções nas diferentes áreas, inclusive das Ciências Humanas e Sociais. No que se deve tomar extremo cuidado é exatamente com os reflexos dessa simplificação tanto no campo jurídico de aplicação da lei quanto no campo das pesquisas científicas em Direito, de campo ou gabinete, reduzindo, nesse exercício, o abismo científico construído entre o jurista, operador do Direito, e o pesquisador, analítico do contexto social.

2.2 Uma Concepção Normativa e Fenomênica da Reincidência Criminal

Inicialmente, cabe ressaltar o cenário brasileiro de expressivo crescimento da população carcerária em todo o país, além do aumento progressivo da reincidência criminal. Derivada do latim *recider*, a palavra reincidência é composta pelo prefixo *re*, que dá a ideia de repetição, e o substantivo *incidência*, de atingir, cair sobre, tornar a praticar. O surgimento da reincidência

remonta, ainda, ao Direito Romano, em que se apresentava como agravante de algum delito, tal como o furto, cometido com reiteração. Reincidir, portanto, é repetir o ato, voltar a fazer a mesma coisa (CHIQUEZI, 2009).

A reincidência no Direito Penal brasileiro ganhou previsibilidade no artigo 63 do Código Penal nos seguintes termos: “Verifica-se a reincidência criminal quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Sendo assim, para que reste configurada a reincidência criminal deverá existir a comprovação de trânsito em julgado de sentença por meio de certidão, na qual constará a data do trânsito. A partir do Direito Penal como instrumento de coação, o legislador busca minimizar os índices de criminalidade, tornado a pena mais rígida, além de incorporar instrumentos para sua agravação, como é o caso da reincidência criminal. Esta, especificamente, tem o condão de agravar as circunstâncias processuais e penais de um indivíduo que tem a reiterada prática do crime.

Assim, a reincidência surge como: agravante da pena quando não constitui qualificadora (artigo 61, I); fator preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (artigo 67); impedimento na concessão de *sursis* na hipótese de crime (artigo 77, I); impedimento nos casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, salvo nos casos em que a reincidência seja genérica e a substituição seja socialmente recomendável (artigo 44, II e artigo 44, §3º); empecilho no caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa (artigo 60, §2º e 44, §2º); conversora da pena substitutiva em privativa de liberdade (artigo 45, I e §5º, artigo 44); imposição ao regime inicialmente fechado no cumprimento da pena privativa de liberdade (artigo 33, §2º, b e c), motivo de revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso, entre muitas outras consequências.

Nesse sentido, a reincidência criminal possui natureza jurídica de agravante genérica que, por sua vez, tem aplicação na segunda fase da dosimetria da pena privativa de liberdade. A agravação da pena, entretanto, é somente uma de suas consequências, não sendo correto restringir sua essência somente a este efeito (CHIQUEZE, 2009). A natureza jurídica da reincidência, para Marques (1956), é de discussão da doutrina, uma vez que alguns a tratam apenas como circunstância do crime e outros a classificam como uma qualificação de cunho subjetivo do indivíduo. Por este motivo seu caráter subjetivo não incide sobre os coautores ou partícipes da ação criminosa.

Assim, em síntese, como pressuposto da reincidência, exige-se a prática de um crime após o infrator já ter sido condenado em definitivo pela prática de um crime anterior. Desse modo, de acordo com alguns doutrinadores, o instituto da reincidência não deve ser empregado quando um indivíduo, após condenação ou pena imposta pela prática de uma contravenção, comete um crime, no entanto, quando há condenação de crime transitado em julgado e o indivíduo pratica a contravenção, este é indicado com reincidente (FRAGOSO, 2004).

No que se refere à contravenção, Capez (2008) assegura definitivamente que o condenado pela prática de contravenção que posteriormente venha a praticar crime não deve ser considerado reincidente, uma vez que o artigo 63 do Código Penal faz única menção a crimes anteriores. Vindo, todavia, a praticar nova contravenção, será, neste caso, considerado reincidente para efeito da aplicação da pena .

Outro ponto que merece destaque nesta discussão é que a legislação brasileira reconhece as condenações nacionais e estrangeiras. Neste caso, a lei não exige nenhum requisito especial para a sentença estrangeira, nem mesmo sua homologação, no entanto nem toda sentença condenatória estrangeira estaria apta a produzir os efeitos da reincidência, como assinalam Zaffaroni e Pierangelli (2002). Estes mesmos autores têm o entendimento que nestes casos, para a produção da reincidência, é exigido que a sentença penal condenatória estrangeira seja consequência de uma conduta tipificada tanto no respectivo país quanto no Brasil. Logo, se consideraria um absurdo que alguém fosse considerado reincidente em razão de uma infração cometida anteriormente entendida como atípica pela legislação brasileira. Neste caso deve ser levado em consideração o Princípio da Dupla Tipicidade.

No que se refere à justificativa para uso do agravante da reincidência criminal, a ideia mais difundida parte do pressuposto da maior periculosidade do indivíduo que voltou a cometer novo crime (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2002). O fundamento de quem defende tal argumento é apresentar a figura da reincidência presumida, considerada na atualidade uma incongruência jurídica, posto que a periculosidade busca suporte fático.

Outra tese suscitada para justificar a aplicação da agravante recidiva funda-se na ideia de ampliação do conteúdo do injusto do fato. Nesse sentido, a pessoa que pratica um delito após o cometimento de um crime anterior estaria afetando também a imagem de provedor da segurança jurídica que tem o Estado (BARREIROS, 2007). A ideia de insuficiência da pena imposta no primeiro delito, não evitando o cometimento de outros, forma outra tese que se estrutura em defesa da aplicação do instituto agravante da reincidência. Tal justificativa, todavia, não se sustenta na medida em que a pena, muitas vezes, funciona como condição para a prática de outro delito, e não o contrário. O fato é que a realidade social exterioriza que a pena de prisão não tem conseguido reeducar e reintegrar o infrator depois de passar um determinado período cumprindo a sentença privativa de liberdade (PASSENTI, 2004).

É justamente nesse momento que é preciso ir muito além da positividade da norma para se discutir o fenômeno da reincidência criminal em uma realidade como a brasileira. O elo entre a norma e a realidade social precisa estar adiante de uma relação simplista estabelecida pelos estudiosos do Direito. É preciso de profundidade nessa compreensão, que só é possível de ser atingida por meio de uma transdisciplinaridade, especialmente entre as Ciências Sociais e Humanas. No caso do fenômeno da reincidência criminal, analisar o contexto político, econômico, social e comportamental por meio de vários vieses é essencialmente importante, visto que já se sabe que o cumprimento da pena não traz efeitos inibidores para a prática da reincidência, porém o que não fica claro é em que medida a prisão e outros elementos do convívio em sociedade colocam o egresso em condição de reincidente na prática criminosa.

Nesse contexto, não há como falar em reincidência criminal sem considerar os aspectos objetivos e subjetivos da vida dos egressos, por exemplo, as condições de trabalho e emprego, os riscos e a vulnerabilidade social, a relação e estrutura familiar, além da sua percepção de mundo e da realidade, valores e características culturais. A forma com que a sociedade encara o indivíduo que já cumpriu uma pena privativa de liberdade também adentra como importante elemento que deve ser considerado nessa análise. O fato é que o Direito, sozinho, não apresenta instrumentos teórico-metodológicos capazes de considerar todas estas ques-

tões que determinam como o instituto da reincidência criminal vem se comportando na realidade brasileira. Desse modo, uma visão pura deste instituto enquanto lei é, ao mesmo tempo, uma visão segregada da realidade que o envolve, o que precisa ser superado para que a lei e a realidade social sejam compatíveis mutuamente e apreensíveis dentro do plano lógico das pesquisas na área.

Vários autores na área do Direito reconhecem a expressiva relação entre a reincidência criminal e as condições adversas que envolvem a realidade social da população das diferentes regiões brasileiras. Rodrigues (2010) aponta a desagregação familiar, a influência de vícios, a falta de oportunidade de trabalho e a ineficiência no processo de ressocialização na prisão como elementos do fenômeno que explicam os altos índices de reincidência. Outras análises acerca desse processo, como a de Saporì, Santos e Maas (2017), associam ao sexo masculino a maior probabilidade de reincidir, além de que quanto mais jovem, mais vulnerável ao retorno da prática criminosa. Os crimes contra o patrimônio, como o furto, também são igualmente destacados na descrição do perfil do egresso, visto que muitos desses indivíduos apresentam uma espécie de carreira na prática criminosa, sendo contraventores habituais do mesmo crime.

