



Editora **UNIJUI**

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito

Volume 8, Número 16

Jul./Dez. 2020

ISSN 2317-5389

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



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
Fabiana Fachinetto
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 8 • nº 16 • Jul./Dez. 2020

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, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

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

Sumário

Apresentação

Doglas Cesar Lucas

Páginas 5-6

“Meu Corpo me Pertence”:

Do Aborto à Gestação de Substituição, um Percorso Jurídico

Daniel Borrillo

Páginas 7-23

**A Terra Como Afirmação do Arquétipo da Mulher Selvagem:
Uma Análise da Recomendação Geral nº 19 Adotada Pela Convenção Sobre
a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – Cedaw**

Fernando de Brito Alves, Marina Marques de Sá Souza

Páginas 24-39

**Um Balanço das Políticas Públicas de Trabalho, Emprego e Renda
Para a População LGBT no Brasil e na Argentina (2004-2014)**

Bruna Andrade Irineu, Brendhon Andrade Oliveira

Páginas 40-55

**Conflito de Cosmovisões de Direitos Humanos:
Universalismo vs. Relativismo e as Propostas Conciliatórias Multiculturalistas
de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores**

Aline Memória de Andrade, Glauco Barreira Magalhães Filho

Páginas 56-74

**A Doutrina da *Res Interpretata* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos:
Diferenciais, Potencialidades e Desafios**

Tiago Fuchs Marino, Luciani Coimbra de Carvalho

Páginas 75-94

**Supranacionalidade e Direitos Fundamentais:
Efetividade do Direito Derivado na Comunidade Andina
e no Sistema Centro-Americano de Integração**

Eduardo Biacchi Gomes, Luis Alexandre Carta Winter

Páginas 95-111

**Pele Negra/Vermelha, Máscaras Brancas:
Contribuições à Descolonização das Teorias do Reconhecimento**

Marcos de Jesus Oliveira

Páginas 112-121

Direito à Morte Digna

Reis Friede

Páginas 122-137

**Direitos Humanos LGBTIs e Sistema de Justiça:
Standards de Proteção e Atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público**

Roger Raupp Rios

Páginas 138-151

**E se Tivermos Errado o Caminho?
Reflexões Sobre Questões Ambientais-Tecnológicas em Tempos de Covid-19**

Thami Covatti Piaia, Jacson Roberto Cervi

Páginas 152-163

O Ensino Jurídico e a Perspectiva Universitária Humanística

Aldemir Berwig

Páginas 164-176

**A Atualidade do Liberalismo Político de Bobbio na Época
do Liberalismo Econômico e do Populismo Autoritário**

Giuseppe Tosi

Páginas 177-193

Desenvolvimento, Direitos Humanos e Corrupção:

Correlações Entre IDH e IPC no Caso Brasileiro

Analissa Barros Pinheiro, Fernanda Cristina de Oliveira Franco

Páginas 194-208

**Sofrimento Mental e Dignidade da Pessoa Humana:
Interpretando as Intercessões Históricas e Filosóficas da Ordem Psiquiátrica**

Pedro Henrique Moreira da Silva, Valdênia Geralda de Carvalho

Páginas 209-221

**Combate à Pobreza por Meio de uma Justiça Distributiva:
Importância do Acesso à Educação para a Distribuição Equitativa de Oportunidades**

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira, Maria Marconiete Fernandes Pereira, Cristina Serafim Gadelha Campos

Páginas 222-237

**Mudanças Climáticas e os Refugiados do Clima como uma Questão de Segurança Humana:
Repensando a Proteção dos Direitos Humanos e o Multilateralismo no Século 21**

Diego Emanuel Arruda Sanchez

Páginas 238-259

**Cyberbullying:
Intimidação Sistemática, Constrangimento Virtual e Consequências Jurídicas**

Mateus de Oliveira Fornasier, Tiago Protti Spinato, Fernanda Lencina Ribeiro

Páginas 260-279

**Breve Análise das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana
de Direitos Humanos no Âmbito da Migração**

Oscar Silvestre Filho, Eduardo Dias de Souza Ferreira

Páginas 280-295

**Relevância Provisória e Urgência Sob Medida:
Paradoxos Conceituais na Moderna Conjuntura Jurídico-Política Brasileira**

Delano David Silva, Everaldo Luiz Bonfim Fernandez

Páginas 296-310

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.5-6>

Apresentação

No momento em que escrevo esta apresentação, no dia 23 de novembro de 2020, o Brasil encontra-se no epicentro mundial da pandemia da Covid-19 e já registrou a morte de 170 mil pessoas. Infelizmente o cenário é bastante grave e os números tendem a ser cada vez mais alarmantes. Para além dessa crise sanitária o país terá de enfrentar a pior crise econômica de sua história, que deixará milhões de pessoas sem emprego e sem muita perspectiva de futuro, quadro que é agravado quando se trata da população mais vulnerável socialmente.

Enquanto isso nosso presidente da República e seu governo têm uma forma muito particular de interpretar a realidade dolorosa que afeta nosso país, que é construindo a sua própria versão da realidade. Fatos históricos, ciência, estatísticas, para esse governo, não comunicam nada para além do que lhe agrada ideologicamente. Negacionismo e revisionismo são defesas correntes desse governo e de seus apoiadores. Há uma perversidade nessa forma de agir e um autoritarismo escancarado. Nega-se a pandemia, nega-se a ditadura, nega-se os direitos humanos. Mais do que isso: nega-se a morte. O governo é indiferente a ela. Os milhares de brasileiros mortos não sensibilizaram o chefe na Nação até hoje. Seu discurso naturaliza a morte, a torna desimportante como acontecimento social. Bolsonaro se desresponsabiliza pela vida dos brasileiros quando encara a morte unicamente como evento biológico. A morte como um acontecimento social e público evitável o presidente não consegue acessar e por isso a vida dessas pessoas não lhe faz sentido. Para quem defende tortura e torturadores, armas como política pública, não é de estranhar tal posição.

No combate à Covid-19, por exemplo, o governo posicionou-se contra as orientações da OMS, negou todas as evidências e pesquisas médicas e, justamente por discordar da Medicina, no momento mais grave da pandemia estivemos sem ministro da Saúde. O nosso ministro, que ficou interino durante meses, é um militar sem formação médica. O governo nega a ciência. Não aceita a Medicina, por isso não consegue um médico para ser ministério da Saúde. O presidente e seus apoiadores chegaram a defender um medicamento (a famosa cloroquina) para o combate da Covid-19 sem nenhuma comprovação científica. Inclusive a notícia positiva de que estamos próximos de uma vacina para o início de 2021 foi motivo de disputas políticas nesse governo. Chegamos ao quadro dramático que transforma opiniões, verdades inventadas, em algo mais importante que o conhecimento.