De acordo com o relatório do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA, 2015) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, a reincidência criminal apresenta grande relação com um determinado perfil dos apenados. Nesta pesquisa constata-se que 51% dos egressos são formados por negros e pardos e 80% deles, analfabetos. De acordo com o mesmo documento, o processo de reintegração do criminoso à sociedade é burlado, entre outros fatores, pelas próprias características do sistema penitenciário sem estrutura e prisões superlotadas no país. Os tipos de crimes perpetrados e as ações voltadas à reintegração social também são ressaltados. Outro elemento analisado no correspondente relatório diz respeito às percepções tanto dos operadores do Direito quanto dos apenados reincidentes acerca do instituto da reincidência criminal, o que, de certo modo, aproxima este relatório desta pesquisa científica, mesmo se tratando de uma realidade empírica pontual.

3 PERCURSO DE INVESTIGAÇÃO

Trata-se de uma pesquisa de abordagem quali-quantitativa que é caracterizada pela utilização de procedimentos tanto qualitativos quanto quantitativos, reconhecendo as suas respectivas potencialidades e limitações. Nesta pesquisa buscou-se ao mesmo tempo a compreensão concreta e empírica dos dados, bem como uma dimensão fenomenológica e subjetiva de informações. Considera-se como dados os constituintes mais quantitativos e mensuráveis adquiridos na pesquisa; já as informações correspondem à dimensão qualitativa e de interpretação do pesquisador, tendo na análise subjetiva o ponto de partida (GASKELL, 2002).

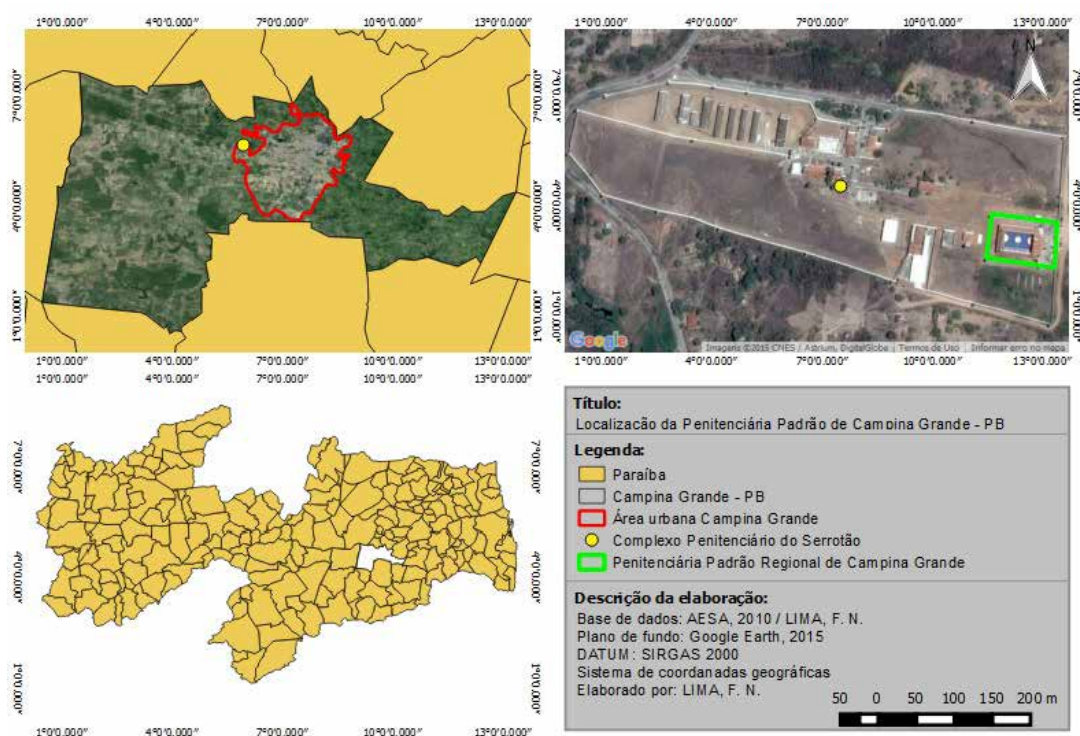
Atualmente, na área do Direito, existe um grande desafio metodológico na definição de critérios, estabelecimentos de fontes de coleta e organização de resultados, especialmente de pesquisas empíricas. É nesse sentido que a interdisciplinaridade é apontada como uma possibilidade de superação de tal questão, haja vista a necessidade de associação de várias áreas do conhecimento na investigação científica em Direito, associando problemáticas jurídicas e sociais que não podem ser avaliadas numa perspectiva unilateral (ADEODATO, 1996).

Sendo assim, considerando a complexidade dos objetivos aqui propostos, estruturou-se uma revisão teórico-metodológica e doutrinária na qual se buscou atender aos principais conceitos, teorias e problemáticas acerca da reincidência criminal. Na sequência foram desenvolvidos os seguintes procedimentos metodológicos: a) caracterização do ambiente de estudo; b) levantamento documental; c) aplicação de questionários. Estes procedimentos foram adotados a partir de diferentes autores, respeitando processos e critérios que maximizassem a compreensão empírica dos processos analisados. Por conseguinte, as informações foram submetidas à análise de conteúdo para a correspondente elaboração e sistematização dos resultados obtidos.

3.1 Caracterização do Ambiente de Estudo

A Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB foi inaugurada em 2010 como estabelecimento prisional de segurança máxima com capacidade para abrigar 150 presos com pena de natureza definitiva (Figura 1), no entanto, devido a modificações no âmbito administrativo, determinadas pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba, a PPRCG passou da condição de penitenciária para presídio, ficando incumbida, assim, de abrigar presos provisoriamente em regime fechado.

Figura 1 – Localização da Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB



Fonte: Os autores.

Situada dentro do complexo penitenciário do Serrotão, a PPRCG, como a maioria dos presídios brasileiros, encontra-se em situação de superlotação. Atualmente este presídio conta com um total de 40 celas distribuídas em dois pisos sobrepostos. Entre os pavimentos, construídos em forma de retângulo, existe uma área destinada à prática esportiva que também serve como pátio da unidade destinado a diversas outras atividades cotidianas.

A área frontal da instituição, por sua vez, é destinada às repartições de gestão e manutenção do presídio. É nesse local que se encontra o refeitório, a cozinha, os alojamentos, o almoxarifado, a coordenação, os parlatórios, o setor médico, o setor jurídico, as celas destinadas aos presos que prestam serviço à Unidade, as salas de revista íntima e a direção.

3.2 Levantamento Documental

Esta etapa teve como intuito a identificação do quantitativo de reincidentes da PPRCG, bem como dos tipos de crimes perpetrados pelos apenados. Assim, inicialmente foi solicitado ao setor administrativo do correspondente estabelecimento prisional a relação de todos os presos existentes, considerando que não dispunham de relações específicas, por exemplo, dos apenados reincidentes.

A partir de então deu-se início à consulta no Sistema Processual do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba por meio do nome dos apenados. No total foram consultados 549 processos buscando identificar quais destes correspondiam a reincidentes criminais mediante sentenças transitadas e julgadas.

Além da identificação do quantitativo de presos reincidentes, foram levantados também os tipos de crimes praticados por estes sujeitos, tendo como objetivo obter um diagnóstico associando a situação de reincidência a determinados tipos de crimes. Esta questão corresponde às primeiras discussões acerca da pesquisa.

Logo, na busca pelo indicativo da reincidência desses indivíduos, foram verificados os processos existentes em nome destes, partindo-se posteriormente para uma busca mais acurada da movimentação processual, tanto no que diz respeito ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória quanto ao tipo de crime objeto da análise processual penal.

3.3 Aplicação de Questionários

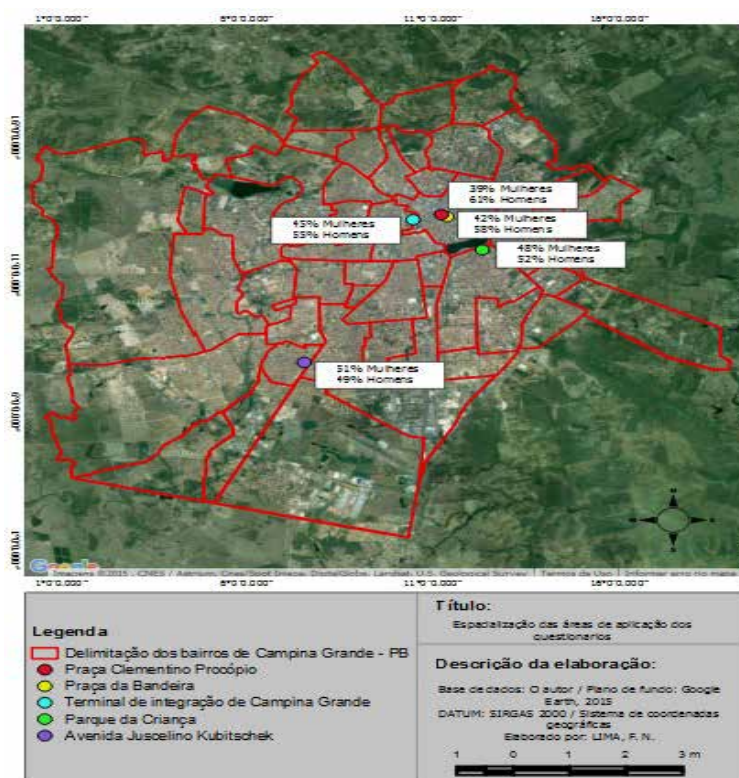
Os questionários tiveram como objetivo compreender como os reincidentes da PPRCG, bem como a sociedade civil, percebem os fatores inibidores e propulsores da reincidência criminal. Esta técnica de coleta de dados e informações foi baseada nas ideias de Nogueira (2002). Assim, optou-se pela utilização do questionário aberto, haja vista a vantagem que este possui em explorar todas as possíveis respostas dos indivíduos, tendo potencial, inclusive, para servir de base para elaboração de roteiros de outras técnicas de pesquisa.

Tendo em vista os dois grupos de populações que se pretende analisar, foram desenvolvidos dois questionários que seguiram critérios de elaboração e aplicação diferenciados. No que respeita ao questionário dirigido à sociedade civil, encontra-se dividido em três etapas principais: identificação do pesquisado; fatores que consideram como inibidores da reincidência criminal e fatores que consideram como propulsores da reincidência criminal.

Quanto à aplicação destes questionários, seguiu-se o modelo de amostragem por julgamento (APPOLINÁRIO, 2006), o qual possibilitou a escolha de áreas específicas no município de Campina Grande-PB para a realização da atividade. Considerando o nível de circulação de pessoas pelos espaços públicos definidos: Parque da Criança, Praça da Bandeira, Praça Clementino Procópio, Avenida Juscelino Kubitschek e Terminal de Integração (Figura 2), foram

aplicados um total de 250 questionários (50 em cada espaço público descrito) com indivíduos que, primeiramente, se dispuseram a participar da pesquisa, e que apresentavam idade igual ou superior a 18 anos.

Figura 2 – Locais de aplicação dos questionários com a população na cidade de Campina Grande-PB



Fonte: Os autores.

Os questionários destinados aos apenados reincidentes, por sua vez, foram divididos em cinco partes: identificação do apenado; relação familiar; condições do presídio; fatores gerais que inibem a reincidência e fatores gerais que promovem a reincidência. Foram aplicados 53 questionários correspondentes ao número total da população de reincidentes da PPRCG. Vale ressaltar que este processo foi efetivado por um período de cinco dias não sequenciais, com o apoio da direção do presídio e dos agentes penitenciários ali atuantes, respeitando todas as medidas de segurança determinadas.

4 OS INIBIDORES E PROPULSORES DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL: OS DISCURSOS DA SOCIEDADE E DOS APENADOS REINCIDENTES EM FOCO

4.1 Os Reincidentes da Penitenciária Padrão Regional de Campina Grande-PB

Inicialmente evidencia-se uma variação de cinco tipos de crimes praticados pelos reincidentes da PPRCG. No total foram identificados 50 reincidentes, dos quais 45% foram condenados por roubo (artigo 157 do CPB), 20% por tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06), 20% furto (artigo 155 do CPB), 10% homicídio (artigo 121 do CPB) e 5% latrocínio (artigo 157, §2º do CPB).

Percebe-se que o roubo foi o crime praticado pela grande maioria dos reincidentes participantes desta pesquisa. O tráfico de drogas e o furto ficaram em segundo lugar, seguidos pelo homicídio e o latrocínio, respectivamente. Nesse sentido, a situação de reincidência criminal está associada, sobretudo, com a prática do roubo de acordo com a realidade dos apenados investigados.

Corroborando esta hipótese, Santana (2014) analisa o levantamento realizado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que afirma que de cada 10 assaltantes, 7 voltam a cometer o mesmo crime. Ou seja, o autor evidencia que além do roubo se apresentar como o principal crime que leva à reincidência, existe uma continuação da mesma prática delituosa. Logo, a tentativa de obtenção de lucro fácil e rápido, sem necessariamente a existência de procedimentos que expressem uma organização e estudo da prática criminosa, pode ser indicada como uma explicação para este fato. Além disso, vários outros levantamentos estatísticos apontam, por exemplo, uma relação entre o aumento do número de roubos com a dependência de drogas, o que agrava ainda mais a situação criminal.

Assim, a reincidência criminal no Brasil é objeto de inúmeras teses que relacionam esta problemática a vários elementos, entre os quais se destacam as condições socioeconômicas e a negligência do Estado no cumprimento do seu papel de ressocializador por meio, especialmente, do sistema penitenciário. A partir de então, destaca-se a importância na compreensão de como se constituem os discursos acerca desta questão por parte da sociedade civil, mas também dos próprios apenados reincidentes, visto os contextos e experiências vivenciadas por esses sujeitos.

4.2 A Reincidência Criminal na Percepção da Sociedade Civil

No que se refere à sociedade civil do *locus* de pesquisa – a cidade de Campina Grande-PB – observou-se uma série de itens representados em diferentes proporções nos questionários aplicados. Com base nas indicações organizacionais de Franco (2005), além da organização, leitura e observação geral dos questionários, foi realizada uma categorização definida pelo agrupamento por tema dos diferentes itens destacados pela sociedade civil na coleta das informações.

Ademais, foi possível constatar por meio desses processos metodológicos tanto a totalidade e descrição dos itens destacados como os inibidores e propulsores da reincidência criminal quanto os níveis em que cada um destes itens foram observados na percepção popular. Foram reconhecidos três níveis de destaque: baixo, médio e alto. O nível baixo corresponde ao mínimo destaque do respectivo elemento indicado como inibidor ou promotor da reincidência em alguns dos locais nos quais foram aplicados questionários. O nível médio refere-se aos itens destacados em todos os locais de aplicação dos questionários com pelo menos 30% da população. Já o nível alto corresponde ao destaque em todos os locais de aplicação com no mínimo 50% dos participantes.

Logo, foram analisados os itens designados como os principais inibidores e propulsores da reincidência criminal, bem como os níveis em que estes se apresentaram na percepção social da população da cidade de Campina Grande-PB (Quadro 1).

Quadro 1 – Análise de conteúdo dos questionários aplicados com a sociedade civil

Itens destacados na percepção popular		Nível de destaque
Propulsores da reincidência criminal	Péssimas condições do presídio	Alto
	Insuficiência das políticas de ressocialização	Alto
	Convívio com outros tipos de criminosos	Alto
	Ausência de perspectivas futuras	Médio
	Preconceito com o ex-detento	Médio
	Falta de emprego	Alto
	Características pessoais do apenado	Médio
	Dependência de substâncias psicoativas	Médio
	Ausência de Deus	Médio
Inibidores da reincidência criminal	Oportunidade de emprego	Alto
	Possibilidade de profissionalização do detento	Alto
	Investimentos em educação básica e profissionalizante	Alto
	Incentivo da sociedade ao apenado	Médio
	Mudança na legislação penal (penas mais severas)	Médio

Legenda: Níveis	
Baixo	Médio
Médio	Alto
Alto	

Fonte: Os autores.

Em um primeiro momento ressalta-se que as péssimas condições do presídio, a insuficiência das políticas públicas de ressocialização, o convívio dos apenados com outros tipos de criminosos e a falta de emprego foram os propulsores referidos em maior nível de destaque por parte da sociedade civil. Este cenário está associado ao reconhecimento por parte da população dos resultados desastrosos que a função punitiva da pena revela, além da insuficiente atuação do Estado na proteção e promoção dos direitos básicos dos cidadãos.