Para o governo a economia é mais importante que o combate à doença. Talvez por que as vítimas sejam pessoas mais velhas e com comorbidades e que as infectadas em maior número residam em áreas mais vulneráveis e usem diariamente o transporte público lotado para ir trabalhar. Será que idosos, doentes e mais pobres são vidas que não merecem ser vividas plenamente? O governo não se interessa por essas vidas? Ao banalizar a morte dessas pessoas o presidente assume uma posição quase darwinista de sobrevivência, para não dizer eugênica.

Esse governo exalta o regime militar, estimula atos públicos contra os demais poderes, enaltece torturadores e critica abertamente quem defende os direitos humanos. Destaca em alto e bom som que governa para majorias, em nome delas e somente para elas. Apela, por isso, para narrativas homogeneizadoras como Deus, pátria, família e homens de bem. Elege inimigos o tempo todo e faz da tensão com os demais poderes uma forma de seu agir político. Sua tendência de ameaçar os outros poderes e de impor sua própria realidade como protagonista histórica deixa evidente que o governo despreza as potenciali-

dades dialogais inerentes aos conflitos gestados democraticamente. Simplesmente não aceita divergências. Em palavras bem objetivas: o governo do presidente Bolsonaro não é um grande apreciador das formas democráticas de condução da República.

O Brasil precisa dar-se conta dos riscos que a democracia brasileira enfrenta. Ela está sendo ameaçada em tempo de normalidade democrática. O ódio, o medo, o fundamentalismo, crescem num momento em que cada um constrói a realidade a sua maneira. A virtualização do mundo público e da vida íntima acelerou esse fenômeno. A democracia precisa de uma realidade comum sobre a qual se possa estabelecer uma discussão intersubjetiva. Narrativas de ordem, de segurança, de autoridade, de religiosidade, surgem como mecanismos de segurança numa sociedade fragmentada e sujeitos erodidos. A virtualização da vida afetou nossas subjetividades e de modo muito especial a forma de funcionamento da nossa democracia. Para se ler e interpretar bem o Brasil, teremos de compreender, para além das ruas, as redes. Elas estão sendo a própria realidade. Negam, mudam, inventam, tudo a critério de quem nelas atua e influencia. Elege prioridades pessoais, elegem e derrubam políticos. Precisamos que a realidade da ciência, da cultura, da História, ocupe seu lugar. Não deixemos esse governo moldar a realidade a sua maneira. Um governo que nega a morte, a Medicina, a História, os direitos humanos, pode muito bem negar a democracia. Estejamos alertas. Os textos que compõem mais um número de nossa Revista têm compromisso declarado com os direitos humanos e o projeto democrático de nosso país.

Douglas Cesar Lucas
Editor

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.7-23>

“Meu Corpo me Pertence”: Do Aborto à Gestação de Substituição, um Percurso Jurídico¹

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.
<http://lattes.cnpq.br/3950679133929945>. borrillo@u-paris10.fr

RESUMO

O uso em particular de termos como “aluguel de barrigas”, “escravidão”, “mercantilização do corpo”, “venda de filhos”, “prática eugênica”, “vontade alienada”, “bebês à la carte” ou “crianças geneticamente modificadas”, substancia algumas das estratégias discursivas que consistem em retirar da deliberação democrática a regulamentação acerca da gestação de substituição, que parece só merecer condenação e anátema. Envolvida na longa controvérsia sobre o direito do indivíduo de dispor de seu corpo, a gestação de substituição é, no entanto, objeto de um consenso negativo preocupante tanto político quanto acadêmico. De fato, os oponentes da prática estão em todo o espectro político, desde a esquerda rebelde até os partidários da *Manif pour tous*, incluindo a esquerda socialista e a direita republicana; um estranho consenso, baseado em uma aversão comum ao liberalismo, seja ele econômico, político ou social. Nesse sentido, este texto propõe-se a discutir a complexa questão envolvendo a gestação de substituição, especificamente no que se refere ao cenário francês.

Palavras-chave: Bioética. Direitos reprodutivos. Gestação de substituição.

“MY BODY BELONGS TO ME”: FROM ABORTION TO SUBSTITUTION PREGNANCY, A LEGAL ROUTE

ABSTRACT

The use in particular of terms like “belly rent”, “slavery”, “commercialization of the body”, “sale of children”, “eugenic practice”, “alienated will”, “à la carte babies” or “genetically modified children” embody some of the discursive strategies that consist of removing from regulation the democratic procedure of substitution gestation, which seems to deserve only condemnation and anathema. Involved in the long controversy over the individual’s right to dispose of his body, the replacement pregnancy is, however, the object of a worrying negative consensus, both political and academic. In fact, opponents of the practice are across the political spectrum, from the rebel left to supporters of the *Manif pour tous*, including the socialist left and the republican right. A strange consensus based on a common aversion to liberalism, be it economic, political or social. In this sense, this text proposes to discuss the complex issue involving the pregnancy of substitution, specifically with regard to the French scenario.

Keywords: Bioethics. Reproductive rights. Replacement gestation.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Poder pensar a GPA. 3 Poder regular a gestação de substituição. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 21/9/2020

Aceito em: 24/11/2020

¹ Tradução do francês por Neiva Brum e Doglas Cesar Lucas.

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Organização Mundial da Saúde,² a gestação de substituição (GPA)³ é uma forma de reprodução medicamente assistida. Ela faz referência à situação na qual um indivíduo ou um casal (heterossexual ou homossexual) faz acordo com uma terceira pessoa (mulher gestadora) a fim de conceber e gestar uma criança. Se o ovócito é aquele da mulher substituta, deveríamos falar de procriação para outro. A GPA, propriamente dita, é aquela na qual o ovócito provém ou da mãe de intenção ou de uma doadora, de tal maneira que a mãe gestacional (a gestadora) não participa na concepção. Podemos igualmente falar de GPA quando a gestadora porta um embrião concebido *in vitro* pelos pais de intenção, que são também os genitores.

Os estudos sociológicos estão de acordo para reconhecer que as mulheres que portem uma criança para outro não se consideram, elas mesmas, como mães da criança.⁴ Como observa Jérôme Courduriès, contudo, “a mulher substituta, mais do que uma simples provedora de filhos, integrou o meio amigável dos pais de intenção”.⁵ Os trabalhos de D. Mehl elucidaram as relações que se estabelecem entre os pais patrocinadores e a mãe de aluguel: “eles se escolhem mutuamente, o perfil psicológico, o modo de vida, os gostos [...]. Um entendimento forma-se entre a mãe que vive a gravidez por procuração e que a vive no seu corpo”.⁶ Nessa nova configuração procriativa, não é mais a biologia, mas o projeto parental que determina a origem da filiação.⁷

Se a GPA constitui, sem dúvida, uma prática controversa, a condenação quase unânime que ela sofre na França não cessa de surpreender e requer uma análise que vá além do Direito, quando, sobretudo, essa condenação é circunscrita à classe política e aos intelectuais, mas se acha em contradição com a opinião pública. Com efeito, de acordo com a pesquisa *Odoxa*, publicada em 18 de outubro de 2019 pelo “Le Figaro” e “France Info”, os entrevistados afirmam que são a favor da autorização da gestação de substituição em 68% para casais heterossexuais e 53% para casais homossexuais.

² ZEGERS-HOSCHSCHILD, F. *et al.* (on behalf of Icmart and Who). “The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology”. *Human Reproduction*, 24(11), p. 2.683-2.687, 2009.

³ Nota do tradutor: GPA é um acrônimo francês de *gestation pour autrui* para designar o que no Brasil chama-se de gestação ou maternidade de substituição ou, mais coloquialmente, “barriga de aluguel”. Como a expressão é trazida por inúmeras vezes no texto, optou-se por mantê-la no original.

⁴ TEMAN, E. *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*. Berkeley, Los Angeles; London: University of California Press, 2010. RAGONÉ, H. “Chasing Tue Blood Tie – Surrogate Mothers, Adoptive and Fathers”, *American ethnologist*, 23(2), p. 352-365, 1996. PANDE, A. *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014.

⁵ COURDURIÈS, J. “Ce que fabrique la gestation pour autrui”. *Parentés contemporaines. Journal des Anthropologues*, p. 144-145, 2016.

⁶ MEHL, D. “La famille contemporaine au prisme des procréations médicalement assistée”. *Cliniques méditerranéennes*, v. 83, n. 1, p. 95-108, 2011.

⁷ MEILHAC-PERRI, M. “*L'autonomie de la volonté dans les filiations électives, thèse en droit, université de Bourgogne*”, 2014.

A par da ausência de revisão das leis francesas de bioética, a gestação de substituição é onipresente nas discussões dos Estados Gerais sobre bioética⁸ e no debate público.⁹ Considerada como uma forma de mercantilização do corpo humano, contrária à dignidade da mulher por seus opositores, ela é justificada por seus defensores como uma realidade incontornável, à qual é preciso responder ao menos pela transcrição e registro da certidão de nascimento estrangeira das crianças nascidas por GPA. É esta posição minimalista que foi adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) ao condenar por cinco vezes a França por recusar o registro solicitado pelo pai.¹⁰ A obrigação do registro do estado civil da filiação paterna de intenção (com a condição de que ele tenha uma ligação biológica), de uma parte, e a abertura da adoção da criança ao cônjuge do pai, de outra, torna efetiva a convenção de gestação de substituição concluída no estrangeiro, ainda proibida na França. Além disso, sabemos o quanto essa eficácia permanece incerta, sobretudo no que concerne ao reconhecimento da maternidade de intenção. Com efeito, conforme lembrou até recentemente a Corte de Cassação, “a realidade do parto designa a mãe”. É assim porque, mesmo se a mãe de intenção fornecesse seu ovócito, a mãe substituta permaneceria a mãe jurídica para o Direito francês. Isso explicaria a interdição do registro de filiação no estado civil francês da mãe de intenção. Na resposta a uma questão prejudicial da Corte de Cassação, a CEDH considerou, em 2019, que o registro das certidões de nascimento legalmente estabelecidas no estrangeiro não constituiria uma obrigação para o Estado:

O Artigo 8 da Convenção não impõe aos Estados uma obrigação geral de reconhecer ab initio um vínculo de filiação entre a criança e a futura mãe. O que o superior interesse da criança exige é que o vínculo legalmente estabelecido no exterior possa ser reconhecido, o mais tardar, quando se concretizar. Não compete ao Tribunal, mas às autoridades nacionais avaliar, à luz das circunstâncias específicas do caso, se e quando esta ligação se concretizou.

Os juízes de Estrasburgo observaram que o

direito ao respeito da vida privada da criança, no sentido do artigo 8 da Convenção, requer que o direito interno ofereça uma possibilidade de reconhecimento de uma ligação de filiação entre essa criança e sua mãe de intenção, designada na certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro como sendo a “mãe legal”.¹¹

Em se tratando de um casal heterossexual, o estabelecimento da filiação em relação ao pai biológico efetiva-se automaticamente e, no que se refere à mãe de intenção, a CEDH considera que não há obrigação de registro dessa ligação, podendo se estabelecer por adoção que, entretanto, é aberta aos pais casados. A Corte de Cassação se pronunciou em 2019 sobre

⁸ Nota do tradutor: Estados Gerais sobre temas de bioética são uma forma de consulta ao cidadão que visa a coletar a opinião da população antes de modificar as leis de bioética existentes na França.

⁹ Ver: MÉCARY, Caroline. *PMA E GPA: O que eu sei?* Paris: PUF, 2019.

¹⁰ Acórdão CEDH de 26 de junho de 2014. *Menesson c/ France*. Acórdão CEDH de 26 de junho de 2014 *Labassée c/ France*. Acórdão CEDH de 19 de janeiro de 2017. *Laborie c/ France* e acórdão CEDH de 21 de julho de 2016. *Foulon et Bouvet c/ France*.

¹¹ Parecer CEDH de 10 de abril de 2019 (Os Estados não têm obrigação na transcrição da certidão de nascimento de uma criança no seio de uma GPA no estrangeiro para estabelecer sua ligação de filiação com a mãe de intenção. A adoção pode ser uma modalidade de reconhecimento dessa ligação).

a questão, ressaltando que, se em geral a adoção continua sendo o meio que mais bem atende ao reconhecimento da futura mãe, no caso específico, é suficiente o registro, na França, da certidão de nascimento estrangeira designando a senhora Mennesson como a mãe legal das crianças.¹² Nesse mesmo ano, ao estender a jurisprudência do Caso Mennesson para uma série de quatro acórdãos,¹³ a Corte de Cassação ordenou a averbação total da certidão de nascimento estrangeira independentemente do modo de concepção da criança. Os pais pretendentes, independentemente de seu gênero, sua orientação sexual ou seu *status* familiar, não precisam mais iniciar um procedimento de adoção para validar sua ascendência em caso de valarem-se de uma mãe substituta.

Se a questão do registro da certidão de nascimento estrangeiro parece um ponto resolvido, o reconhecimento da GPA na França não está merecendo a devida atenção pela classe política.