Nesse contexto, Kneipp (2012) explica que por um lado, por meio de um *alarde social*, a população anseia por uma punição mais rígida para o sujeito que volta a praticar o crime. A sociedade, no entanto, também responsabiliza o Estado pelas elevadas taxas de reincidência no país, sobretudo, por intermédio do sistema penitenciário. Assim, de acordo com este pressuposto, o reincidente acaba se tornando uma “vítima” da própria ineficiência do Estado, porém precisa ser penalizado de forma mais dura para garantir as exigências do ordenamento jurídico brasileiro, não desencadeando um sentimento de impunidade.

O preconceito com o ex-detento, as características pessoais destes sujeitos e a dependência de substâncias psicoativas foram ressaltados como propulsores da reincidência em nível médio. A partir de então, observa-se uma responsabilização pela situação de reincidência ao próprio apenado e à sociedade. Logo, é assegurado que os indivíduos acabam desenvolvendo comportamentos e características eticamente reprováveis condicionados pelo seu próprio contexto social. No que se refere ao apenado, a população associa características como a preguiça, uma predisposição a atitudes perversas, maldade e desinteresse por estudo e trabalho. Nesse sentido, o reincidente é visto como o grande responsável pela sua situação criminal devido ao poder de escolha, mesmo podendo existir uma série de fatores que aumentem

as chances destes cometerem crimes. Sartre (2000) corrobora essa discussão à medida que sugere uma responsabilização do indivíduo sobre suas ações, visto que para ele o ser não é determinado apenas pelo que fazem dele, mas pelo que se faz do que fazem dele.

A dependência de drogas, de acordo com a sociedade civil, está voltada à situação socioeconômica, mas também exprime as características pessoais do apenado reincidente que, muitas vezes, para cometer os crimes faz uso destas substâncias. Por outro lado, o estigma de ex-presidiário faz com que a sociedade desenvolva uma indisposição para estabelecer o convívio com estes sujeitos, o que também promove a reincidência na percepção da população participante desta pesquisa. Não obstante, este preconceito com os ex-detentos gera uma necessária política de inclusão social destes sujeitos, principalmente no mercado de trabalho. A partir disso, Brandão e Farias (2013) afirmam que a efetiva recuperação do ex-detento e sua inserção social só ocorrerão quando estes sujeitos forem recebidos livres de preconceitos pela sociedade civil.

No que tange aos propulsores da reincidência destacados nos níveis mais baixos, destacam-se a ausência de perspectivas futuras e de Deus. Esta parcela dos pesquisados afirmaram que o egresso, por diversas circunstâncias, desenvolve uma situação psicológica difícil que lhe impossibilita de desenvolver planos e perspectivas em curto e longo prazos. A ausência de Deus por meio de uma distância com qualquer tipo de prática religiosa também foi um fator descrito, visto que o sujeito não se atenta a regulamentações e ideologias que poderiam fazê-lo refletir em um momento anterior à prática delituosa, impedindo-a. Em uma pesquisa acerca das perspectivas do egresso, Pinto e Hirdes (2006) apontam que a principal dificuldade para a reabilitação do apenado corresponde à ausência de perspectivas de vida e de um direcionamento capaz de mudar suas práticas. De acordo com esse estudo, os apenados que possuem maiores chances de reabilitação são justamente os que dispõem de mecanismos que viabilizam uma condição psicológica favorável, como a vontade de se reabilitar e de não assumir uma identidade criminal reincidente na própria instituição e fora dela.

No que se refere aos inibidores da reincidência criminal na percepção popular, em alto nível de destaque está a oportunidade de emprego, a possibilidade de profissionalização do detento e os investimentos em educação básica e profissionalizante. Assim, percebe-se a existência de elementos no discurso da população que ora é visto como um propulsor da reincidência, ora como um inibidor. Por exemplo, a ausência de emprego é vista como um propulsor da reincidência, enquanto a oportunidade de emprego foi ressaltada como um inibidor.

Na literatura encontra-se uma grande quantidade de trabalhos que destacam a ausência de emprego como um elemento-chave para a promoção da reincidência. De forma específica, de acordo com o relatório de pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Conselho Nacional de Justiça (IPEA, 2015), a questão do emprego é um dos principais aspectos ressaltados quando se trata da reincidência criminal. A oportunidade de retorno ou ingresso ao mercado de trabalho, sob a ótica deste documento, além de garantir a subsistência do indivíduo, eleva a sua moral e autoestima. Para tanto, fica evidente a necessidade de investimentos em políticas de profissionalização do detento e na educação básica e profissionalizante, sobretudo das áreas de vulnerabilidade social, o que também apareceu em alto nível de destaque nesta análise.

Em continuidade, a mudança na legislação penal, pela existência de penas mais severas aos reincidentes, foi um elemento enfatizado em nível médio. Este fato, *a priori*, levanta uma dualidade em que parte da população aponta a responsabilização dos inibidores da reincidência para o Estado por meio de políticas de prevenção a situação criminal, enquanto outra parcela acredita que penas mais severas, sobretudo mais longas, poderiam servir como inibidores das práticas criminosas. É sabido que a situação da reincidência, compreendida como circunstância agravante obrigatória, também acarreta outros efeitos penais que aumentam o rigor do tratamento ao réu, de modo que este conhecimento não foi percebido no discurso desta parcela populacional.

O incentivo por parte da população ao apenado, por sua vez, apareceu em nível baixo de destaque. Nesse sentido, a possibilidade de reconstrução de vida por meio de novas práticas e convívio social também dependerá de uma nova oportunidade ofertada ao apenado, sem a qual as chances de este sujeito retornar às práticas ilícitas são ampliadas. O incentivo, nesse contexto, corresponde ao encorajamento e estímulo por parte da sociedade a um novo modo de vida que esteja, acima de tudo, dentro da legalidade.

4.3 A Reincidência Criminal na Percepção dos Apenados Reincidentes

Seguindo, inicialmente, o mesmo processo e classificação metodológica dos inibidores e propulsores da reincidência na percepção da população, foram analisados os questionários aplicados com os apenados reincidentes da PPRCG. Assim, foram destacados os itens abordados como propulsores e inibidores da reincidência e os níveis em que cada um se apresentou na análise de conteúdo a fim de garantir a compreensão do real entendimento dos apenados acerca do tema em questão (Quadro 2).

Quadro 2 – Análise de conteúdo dos questionários aplicados com os apenados reincidentes

	Itens destacados na percepção dos apenados	Nível de destaque
Propulsores da reincidência criminal	Condições do presídio	
	Convívio com outros criminosos	
	Falta de emprego	
	Falta de políticas do governo	
	Dependência de drogas	
	Nenhuma condição financeira	
	Tráfico de drogas	
	Falta de apoio da sociedade	
	Preconceito	
	Revolta pela lentidão do processo	
Inibidores da reincidência criminal	Relação familiar	
	Possibilidade de emprego	
	Sentimento de insegurança física e mental no presídio	
	Inimizades dentro do presídio	
	Situação de encarceramento	
	Condições do presídio	

Legenda: Níveis	
Baixo	
Médio	
Alto	

Fonte: Os autores.

No que tange aos propulsores da reincidência criminal destacados em maiores níveis, encontram-se as condições do presídio, o convívio com outros criminosos, a falta de emprego e de políticas do governo, de modo que estes elementos também foram indicados na percepção da população.

Os apenados ressaltaram a incapacidade estrutural do presídio para comportar a quantidade de presos, não subsidiando necessidades e direitos básicos, como uma boa alimentação, acesso à água e a um ambiente com todas as condições de organização e higiene necessárias. Utilizando essas mesmas justificativas, no entanto, as condições do presídio também foram ressaltadas como inibidores da reincidência à medida que, para alguns, aquele é um ambiente de repulsa que merece todo esforço para não ser vivenciado. Logo, aponta-se para toda uma complexidade em torno desta questão, uma vez que para parte dos pesquisados a ausência das condições ideais favorece o retorno do apenado pela inexistência de um ambiente ressocializador, enquanto para outros este fato demonstra ainda mais o ambiente hostil que pode ser enfrentado em caso de retorno à prática criminosa.

Figueiredo Neto *et al.* (2009) levantam a discussão sobre a situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, haja vista principalmente a superlotação dos presídios e a incapacidade de gerenciar um sistema guiado pelos dois eixos da Lei de Execução Penal: punir e ressocializar. Sendo assim, percebe-se que mesmo não querendo retornar ao presídio pelas péssimas condições ofertadas, o apenado não foi ressocializado por estas mesmas condições, o que, em tese, não permite incluir as péssimas condições do presídio como um fator que inibe a prática delituosa. Ademais, o próprio convívio com outros criminosos acentua ainda mais esse contexto de não ressocialização em alto nível de destaque. A falta de emprego, na sequência, expressa um contexto vivenciado fora do presídio. O estigma de ex-presidiário é o principal fator responsável pela falta de emprego, que em determinadas situações políticas e econômicas se mantém escasso para grande parcela populacional, aumentando a situação de vulnerabilidade social.

Em nível médio de destaque está a falta de políticas do governo, a dependência de drogas, a falta de apoio da sociedade e o preconceito. Logo, percebe-se que assim como a sociedade civil, os apenados reincidentes também apontam como propulsores da reincidência fatores ligados diretamente ao papel do Estado, como a ausência de políticas de ressocialização dentro e fora do presídio. Foram evidenciados, porém, aspectos relacionados à falta de apoio e ao preconceito da sociedade com o ex-detento, o que está relacionado a uma cultura de exclusão muito complexa e ancorada ora na responsabilização do Estado sobre o indivíduo, ora na responsabilização do indivíduo sobre ele mesmo.

Finalizando os propulsores, constatou-se em baixo nível de destaque a falta de condição financeira, o tráfico de drogas e a revolta pela lentidão do processo. É importante destacar que no discurso dos apenados estes problemas possuem uma interdependência muito concreta, de modo que a falta de dinheiro acarreta o ingresso no mundo do tráfico, por exemplo. Outra questão é que o apenado percebe situações específicas como propulsores do seu retorno à instituição prisional, como é o caso da lentidão na tramitação do processo. De acordo com os presos, a ineficiência da Justiça quanto à forma de condução e julgamento do processo gera um sentimento de revolta que pode contribuir para o retorno do egresso à prisão.

Os inibidores da reincidência criminal destacados em alto nível foram a relação familiar, a possibilidade de emprego, o sentimento de insegurança dentro do presídio e as inimizades na instituição prisional. A relação familiar surge como um elemento muito importante no discurso do apenado. De acordo com estes sujeitos, a família é o aspecto mais importante para não se praticar o crime, embora tenham retornado a esta situação. A totalidade dos pesquisados afirmou apresentar uma relação de boa a ótima com seus familiares, revelando-se este um fator inibidor, porém não determinante, para a sua conduta criminal.

A possibilidade de emprego, como já discutido, é elemento-chave para o egresso retornar à sociedade sem, necessariamente, oferecer risco, no entanto a situação é exatamente contrária, caracterizada pela falta de emprego devido ao preconceito, como foi destacado anteriormente nos fatores propulsores. Todos os apenados participantes da pesquisa relataram como principal problema da sua situação a falta de emprego e oportunidades profissionais.

O sentimento de insegurança física e mental, por sua vez, justifica o fato de o presidiário não querer retornar à instituição por temer pela sua sanidade mental e até mesmo pela vida. A estrutura precária, nesse sentido, seria a responsável por este fator que não favorece a ressocialização do apenado, apenas desenvolve um ambiente ainda mais difícil e vulnerável para o egresso. Os participantes da pesquisa expressaram uma visão muito particularizada dos fatores que fazem com que eles não queiram retornar ao presídio a partir de suas experiências e situações. Nesse viés, as inimizades com presidiários adquiridas dentro e fora do presídio foi o último elemento destacado em alto nível quanto aos inibidores da reincidência. Este fato reflete-se em uma série de outras situações que envolvem as características pessoais dos apenados, dívidas, brigas entre gangues rivais e por território.

As condições do presídio foram ressaltadas em nível médio como um inibidor da reincidência, questão também já mencionada anteriormente. Por fim, a situação de encarceramento por meio da privação da liberdade do indivíduo foi destacada em baixo nível pelos apenados. Este item foi indicado no sentido de que o indivíduo não pode escolher os locais nos quais vai permanecer ou não. A impossibilidade de vivenciar lugares diferenciados e a dinamicidade do cotidiano fora do presídio é algo que estes apenados destacaram como elementos importantes para não retornar à prática do crime.

As representações acerca dos inibidores e propulsores da reincidência criminal variaram entre os discursos da sociedade civil e dos apenados reincidentes da PPRCG. As responsabilizações pela promoção e inibição da reincidência, em geral, oscilaram entre o contexto dos problemas sociais e políticos enfrentados no país, até questões específicas das experiências de vida do apenado. Diante disto, faz-se necessário discutir as oposições e complementaridades dos discursos com o objetivo de reconhecer a amplitude do problema em questão, visto que é a partir de uma variação de elementos, como as condições de vida, as relações sociais e a própria experiência prisional, que é possível explicar a situação de reincidência. Logo, parte-se do pressuposto de que se limitar à análise de apenas uma das percepções investigadas (sociedade civil e/ou apenados reincidentes) pode negligenciar as reais explicações da reincidência, uma vez que esta não é resultado apenas da experiência prisional, tampouco somente da história de vida do indivíduo.

4.4 Visões Acerca dos Propulsores e Inibidores da Reincidência: Oposições e Complementaridades

Quando comparadas as percepções da sociedade civil e dos apenados reincidentes acerca dos propulsores da reincidência criminal, houve um nível de concordância de elementos bastante considerável. A sociedade civil destacou nove aspectos relacionados à promoção da reincidência, enquanto os apenados destacaram dez, no entanto seis destes elementos foram citados pelas duas populações da pesquisa, conforme se observa na Figura 3.

Figura 3 – Modelo explicativo dos propulsores da reincidência criminal na percepção da sociedade civil e dos apenados



Fonte: Os autores.

No que se relaciona aos elementos propulsores da reincidência criminal, o preconceito, a falta de emprego, a dependência de substâncias psicoativas, as políticas de ressocialização, as condições do presídio e o convívio com outros criminosos foram os elementos coincidentes entre os dois discursos. Isto revela que é sabido pelos dois universos da pesquisa que o problema do aumento continuado da reincidência não envolve apenas as condições do presídio e a ausência do Estado, mas também o preconceito sofrido pelo ex-detento estigmatizado pela sociedade de modo geral.

A sociedade levanta também uma discussão que acaba por responsabilizar o próprio apenado pela sua situação de reincidente. Neste ponto, percebe-se que a população considera que existem determinadas características do próprio sujeito que o levam à prática do crime, que nem sempre é explicada por uma questão social. A ausência de perspectivas e de Deus também remetem a uma ligação da prática criminosa ao próprio apenado, tanto por meio de um afastamento para com o divino quanto por um modo de vida sem objetivos e metas para o futuro.

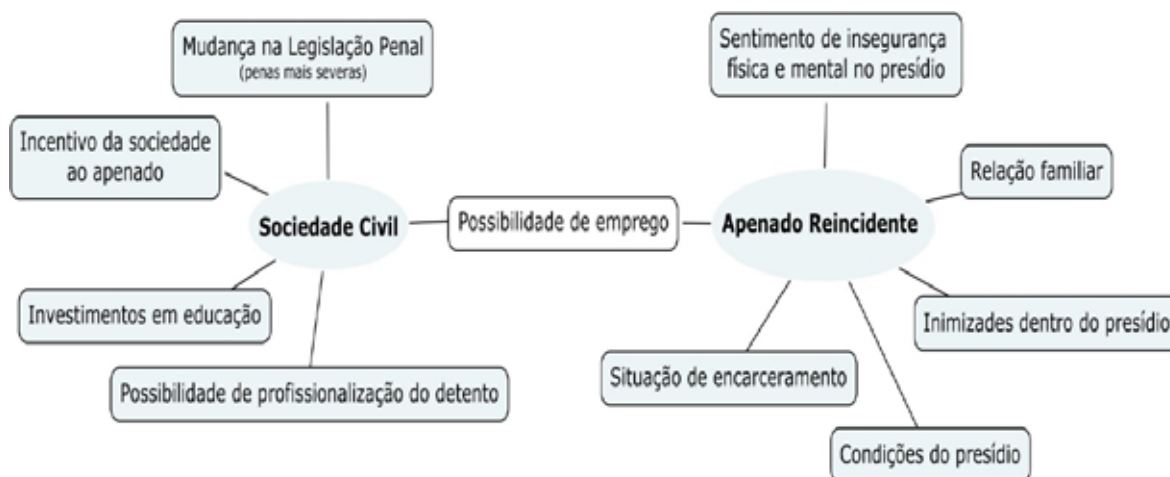
Quanto aos aspectos propulsores destacados apenas pelos apenados, reafirmam-se elementos relacionados à ineficiência do Estado e da Justiça, como é o caso da revolta pelo atraso do processo e as condições financeiras. Estes sujeitos também indicaram a falta de apoio da sociedade como um aspecto que promove a reincidência, além do tráfico de drogas que determina a prática criminosa em áreas socialmente excluídas, nas quais, muitas vezes, esta é a forma mais fácil de conseguir garantir alguma renda.