A partir da análise de diferentes correntes doutrinárias, esse texto constitui um esboço a fim de se pensar juridicamente a GPA.

Primeiramente, nos concentramos em compreender a origem da hostilidade que suscita a prática da gestação de substituição e os argumentos apresentados por aqueles que gostariam de justificar o banimento dessa prática. Em seguida, procedemos a uma apresentação dos vários regulamentos possíveis para a gestação de substituição tanto para as crianças quanto para todas as pessoas que participam desta nova forma de ter uma família.

2 PODER PENSAR A GPA

Além dos problemas jurídicos que a técnica suscita, trata-se de analisar a GPA para além das fantasias que ela levanta e a partir das principais questões sociológicas e culturais que ela suscita.¹⁴ Nossa empreitada consiste em debater seriamente uma questão considerada indefensável, quer dizer, impensável e impensada, tanto que nenhuma força política está propondo legalizar a GPA na França.

Termos como “escravidão”,¹⁵ “veneno”, “mercantilização do corpo”, “tráfico de mulheres”,¹⁶ “venda de crianças”, “útero mercenário”, “carteira de encomendas”, “prática eugênista”, “negação contratual da gravidez”, “vontade alienada”, “bebês à la carte”, “crianças geneticamente modificadas”, “prática veterinária”, “turismo procriativo”,¹⁷ “indústria de gerar

¹² Caso cível de 4 de outubro de 2019, recurso n° 10-19053.

¹³ Caso cível de 18 de dezembro de 2019 n° 18-11.815, n° 18-121.327, n° 18-14.751 e 18-50.007.

¹⁴ Como o fez o Conselho de Quebec do Estatuto da mulher, num parecer de 2016: “Mães portadoras: reflexões sobre os desafios atuais”.

¹⁵ É hábito no debate público fazer analogia entre GPA e escravidão, o que é particularmente chocante, uma vez que o trabalho forçado e o tráfico constituem crimes contra a humanidade. Comparar a GPA à escravidão é uma banalização insuportável de uma prática abolida em 1848 e penalizada, muito severamente, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

¹⁶ Segundo Tugdual Derville, delegado geral da Associação “Alliance Vita”.

¹⁷ DUGUET, A.; PRUDIL, L.; HREVTSOVA, R. “Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger: conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays”. *Médecine & Droit*, (125), p. 46-51, mars/avril 2014.

filhos sob encomenda”, “primeiro passo na direção do transhumanismo”¹⁸ ou, ainda, “mãe artificial”, podemos ler na imprensa generalista e nas revistas jurídicas. Tudo isso evidencia uma estratégia discursiva que consiste em retirar da deliberação a regulamentação da GPA, a qual são mereceria condenação e excomunhão.

Uma especialista do Direito Civil at e irá afirmar:

Houve um tempo em que, quando voc e dizia que o tráfico de pessoas deveria ser abolido universalmente, dizia-se que esse tráfico era um fato e que nunca podemos parar os fatos, pois a escravidão responde ao jogo da oferta e da procura. Nós estamos analogamente no mesmo período no que diz respeito   gestação de substituição: somos tomados por utópicos. Portanto, a escravidão foi abolida, após uma disputa entre aqueles que acreditavam que os seres humanos podiam ser tratados como coisas e aqueles que pensavam o contrário. O mesmo confronto ocorre no caso de gestação de substituição.¹⁹

Este argumento é desprovido de originalidade. A *Family Research Council*, principal lobby anticasamento gay em Washington, ligado à direita religiosa, já o havia utilizado, numa nota interna, sugerindo ao Partido Republicano que se opusesse   GPA. Esta, segundo o documento, nada mais   do que o retorno moderno da escravidão, afetando as mulheres pobres, negras ou porto-riquenhas: “O Partido Republicano foi fundado contra a propagação da escravidão”, lembrou a nota.²⁰ No plano internacional, os principais grupos feministas alinharam-se com esse argumento. Assim, “Stop Surrogacy Now” considera que a “gestação de substituição repousa sobre a exploração de mulheres mais desfavorecidas”²¹ e o *Maternity Traffic*, ou Rede Feminista Internacional de Resistência   Engenharia Reprodutiva e Genética (Finrrage), condena a maternidade de substituição em todas as suas formas. A aliança das feministas com grupos conservadores não   nova. Desde o final dos anos de 70 do século 20, o coletivo Mulheres Contra a Pornografia demandou a proibição da pornografia em nome da dignidade e da igualdade das mulheres e, alguns anos depois, as principais figuras feministas do coletivo não hesitaram em unir forç as com Ronald Reagan em uma cruzada contra a pornografia, considerando essa prática a origem dos crimes sexuais e do comportamento antissocial.²² Na França, com a notável exceção do Planejamento Familiar, a maioria das associações feministas tem se mobilizado para a abolição da prostituição e a criminalização de clientes cristalizada na Lei de 2016.

Os argumentos do feminismo antiliberal chegaram com forç a na França igualmente contra a GPA. A tarefa é ainda mais temível porque esse feminismo radical permitiu tirar as questões sexuais do registro da moral, fornecendo argumentos considerados mais razoáveis sobretudo num Estado laico.

¹⁸ HERMITTE, M. A. “De la question de la race à celle de l’espèce – Analyse juridique du transhumanisme”. In: CANSELIER, G.; DESMOULIN-CANSELIER, S. *Les catégories ethno-raciales à l’ère des biotechnologies*. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine. Société de législation comparée, 2012.

¹⁹ Frison-Roche, Marie-Anne. *Mères porteuses*: “Une GPA ‘ thique’ ne peut pas exister en droit français”, *Marianne*, 7/3/2019.

²⁰ Citado por JOVA, Pierre. “GPA: le stade supr me du lib ralisme”. *Causeur.fr*, 30/6/2014.

²¹ Disponível em: <https://www.stopsurrogacynow.com/the-statement/statement-french/>.

²² Relatório Meese em nome do procurador-geral dos Estados Unidos sob a Presidência de Reagan.