Logo, a sociedade, de modo geral, destaca como propulsores da reincidência criminal tanto o Estado, pela ineficiência no processo de ressocialização, quanto o próprio apenado, que possui uma personalidade e caráter duvidosos, levando-os a desenvolver uma espécie de

identidade criminosa. Enquanto isso os apenados, além de também destacarem a ineficiência do Estado, indicam uma responsabilização do aumento da reincidência à sociedade que, por sua vez, desenvolve um preconceito que dificulta, principalmente, a possibilidade de emprego.

Já no que se refere aos fatores inibidores da reincidência criminal o único elemento que coincidiu entre as duas populações da pesquisa foi a possibilidade de emprego. A sociedade gerou um discurso muito associado ao papel das políticas públicas na inibição da reincidência como os investimentos em educação e a possibilidade de profissionalização do detento. Além disso, foi destacado que a existência de um incentivo da sociedade também pode maximizar as chances de recuperação dos sujeitos. Por fim, a mudança na legislação penal também foi indicada. Parte dos pesquisados asseguraram que penas mais severas poderiam de alguma maneira refletir em uma queda nos índices de reincidência (Figura 4).

Figura 4 – Modelo explicativo dos inibidores da reincidência criminal na percepção da sociedade civil e dos apenados



Fonte: Os autores.

Os apenados destacaram como inibidores questões de cunho pessoal, como a relação familiar, a situação de encarceramento, inimizades dentro do presídio e, mais uma vez, a ineficiência do Estado em relação às condições do presídio e do sentimento de insegurança física e mental dentro estabelecimento prisional. Nesses termos, observa-se que a sociedade civil enfatiza o papel do Estado no combate à reincidência, bem como da própria sociedade. Já o apenado descreveu características pessoais como inibidores e também responsabilizou o Estado. Logo, não foram destacados, por partes dos apenados, aspectos relacionados à sociedade como fator inibidor da reincidência criminal.

Por fim, constata-se os diversos discursos e dilemas em torno do problema da reincidência criminal por parte da sociedade e dos apenados reincidentes da PPRCG. A partir de então, fica evidente a necessidade de contemplar várias questões, além do Direito, para se trabalhar com a reincidência, com a abordagem fenomenológica existencialista constituindo-se em uma importante possibilidade para a compreensão deste e de outros fenômenos estudados pelo Direito. Logo, é necessário reconhecer o condicionamento deste problema por parte da negligência do Estado, do preconceito da sociedade e das características de cada

apenado reincidente. O nível hierárquico em que cada um destes fatores determina os altos índices de reincidência ainda não é conhecido, fato este considerado uma importante questão de pesquisa que precisa ser trabalhada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que a grande complexidade do tema que envolve a reincidência criminal está associada a fatores jurídicos, políticos, sociais e culturais. No que respeita aos 50 apenados reincidentes da PPRCG, verificou-se que 45% deste total estão associados ao roubo (artigo 157). No que se refere à percepção do apenado acerca da sua condição de encarcerado, foram destacados como propulsores os seguintes itens: condições do presídio, convívio com outros criminosos, falta de emprego, falta de políticas do governo, dependência de drogas, nenhuma condição financeira, tráfico de drogas, falta de apoio da sociedade, preconceito e revolta pela lentidão do processo. Já como fatores inibidores estes ressaltaram: relação familiar, possibilidade de emprego, sentimento de insegurança física e mental no presídio, inimizades dentro do presídio, situação de encarceramento e condição do estabelecimento prisional.

Ademais, quando comparados os discursos destes sujeitos com os da sociedade civil, coincidem como propulsores o preconceito, a falta de emprego, a dependência de substâncias psicoativas, as políticas de ressocialização, as condições do presídio e o convívio com outros criminosos. Vale ressaltar que as características pessoais do apenado, a ausência de Deus e de perspectivas foram elementos propulsores indicados apenas pela sociedade civil. No que diz respeito aos aspectos inibidores, o único elemento coincidente entre os dois discursos foi a possibilidade de emprego.

Nesse sentido, realizando uma classificação geral dos discursos, a sociedade destaca como propulsores da reincidência criminal tanto o Estado, pela ineficiência no processo de ressocialização, quanto o próprio apenado, que possui uma personalidade e caráter duvidosos, permitindo-lhe desenvolver uma espécie de identidade criminosa. Enquanto isso os apenados, além de também destacarem a ineficiência do Estado, remetem a responsabilização pelo aumento da reincidência à sociedade que, por sua vez, desenvolve um preconceito que dificulta, principalmente, a possibilidade de emprego. Como inibidor, observa-se que a sociedade enfatiza o papel do Estado no combate à reincidência, bem como dela própria. Já o apenado descreveu características pessoais como inibidores e também responsabilizou o Estado. Logo, não foram destacados, por partes dos apenados, aspectos relacionados à sociedade como fator inibidor da reincidência criminal.

6 REFERÊNCIAS

- ADEODATO, J. M. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALMEIDA, S. L. *Sartre: direito e política, ontologia, liberdade e revolução*. 2011. 224f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2011.
- APPOLINÁRIO, F. *Metodologia da ciência: filosofia e prática da pesquisa*. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- BARREIROS, Y. S. de A. A reincidência no sistema jurídico brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.626, 14 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10763>. Acesso em: 2 nov. 2017.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Ed. UNB, 1995.
- BRANDÃO, J. M. F.; FARIAS, A. C. de A. Inclusão social de ex-detentos no mercado de trabalho: reflexões acerca do projeto esperança viva. *Anais... IV Encontro de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho*, Brasília, Anpad, 2013.

- BRITO, R. M.; BRAGA, G. B.; SANTOS, E. O.; PRINTES, J. S.; CHAVES, R. M. T.; SILVA, W. L. A. A hermenêutica e o processo de construção do conhecimento. *Dialógica*, Manaus, *on-line*, v. 1, p. 24-38, 2007.
- CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1.
- CLÈVE, C. M. *O Direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CHIQUEZI, A. *Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) –PUC, São Paulo 2009.
- COSTA, A. A. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2008.
- COSTA, A. A.; COELHO, I. M.. *Teoria dialética do Direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. 1. ed. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2017. 110p. V. 1.
- DESCARTES, R. *Regras para a direção do espírito*. Tradução J. Gama. Lisboa: Edições 70, 1985.
- ECKER, D. *Fenomenologia da consciência e ontologia em Sartre*. 2010. 72 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – UFSM, Santa Maria, 2010.
- FIGUEIREDO NETO, M. V.; MESQUITA, Y. P. V. O.; TEIXEIRA, R. P.; ROSA, L. C. S. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, n. 65, 2009.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRANCO, M. L. B. *Análise de conteúdo*. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.
- GASKELL, G. Entrevistas individuais e de grupos. In: BAUER, M. W.; GASKELL, G. (org.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*. Um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 64-89.
- GRODIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. 12. ed. (parte I). Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HUSSERL, E. *Méditations cartésiennes*. Introduction à la phénoménologie. Traduit par G. Peiffer et E. Levinas. Paris: Vrin, 2001.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência criminal no Brasil*. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília: Ipea, 2015.
2012.) –, KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KNEIPP, Regiane Lacerda. *A reincidência criminal potencializada pela falência da execução da pena privativa de liberdade*. 2012. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Jaguariuna, São Paulo, 2012.
- MAMAN, J. A. *Fenomenologia existencial do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MARQUES, J. F. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. III,
- MINAYO, M. C. de S. *O desafio do conhecimento*: pesquisa qualitativa em saúde. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.
- MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NOGUEIRA, R. *Elaboração e análise de questionários*: uma revisão da literatura básica e a aplicação dos conceitos a um caso real.– Rio de Janeiro: UFRJ; COPPEAD, 2002.
- ORTEGA y GASSET, J. *Investigaciones de Psicología*. Obras Completas. v. XII, 2. reimpression, Madrid: Alianza, 1997.
- PASSENTI, E. *A atualidade do abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- PINTO, G.; HIRDES, A. O processo de institucionalização de detentos: perspectivas de reabilitação e reinserção social. *Esc. Anna Nery Rev. Enferm*, 10(4), p. 678-683, 2006.
- REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, E. E. M. *Egressos reincidentes: um estudo dos fatores que contribuem para a reincidência*. 2010. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Pernambuco, 2010.
- SANTANNA, L. De cada 10 assaltantes, 7 voltam a roubar no estado e 41% são menores. *Estadão*. São Paulo. 26 de janeiro de 2014. Disponível em:<http://saopaulo.estadao.com.br/noticias/geral-de-cada-10-assaltantes-7-voltam-a-roubar-noestado-e-41-sao-menores,1123132>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- SAPORI, L. F.; SANTOS, R. F. MAAS, L. W. Fatores sociais determinantes da reincidência criminal no Brasil: o caso de Minas Gerais. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, [on-line]. 2017, vol. 32, n. 94, 2017.
- SARTRE. J. P. *A náusea*. Tradução Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. (Coleção Grandes Romances).
- SARTRE. J. P. *Crítica da razão dialética*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.
- SARTRE. J. P.. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte e Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SARTRE. J. P. *O ser e o nada*: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. P. Perdigão. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.287-292>