Assim, em uma coluna publicada no *Le Monde* em janeiro de 2018, cerca de 40 personalidades, incluindo S. Agacinski e R. Frydman, manifestaram-se contra a gestação de substituição, destacando que essa prática “é semelhante a uma forma de corrupção [...] uma vez que atribui um valor de mercado ao filho e à vida orgânica da mãe de aluguel [...]. O objeto de tal comércio não é apenas a gravidez e o parto, é também a própria criança, cuja pessoa e filiação materna são transferidas para seus financiadores”. Para a psicanalista, guardiã da identidade psíquica da humanidade, “a *fraus omnia corrumpit*: a fraude corrompe tudo, até a construção da identidade da criança”.²³ Segundo a socióloga, guardiã da ordem simbólica, “não podemos pedir à lei que legitime o uso do outro sexo como mera barriga ou ganhão. Seria uma regressão muito séria ao biologismo”.²⁴ Para a jurista, guardiã da dignidade humana e feminista essencialista, guardiã do ventre das outras, a gestação de substituição nada mais é do que a reificação dos corpos das mulheres e o comércio de crianças.²⁵

A condenação da GPA atinge seu paroxismo quando ela é comparada às práticas nazistas. Assim o senador Henri Leroy (*Les Républicains*) declarou recentemente:

É preciso lembrar que a eugenia levou, no século passado, a experiências dramáticas, como as do professor Mengele que queria manipular genes para chegar a uma raça perfeita. Quando brincamos com genes, abrimos a porta para todos os lunáticos.²⁶

Do mesmo modo, Laurent Wauquiez, durante um discurso em novembro de 2018 para ativistas da *Sens Commun*, descreveu a abertura da reprodução assistida para casais de mulheres da seguinte forma: “Sim, é uma engrenagem, e esta engrenagem levará necessariamente à mercantilização dos gametas. Tudo isso tem um nome e isso é eugenia; tudo isso foi feito por um regime, é o nazismo.” A referência ao Terceiro Reich não é nova.²⁷ Pierre Legendre, durante o debate sobre os Pacs, já a havia usado: “Instituir a homossexualidade com status de família é colocar o princípio democrático a serviço de uma fantasia. Isso é fatal na medida em que o direito, fundado sobre o princípio genealógico, dá lugar a uma lógica hedonista herdada do nazismo”.²⁸

Inscrita na longa controvérsia sobre o direito do indivíduo em dispor do seu corpo, a GPA é objeto de um inquietante consenso negativo na França, tanto política²⁹ quanto academicamente. Ela é percebida como o último grau do ultraliberalismo. Contrariamente, entretanto, a uma crença prevalente, segundo a qual nós vivemos numa época de hiperindividualismo onde o GPA seria a consequência inevitável, temos de reconhecer, no estado atual do direito positivo, que o indivíduo não dispõe livremente nem do seu corpo tampouco de sua

²³ LÉVY-SOUSSAN, P. *Le Point*, 19/6/2015.

²⁴ “*Non au mariage bis des concubins*”. Entrevista de Irène Théry na Revista *l’Express*, 2/10/1997.

²⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel. *La Croix*, 18/5/2015. Bernadette et la Commission féministe. “Pourquoi sommes-nous contre la gestation pour autrui GPA?” Les alternatifs, solidarités, écologie, féminisme, autogestion: alternatifs.org.

²⁶ *Nice-Matin*, 13 nov. 2018.

²⁷ Alain Supiot, referindo-se à “função antropológica do direito”, considera que as reivindicações homoparentais seriam, por seu caráter identitário, comparadas a “usar a estrela rosa”. Entrevista na revista *Esprit*, de fevereiro de 2001, com O. Mongin, J. Roman e M. Thery.

²⁸ Entrevista com A. Spire, *Le Monde*, 23 de outubro de 2001.

²⁹ Num relatório da Assembleia Nacional de 25 de janeiro de 2006, presidido por Patrick Bloch e tendo como relatora Valérie Pécresse, a proibição da gestação de substituição não só foi confirmada, mas também a impossibilidade de adoção da criança pela futura mãe tal como proposto hoje pela Corte de Cassação.

vida. Com efeito, a eutanásia é penalmente sancionada, a doação de órgãos após a morte presumida e nós não podemos dispor livremente de nosso cadáver nem fazer o que desejamos de nossas cinzas: a ordem pública assim o quer... A inseminação *post mortem* permanece proibida assim como a doação dirigida de gametas,³⁰ e, acima de tudo, a gestação de substituição   um espantalho.

Perdidos no labirinto dos relatórios do Comit  Nacional Consultivo de  tica, do Conselho de Estado, da Agência de Biomedicina, da Organização Parlamentar de Avaliação das Escolhas Científicas e Tecnológicas, da Comissão Nacional Consultiva dos Direitos Humanos, do Defensor dos Direitos Humanos, do Defensor dos Direitos da Academia de Medicina e outras intervenções de peritagem, corremos o risco de perder de vista a ideologia subjacente do dispositivo bioético francês, em particular quando se trata de pensar (ou não pensar) a GPA.  nica no mundo, “a identidade bioética na França”³¹ veicula, por sua vez, uma visão particularmente pessimista do indivíduo, da ciência e do mercado e um fetichismo de ordem natural, visão compartilhada pela esquerda pós-moderna e a direita conservadora, desde da ecologia política   conferência episcopal. A busca do interesse individual   responsabilizada pela desintegração do laço social. O progresso científico   denunciado como uma sede desenfreada de conhecimento que leva à alienação do homem (até mesmo ao seu aniquilamento), e a economia de mercado s  é compreendida nas desigualdades que gera. O diagnóstico pré-implantação é acusado de precipitar a humanidade para o abismo da eugenia totalitária, e isso por causa de uma confusão deliberadamente mantida, entre, por um lado, a eugenia estatal racista e genocida e, por outro, a eugenia liberal³² que não visa à superioridade de uma raça, mas   melhoria das condições de vida biológica dos indivíduos.

Não sem um paternalismo compassivo, a GPA tinha, portanto, se imaginado, outrora, como um paliativo   esterilidade. Com efeito, em 2010 o Comit  de  tica vislumbrava sua legalização como uma resposta da sociedade a uma “injustiça da natureza”: infertilidade de origem uterina.³³ Nadine Morano, ministra da Família em 2013, assim declarou em entrevista ao *Le Monde*: “se a esterilidade de um casal é constatada, uma mulher pode gestar uma criança que não   sua geneticamente”. Uma proposição de lei tendendo a enquadrar a GPA foi registrada no Senado pela direita em 2010 para permitir a inserção da GPA no quadro da assistência médica da procriação. Tornar-se-ia mais um instrumento suplementar ao serviço da luta contra a infertilidade, sem reconhecer, contudo, um direito à criança. Estabelecia dita proposição:

S  poderão beneficiar-se de uma gestação por outrem os casais compostos por pessoas de sexo diferente, casadas ou em medida de justificar uma vida conjunta com, no mínimo, dois anos, em idade de procriar e domiciliados na França. A mulher deve se encon-

³⁰ BORRILLO, Daniel. *Disposer de son corps, un droit encore   conqu rir*. Paris: Textuel, 2019.