ENSAIO

A Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica no Projeto do Novo Código Penal

Wanderlei José dos Reis

Juiz de Direito em Mato Grosso/MT e ex-delegado de Polícia. Mestre em Direito Constitucional. Doutor e pós-doutor em Direito. Cursa o segundo doutoramento em Ciências Jurídico-políticas na Universidade de Lisboa (Portugal). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Graduado em Ciências e Matemática (com ênfase em informática). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, em Educação, em Direito Constitucional (dois cursos), em Direito Internacional, em Direito Público Avançado, em Direito Processual Civil Avançado, em Direito Tributário e Processo Tributário, em Direito Eleitoral, em Direito Administrativo e em Direito Penal e Processo Penal. Autor de 9 livros e inúmeros artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Vitalício da Academia Mato-Grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-Grossense de Magistrados (AMA). Atua como Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões e da 46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis-MT. <http://lattes.cnpq.br/6593014497611929>. wanderlei.jose@terra.com.br

RESUMO

É fundamental a criação de uma teoria delitiva aplicada somente à pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, devendo ainda o Projeto do novo Código Penal conceituar o ente moral de modo que esta concepção seja transnacional, uma vez que o ente fictício pode ocasionar danos ambientais que vão além dos limites geográficos do país.

Palavras-chave: Teoria delitiva. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Novo Código Penal.

CRIMINAL ACCOUNTABILITY OF LEGAL ENTITY IN THE NEW PENAL CODE PROJECT

ABSTRACT

The creation of a delictive theory applied only to companies is essential, whether public or private, even should the new Project Penal Code conceptualize the moral agent so that this concept is transnational, as the fictional one may cause environmental damage beyond the geographical boundaries of the country.

Keywords: Delictive theory. Criminal liability of legal entities. New Penal Code.

SUMÁRIO

1 Considerações Iniciais. 2 Análise do Tema. 3 Considerações Finais. 4 Referências.

Recebido em: 24/8/2017

Aceito em: 4/11/2019

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), elaborado por uma Comissão de Juristas presidida pelo ministro Gilson Dipp, busca tornar o novo Estatuto Repressivo o centro nevrálgico normativo penal, prevendo as regras gerais que deverão ser aplicadas em outras leis de conteúdo penal, como as leis extravagantes.

Dessa forma, a Comissão analisou as leis penais esparsas em vigor e propôs diversas reformas necessárias e, neste embalo, entendeu que há necessidade de o novo Código Penal condensar e ampliar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em consonância com a atual conjuntura social e política, sendo este o momento oportuno para o debate crítico da responsabilização de condutas socialmente danosas, gerenciadas, custeadas ou determinadas pelo ente coletivo.

Para tanto, é necessário compreender a atual legislação ambiental, que sanciona condutas lesivas praticadas pelos entes morais contra o meio ambiente, destacando os seus vícios, as teorias que tentam explicar esta determinação constitucional, bem como o que o Projeto do novo Código Penal dispõe quanto à matéria.

2 ANÁLISE DO TEMA

É sabido que a responsabilização penal da pessoa jurídica possui como fundamento a Carta Magna de 1988, que prevê, em seu artigo 225, § 3º, a responsabilização civil, administrativa e penal ao infrator que pratique ações lesivas ao meio ambiente, bem como o § 5º do artigo 173 da mesma *Lex Fundamentalis*, que admitiu, implicitamente, a responsabilidade penal de pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular ao prever que a lei poderá sujeitá-las “às punições compatíveis com sua natureza” – expressão que deve ser interpretada sistematicamente com o § 3º do artigo 225, que expressamente admite a sanção penal do ente coletivo.

Nesta senda, o meio ambiente é bem juridicamente relevante, uma vez que a Constituição Federal assim o prevê, por vontade expressa do legislador constituinte originário de 1988, devendo este patrimônio ser protegido no âmbito legislativo cível, administrativo e, também, penal.

A par de possuir o Direito Penal caráter fragmentário e subsidiário com relação a outros ramos do ordenamento jurídico como o Direito Civil e o Administrativo, visando, com isso, a proteger os bens da vida mais relevantes, como a vida humana, o patrimônio, a liberdade, a integridade física, a saúde pública, a fé pública, a honra, entre outros, deve ele tutelar também o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto que o bem ambiental é de uso coletivo e merece ser objeto de proteção estatal para as presentes e futuras gerações – a tutela do ambiente se constitui dever-tarefa do Estado e dever-obrigação da coletividade.

Assim, afloram como principais justificativas da necessidade da tutela penal do meio ambiente – responsabilização criminal de pessoas físicas e jurídicas por danos contra os bens protegidos na área da preservação ambiental – a própria natureza de direito fundamental do bem protegido pelas normas incriminadoras, que requer punições mais rigorosas, bem como a insuficiência das esferas civil e administrativa de responsabilização ambiental e a grande repulsa social às condutas antiecológicas.

A Lei nº 9.605/98, conhecida como “Lei de Crimes Ambientais” ou “Lei Ambiental”, prevê, no seu artigo 3º, a responsabilidade penal do ente abstrato quando a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. No parágrafo único do referido artigo o legislador infraconstitucional adotou o princípio da coautoria necessária entre pessoas física e jurídica.

Já o artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais dispõe sobre o concurso de pessoas, estabelecendo a regra da responsabilidade penal conforme o grau de participação de cada agente. Sob o aspecto quantitativo, o crime ambiental poderá ser monossubjetivo se praticado por uma só pessoa, ou plurissubjetivo, se mais de uma ou várias pessoas concorrerem para a sua consecução (tentativa ou consumação).

De outro giro, para que ocorra a responsabilização penal da pessoa jurídica é necessário que o delito tenha acontecido por meio de decisão de seu representante legal, ou seja, mediante ordem de seu presidente – diretor – por meio de decisão contratual ou por decisão de órgão colegiado. Segundo a doutrina, o representante legal da empresa é aquele que possui poder de decisão por intermédio de indicação nos estatutos ou nos contratos sociais do ente jurídico.

O exame do artigo 3º da Lei Ambiental deve levar em conta o artigo 2º do mesmo diploma. Desta forma, fazendo parte o representante da pessoa jurídica na conduta descrita na norma legal, este será coautor da pessoa jurídica e responsabilizado na medida de sua culpabilidade. No caso de se tratar de empregado – até mesmo gerente –, entretanto, haverá falta de culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta e não haverá responsabilização penal.¹

Por oportuno, cabe destacar também que, até agosto de 2013, os Tribunais Superiores entendiam que seria admissível a incriminação da pessoa jurídica, nas demandas de delitos ambientais, desde que a sua responsabilização estivesse associada à conduta da pessoa física, ou seja, deveria haver o concurso necessário entre aquela e, ao menos, uma pessoa física a atuar em seu nome ou em seu benefício, aplicando-se o sistema da dupla imputação ou sistema das imputações paralelas.

O Supremo Tribunal Federal² vem reconhecendo, contudo, a possibilidade de se processar penalmente a pessoa jurídica de forma isolada, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física em relação ao crime ambiental, haja vista que nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos, dificultando, assim, a identificação do responsável.

Não obstante, observa-se que a principal virtude da Lei Ambiental – o disciplinamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica – se constitui também em sua principal crítica ante a forma como isso se deu. Em outras palavras, padece de censuras o modo como foi tipificada a responsabilidade penal da pessoa jurídica na referida norma.

¹ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Culpabilidade e a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Ambiental*. V. V. Responsabilidade em matéria ambiental: responsabilidade civil; responsabilidade penal. São Paulo: RT, 2011. p. 615.

² Cf. STF – RE nº 548.181-PR (Primeira Turma, rel.ª min.ª Rosa Weber, DJe 19.06.13); e RE nº 628.582 AgR-RS (Primeira Turma, rel. min. Dias Tofolli, DJe 10.10.11).

No tocante à Lei nº 9.605/98, o legislador não previu um rito específico para o processamento da pessoa jurídica. As penas que fazem parte dos tipos penais da Parte Especial da Lei Ambiental são as privativas de liberdade e, neste particular, há nos tipos penais das penas aplicáveis às pessoas jurídicas. Dúvidas restam a serem respondidas no momento da integração da Parte Geral da lei à sua Parte Especial, pois as penas para as pessoas jurídicas, previstas na Parte Geral da lei, mais especificamente nos artigos 21 e 22, não podem ser aplicadas em razão da ausência de normas integradoras entre a Parte Geral e a Parte Especial. Em termos práticos, não seria possível, por exemplo, fazer a dosimetria da pena para a pessoa jurídica.

Outra crítica é a de que as previsões legais acerca das pessoas físicas autoras ou coautoras já dispensariam a figura dos partícipes. Segundo esta corrente, a pessoa jurídica não poderia ser jamais partícipe, mas apenas coautora. Uma grande dificuldade na efetivação da referida previsão legal estaria no fato de que o reconhecimento da responsabilidade penal estaria condicionado à demonstração de que existe uma decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado no interesse ou benefício da entidade. Tal exigência legal brasileira seria um entrave para que a tutela penal seja efetiva, tornando sua aplicação tão difícil quanto a responsabilização pessoal dos dirigentes da empresa.

Merece referência também o aumento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a adoção da teoria do risco integral com a responsabilidade integral e solidária em casos de pluralidade de poluidores. Isto pode causar problemas financeiros às empresas poluidoras do meio ambiente e gerar uma mudança dos investidores para países nos quais a legislação ambiental seja menos exigente.

De outro turno, cabe acrescentar que a responsabilização penal da pessoa jurídica (formação orgânica com direitos e com o objeto de realizar fins específicos, de natureza econômica ou não) por delitos ambientais é fruto de uma escolha política do legislador constituinte originário diante da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes coletivos.

Para se compreender a responsabilização penal da pessoa jurídica é importante salientar que há três correntes doutrinárias a respeito do tema. A primeira linha dogmática a aceita por estar prevista na legislação. Já a segunda clama por ajustes no sistema penal por entender que, nos termos em que está posta na legislação vigente, a responsabilização das pessoas jurídicas não é possível de ser realizada. A terceira corrente, por sua vez, não admite a responsabilização criminal das pessoas jurídicas no Direito brasileiro.

Neste rumo, as teorias que buscam responder questões acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica são denominadas teorias da ficção ou subjetiva e da realidade.

Com efeito, a corrente que nega a responsabilidade penal das pessoas jurídicas – teoria da ficção ou subjetiva – sustenta que a imputação violaria princípios constitucionais penais, mais especificamente os princípios da culpabilidade, da personalidade da pena, da humanização das penas, da igualdade, da intervenção mínima e da legalidade.

De acordo com a teoria da ficção de Savigny, as pessoas jurídicas não podem ter consciência da ilicitude (culpabilidade) porque são entes abstratos, criação humana, sem capacidade de agir e, por isto, não poderiam ser penalmente responsabilizadas.

Esta discussão, contudo, já se encontra superada, uma vez que a Carta Política de 1988 determina, peremptoriamente, a responsabilização penal do ente moral em seu artigo 225, § 3º. Atualmente, o cerne deste tema é o molde que se dará à penalização da pessoa jurídica, pois a Lei de Crimes Ambientais não traz uma teoria do delito específica para a pessoa abstrata, muito menos admite a responsabilização do ente de direito público.

Dessa forma, o PLS nº 236, de 2013, que visa a reformar o atual Código Penal brasileiro, dispõe, na sua Parte Geral, Título II, artigo 41, que as pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a Administração Pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, ou seja, os delitos dispostos nos Títulos X – Crimes Contra a Administração Pública (artigos 271 a 324), XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (artigos 348 a 387) e XIV – Crimes Contra os Interesses Metaindividuais – Capítulo I – Crimes Contra o Meio Ambiente (artigos 388 a 426).

Tendo em vista que a principal crítica endereçada à Lei Ambiental diz respeito à medida legal de culpabilidade dos entes coletivos, as sanções previstas no Projeto do novo Código Penal são compatíveis com as pessoas jurídicas, exceto as sanções de privação de liberdade trazidas pelos tipos penais, por não se coadunarem com a realidade dos entes morais, que deverão ser substituídas por aquelas elencadas nos artigos 34 e 35 do aludido Projeto. Assim, a proposta procurou tornar proporcional a sanção aplicável diante do agravo ocorrido, fixando limites mínimos e máximos para as sanções de suspensão de atividades, interdição de estabelecimentos, proibição de contratar com o Poder Público, etc. A única exceção prevista, todavia, é a liquidação forçada da pessoa jurídica, considerada a pena mais grave a ela aplicável, quando for constituída ou utilizada, preponderantemente, para facilitar, permitir ou ocultar a prática de crimes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modernas tendências do Direito Penal no neoconstitucionalismo sinalizam-no como a *ultima ratio* da política social, cabível somente quando as sanções administrativa e civil não se mostrarem suficientes e adequadas.

Neste diapasão, a tutela penal ambiental é deveras necessária, haja vista a clara insuficiência das tutelas civil e administrativa em produzir resultados práticos e efetivos na proteção do meio ambiente equilibrado, considerado direito fundamental e indivisível de todos.

A Lei nº 9.605/98, que representou grande avanço à legislação ambiental brasileira ao disciplinar, em seu artigo 3º, a previsão constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica, trouxe consigo muitas indagações quanto à sua conveniência, forma e requisitos de aplicação de sanções penais aos entes coletivos, na medida em que padece de omissão em relação à modalidade e à gradação da pena aplicável em diferentes situações concretas, bem como por não fixar um rito específico para os entes morais, estando ainda ultrapassada a imposição de concurso entre a pessoa física e a jurídica.

Com efeito, o Projeto do novo Código Penal brasileiro, ao lado de codificar muitas leis penais esparsas, procura sanar a questão relacionada às sanções aplicáveis ao ente coletivo, contudo não contempla a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, bem como não traz em seu bojo uma teoria do delito específica para o ente jurídico. Esse distanciamento

da pauta de uma teoria aplicada somente à pessoa jurídica poderá desencadear problemas na aplicação dos novos tipos penais relativos aos entes coletivos, a exemplo do que ocorreu com o artigo 3º da Lei nº 9.605/98, que tem demandado a atuação supletiva dos Tribunais pátrios.

Assim, é fundamental a criação de uma teoria delitiva aplicada somente à pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, devendo ainda o Projeto do novo Código Penal conceituar o ente moral de modo que esta concepção seja transnacional, uma vez que o ente fictício pode ocasionar danos ambientais que vão além dos limites geográficos do país.

4 REFERÊNCIAS

- BUTZKE, Alindo. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2006.
- MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). *Doutrinas essenciais – Direito Ambiental*. V. V. Responsabilidade em matéria ambiental: responsabilidade civil; responsabilidade penal. São Paulo: RT, 2011.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System des heutigen romischen Rechts*. Bd. 3. Berlin, 1840 (traduzido a partir do original em alemão por SCIALOJA, Turim, 1886, v. 8).
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.