³¹ A expressão é utilizada na exposição de motivos do Projeto de Lei relativo   bioética n  2.187, apresentado pelo primeiro ministro e o ministro da Saúde no dia 24 de julho de 2019.

³² HABERMAS, J. *L’avenir de la nature humaine. Vers un eug nisme liberal?* Gallimard, 2002.

³³ Parecer n  110 do CNCE, 2010.

trar na impossibilidade de conduzir uma gravidez até o final ou não poder conduzi-la sem um risco de uma gravidade particular para sua saúde ou da criança que vai nascer. Um dos membros do casal, ao menos, deve ser o pai genético da criança.³⁴

O procedimento é muito supervisionado e controlado por um juiz. Este último, ainda de acordo com este projeto de lei, “também fixaria o valor a ser pago pelo casal beneficiário à gestadora para fazer face às despesas com a gravidez” não cobertas pela Seguridade Social.

Hoje, o consenso anti-GPA – inclusive por razões médicas e no seio do casal heterossexual – reflete-se na exclusão da questão na revisão da lei de bioética, apesar de ter sido aclamado em todo o debate dos Estados gerais da bioética. O presidente da República, o primeiro-ministro, todos os ministros e todos os parlamentares (com exceção da senadora Esther Benbassa e do deputado Aurélien Taché), pronunciaram-se formalmente contrários à mãe de aluguel. Isso porque essa prática desperta um verdadeiro horror na classe política,³⁵ quando bastaria concebê-la como parte do repertório das liberdades fundamentais, neste caso, a liberdade reprodutiva. Se uma mulher tem o direito de realizar um aborto, por que ela seria proibida de levar uma gravidez a termo em nome de terceiros? Recordemos o argumento do individualismo, alardeado até como caricatura no debate sobre o aborto (há 45 anos)³⁶ por meio do exemplo da mãe que não quer dar à luz ao filho para não interromper suas férias.

Mais recentemente, a senadora Catherine Tosca não hesitou em recorrer ao seu instinto para denunciar a GPA:

Enquanto mulher e mãe, eu não consigo me imaginar pedindo a uma mulher que deu à luz um filho que me dê esta criança. Quem teve a sorte de ter um filho por nove meses sabe que o vínculo que se estabelece com o filho é inelutável. Não importa o que ela diga, nenhuma mãe substituta jamais será capaz de esquecer que por nove meses ela foi aquela mãe que permitiu que o filho se desenvolvesse.³⁷

Em uma carta aberta ao presidente Hollande, em 2014, certas figuras de esquerda, como L. Jospin, C. Tasca, J. Delors, N. Notat e M. G. Buffet, chegaram a se opor ao julgamento da CEDH:

Assim, a França poderá justificar o não registro das filiações porque isso seria admitir a eficácia dos contratos de mãe substituta no exterior e brevemente na França, já que terá modificado o estatuto da criança. Porque é a defesa das mulheres e das crianças que está em jogo, nós pedimos também que fortaleçam o mecanismo legislativo para lutar contra a prospecção de clientes franceses por agências de mães substitutas e que apresente um

³⁴ Proposição de Lei nº 234 tendendo a autorizar e enquadrar a gestação para outrem, 27 de janeiro de 2010.

³⁵ Esta classe política que parece bem distante da opinião pública. Com efeito, uma pesquisa feita pelo *Ifop* para o *La Croix* e o Fórum Europeu de Bioética, em 2018, confirma o consentimento, de grande parte da sociedade, para assuntos como a ampliação da procriação medicamente assistida (PMA) aos casais de mulheres (60%) e às mulheres solo (57%), a uma evolução da lei sobre o fim da vida (89%) ou, mais surpreendente ainda, a supressão da interdição da GPA (64%). Estas cifras desenham a imagem de uma sociedade liberal sobre questões importantes, como 89% dos franceses reconhecem, aliás.

³⁶ MOSSUZ-LAVAU, J. *Les Lois de l'amour: Les Politiques de la sexualité en France, de 1950 à nos jours*. Paris: Payot, 2002.

³⁷ Debates parlamentares sobre o projeto de lei de bioética, sessão de 7 de abril de 2011.

projeto de convenção internacional voltado para proibir a prática de mães de aluguel e combater essa prática por meio do direito penal, como a convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de seres humanos.³⁸

Segundo nossos representantes, a partir de então reinaria supremo o “individualismo”, a “tecnicização” e a “mercantilização da vida humana”, a “tirania do desejo” e a sua “vontade de poder”. A retórica não   nova. O indivíduo é apresentado como um sujeito caprichoso e egoísta, movido pelo interesse: “Eu quero, logo tenho o direito”. Indivíduo a quem é imperativo opor limites, inclusive contra si mesmo, porque, como afirma a socióloga Nathalie Heinich: “O que me parece ter sido traçado por trás da vontade de autorizar a realização do desejo individual de ser pai a todo custo, é uma forma de arrogância, uma fantasia de onipotência”.³⁹

Depois do final do século 19, sob a influência das análises de Durkheim, as elites têm estado obcecadas por um suposto individualismo que invade a sociedade e a leva necessariamente para a anomia. Esta forma de fatalismo chega a influenciar a filosofia e o direito. Assim, no século 20, a teoria do personalismo de Emmanuel Mounier, fundador da *Revue Esprit*, vai propor uma nova forma de conceber os direitos humanos contra o indivíduo. Esta teoria é particularmente prejudicial na caricatura que forja do individualismo (assimilada ao ego simo): “O indivíduo é a dissolução da pessoa na matéria. [...] Dispersão, avareza, essas são as duas marcas da individualidade [...]. Além disso, a pessoa só pode crescer purificando-se do indivíduo que está nela”.⁴⁰

Da mesma forma, basta invocar a mercantilizaç o⁴¹ para descartar qualquer debate sobre uma possível compensação para doadores e mulheres portadoras. Então, enquanto todos são pagos para alugar sua forçá de trabalho (pesquisadores, médicos, enfermeiras, pessoal administrativo, advogados, etc.), a mulher substituta e os doadores de gametas não podem alegar fazê-lo sob pena de comprometer sua dignidade. A *Manif pour tous*,⁴² a direita e a esquerda conservadora, concordam que a gestação de substituição faz parte de um novo mercado humano específico para o ultraliberalismo e o tecnocapitalismo. Impor o livre-acesso, no entanto, não é apenas injusto, mas suicida para a própria prática da gestação de substituição: Quem vai querer carregar um filho por nove meses sem qualquer compensação? Nesse sentido, o trabalho da antropóloga Helena Ragon  tem mostrado que as mães de aluguel, ao insistirem fortemente no aspecto altruísta de seu ato, buscam conciliar o fato de estarem violando uma norma (serem pagas para ter um filho) e sua adesão aos valores tradicionais (ajuda   mulher estéril, importância da maternidade e da família, etc.).⁴³

³⁸ Carta aberta ao Presidente da República: “GPA: Monsieur le pr sident de la République...”. *Libération*, 13 de julho de 2014.

³⁹ HEINICH, Nathalia. *Ce que n’est pas l’identit *. Gallimard, 2018.

⁴⁰ Citado por Jean-Marie Domenach. “Les principes du choix politiques”. *Esprit*, 18, 174, o. 820, dez. 1950.

⁴¹ Michel Onfray v  na gestação para outrem o símbolo da desigualdade entre os mais abastados e os mais modestos: “Em nome da igualdade, nós vamos na direção da proletarização dos  teros das mulheres mais pobres”.

⁴² Nota dos tradutores: *Manif pour tous*   o principal coletivo de associações por tr s das mais importantes manifestações e ações de oposição à lei que aprova o casamento e a adoção de casais do mesmo sexo (conhecido como “casamento para todos”) na França.

⁴³ RAGONÉ, H. *Surrogate motherhood: conception in the heart*. Boulder: Westview Press, 1994.

O altruísmo imposto, assim como o levantamento do anonimato para a doação de gametas, constituem manobras, mais ou menos admitidas, para, em última instância, boicotar a procriação assistida. O exemplo da Holanda é muito significativo: após a proibição da gestação de substituição comercial, apenas 16 crianças nasceram de mães de aluguel entre 1997 e 2004, o que corresponde a menos de 3 nascimentos por ano neste país, que conta, anualmente, com 171 mil.⁴⁴

A crítica à gestação de substituição é baseada em uma nova vulgata que se opõe ao princípio da livre-autodeterminação e da autonomia da vontade e a verdade do corpo e da experiência vivida.⁴⁵ Ao dissociar a maternidade do corpo da mulher e colocar a vontade no centro do sistema parental, a gestação de substituição atraiu a ira de correntes antirracionalistas, antiliberais e tecnocéticas.

Um retorno à *Gemeinschaft*, à solidariedade mecânica⁴⁶ (o coletivo contra o indivíduo, a raça humana contra o indivíduo),⁴⁷ permite contextualizar o debate francês e explicar as reações políticas contra a maternidade substituta levadas a cabo no estrangeiro. Assim, o Projeto de Lei nº 2.277, de 14 de outubro de 2014, objetivando combater as providências tomadas pelos franceses para obter uma gestação de substituição, apresentado por Jean Leonetti, aquele depositado por Valérie Boyer em 8 de abril de 2015, com o objetivo de combater o uso de uma mãe de aluguel e, mais recentemente, o que foi apresentado, em 2017, por 15 deputados do grupo *Les Républicains*, penalizando os futuros pais que recorrem à gestação de substituição, inclusive no exterior,⁴⁸ apresentam a gestação de substituição como uma forma de “obtenção procriativa” punida com 5 anos de prisão e multa de 75.000 euros. Hoje, os conservadores estão brandindo os mesmos argumentos usados ontem contra o aborto e o parto anônimo: “o abandono de uma criança pela mãe também ignora as relações que se formam entre eles no útero, enquanto pesquisas médicas recentes mostraram sua importância no desenvolvimento psicoemocional das crianças”.⁴⁹ O consentimento da mulher é irrelevante, uma vez que, como sublinha a exposição de motivos da proposta, “consentindo ou não, o seu corpo é reduzido ao estado de bem móvel, tal como o fruto da sua gestação, com todos os riscos médicos que isso acarreta”.

⁴⁴ DERMOUT, S. *et al.* “Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004”. *Human Reproduction*, v. 25, n. 2, p. 446, 2010.

⁴⁵ Em “Nova guerra do sexo” (2008), Élisabeth Weissman sublinha: “Somos encorajados a nos transformar em bons sujeitos neoliberais, a ter que gerir o nosso capital sexual. Este sexo com que a natureza nos dotou, cabe-nos torná-lo fecundo, como um capital para manter, enriquecer, valorizar, um capital que nos faça empresários de nós próprios.”

⁴⁶ Solidariedade mecânica é uma noção introduzida por Émile Durkheim em sua obra “*De la division du travail social*” (1893), definida como uma forma de coesão social baseada nos valores comuns específicos das sociedades tradicionais.

⁴⁷ Como o Sr. Fabre-Magnan sugere quando escreve: “Através de cada pessoa, é a humanidade que pode ser alcançada e, portanto, todas as outras. O surgimento do princípio da dignidade é, portanto, um sinal de que há algo que vai além (transcende) das vontades individuais. Mais ainda do que o coletivo, é à raça humana em geral que o princípio da dignidade marca a pertença”. “O sadismo não é um direito humano”. D., 2005, n. 43, cron., p. 2.979.

⁴⁸ Projeto de Lei nº 201 para combater o uso de mãe de aluguel, registrado na Presidência da Assembleia Nacional em 27 de setembro de 2017.

⁴⁹ Projeto de Lei proposto por Valérie Boyer.

Nessa campanha contra a GPA   la francesa, a dignidade humana é sistematicamente invocada como a única alavanca possível contra a “lei do desejo”.⁵⁰ A situação beira o ridículo quando Marie-Anne Frison-Roche e o presidente do *Manif pour tous* pedem uma proibição universal da mãe de aluguel, como se a França ainda fosse um império que pudesse interferir na ordem jurídica de outras democracias.

À esquerda, José Bov  coloca PMA, GPA, OGM (Organismo Geneticamente Modificado) e manipulação gen tica⁵¹ no mesmo nível. A tecnologia, que se tornou aut noma, segundo a ecologia humana, torna o homem irresponsável, segundo a vulgata antic ncia.⁵² A franja radical do conservadorismo de direita (geralmente desinteressada em ecologia) invoca um tanto abusivamente a encíclica *Laudato Si* do Papa Francisco para se opor às técnicas reprodutivas. A natureza é um presente de Deus, assim como a vida. Tradicionalmente, a Igreja tem se utilizado da figura do usufruto para caracterizar a relação do indivíduo com seu corpo. Retomando a tradição, Pio XII, em seu discurso aos participantes do VIII Congresso Internacional de Médicos em Roma, em 30 de setembro de 1954, proclamou: “O homem é apenas o usufrutuário, não o possuidor independente e dono de seu corpo e de tudo que o criador lhe deu para ele usar e isso de acordo com a natureza”. A noção de dignidade humana vem para atualizar essa concepção can nica em que se baseia toda autoridade. A dignidade humana é a parte indisponível da Humanidade em cada indivíduo, razão pela qual nenhuma mulher, em qualquer circunstância, pode consentir, segundo este raciocínio, a uma GPA.

O que os socialistas Jean-Luc M lenchon,⁵³ os ambientalistas, o *Manif pour tous* e a Igreja Católica têm em comum? A desconfiança do progresso, a negação da autonomia individual, o ódio ao liberalismo (como uma filosofia que acompanha a ascensão do individualismo) e seu correlato, o “droit-de-l’hommeisme” (não esqueçamos que Marx afirmou que a ideologia dos direitos humanos estava intimamente ligada à economia capitalista), responsável pela onda de narcisismo individualista e reivindicações intermináveis, denunciadas em particular por Marcel Gauchet, Pierre Legendre, Régis Debray e os três Alain: Supiot, Badiou e Finkielkraut.

Não há necessidade de recorrer à Bíblia. As noções de mercantilização, escravidão ou alienação são suficientes. Esses são, de fato, os argumentos apresentados pelos bispos para combater a gestação de substituição. O grupo de trabalho para a bioética da Comissão dos Episcopados da Comunidade Europeia (Comece) publicou, no dia 23 de fevereiro de 2015, um “parecer sobre gestação de substituição”, prática comparada pelos bispos a “uma forma de tráfico de pessoas”. Todo tipo de gestação de substituição constitui um grave atentado à dignidade humana dos envolvidos nessa troca, estima esta opinião, pondo em causa “o domínio sobre o corpo da mãe de aluguel”, até mesmo sua “alienação”, na medida em que é muito difícil reconhecer o “consentimento válido em situações de vulnerabilidade ou extrema pobreza”. A dignidade da pessoa aparece, assim, como a condição *sine qua non* do bem comum

⁵⁰ Nas palavras de Patrick Frydman, existe o “risco de desvio para certas formas de censura pelo uso do conceito de dignidade humana”, RFDA, 1995, p. 1.204.

⁵¹ José Bov : “GPA: Dire non   la manipulation du vivant”. *La Croix*, 12/11/2018.

⁵² Ver, em particular, a obra de Jacques Ellul (1912-1994) e Ivan Illich (1926-2002).

⁵³ “Um passo a mais na mercantilização do humano”, segundo o autor de “*La France Insoumise*”.

tanto para a Igreja quanto para os oponentes da gestação de substituição. Apresentada como a expressão de um direito subjetivo (quer dizer, de uma “vontade humana isolada”, para usar a expressão de J. Milbank) sobre o corpo humano, a gestação de substituição parece ser contrária aos interesses da criança e a dignidade da Humanidade. Ao quebrar o vínculo natural entre atividade sexual e procriação, a gestação de substituição, de acordo com esses oponentes, está pavimentando o caminho para a mercantilização dos nascimentos e o controle eugênico da vida humana. Como A. Supiot (2005) afirma, “a combinação de cientificismo e crença no progresso leva a uma ideologia do ilimitado [...]. Os princípios de igualdade e liberdade individual podem servir às interpretações mais loucas”,⁵⁴ tal como a demanda pela gestação de substituição, um “delírio tecnológico”, segundo a advogada, que consiste em fazer do projeto parental a base da identidade da criança (p. 220). “Tendo Deus se retirado de nossos arranjos institucionais, é o Homem que ocupa seu lugar hoje” (p. 270). Tendo vencido o absolutismo religioso, o liberalismo parece ser o principal inimigo dos neoconservadores. Deste ponto de vista, a gestação de substituição só pode concentrar todos os males da modernidade: autodeterminação livre, igualdade de casais heterossexuais e homossexuais, contratualização de laços de filiação, dessacralização da maternidade, remuneração por um serviço reprodutivo. Não seria hipócrita, porém, impedir que uma mulher que deseja melhorar sua situação econômica ofereça outros argumentos além da dignidade humana para aliviar sua pobreza? Diversas feministas, especialmente as interessadas na situação na Índia, sugerem que as condições de trabalho das mães de aluguel sejam melhoradas e que sua participação nos lucros seja aumentada.⁵⁵

Se a gestação de substituição é indefensável para seus oponentes, ela pode ser vivida de forma muito pacífica por aqueles que a praticaram: “No início, não nos damos conta da imensidão do que estamos realizando. Mas no momento do parto, quando vemos este casal se tornarem pais, não há palavra para descrever o que sentimos, apenas lágrimas de alegria”.⁵⁶

Como aponta Thomas Perroud, não devemos esquecer que, até o final da década de 1980, a gestação de substituição parecia ser uma prática, certamente sem precedentes, mas integrada ao direito civil da filiação. Foi apenas num relatório do Conselho de Estado de 1988 que o pensamento naturalista emerge claramente por meio de referências diretas à obra de professores católicos militantes, como Alain Sériaux, membro do *Opus Dei*, e André Decocq, teórico do direito natural. Noções como “estruturas naturais de parentesco” e “indisponibilidade do corpo humano”, aparecem no relatório e serão assumidas pelos juízes. A partir de agora, tudo acontece como se a mulher pudesse se desfazer do corpo desde que estivesse grávida por natureza... Caso contrário, a indisponibilidade prevalece.

Ao recusar o direito de dispor livremente das capacidades reprodutivas, o Estado substitui, assim, a figura do *pater familias* como protetor nomeado das mulheres, que, portanto, são mantidas em uma situação de suposta vulnerabilidade que sempre serviu de justificativa para sua diminuição social e política. Não são apenas mulheres. Em nome da coesão social,

⁵⁴ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Seuil, 2005, p. 80.

⁵⁵ BALLANTYNE, Angela. “Exploitation in cross-border reproductive care”. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, v. 7, n. 2, p. 57-99, 2014.

⁵⁶ “Uma mãe de aluguel conta como carregou os filhos de dois casais franceses”. Disponível em: https://www.huffingtonpost.fr/2015/06/19/mere-porteuse-raconte-comment-elle-a-porte-enfants-de-deux-casais_n_7591864.html.

o Estado muitas vezes está pronto para sacrificar o indivíduo. Maurice Godelier , no entanto, tem razão ao afirmar que não é a sociedade que fabrica os indivíduos; são os indivíduos que inventam a vida em sociedade, “os seres humanos confrontados com novos problemas inventaram novas formas de conviver e agir sobre a natureza que os rodeia. Eles criaram novas formas de sociedade e diferentes universos culturais”.⁵⁷ Essa anterioridade do indivíduo, facilmente derogada tanto da esquerda quanto da direita, assim que avançamos no argumento da livre-disposição de si, obriga-nos a pensar seriamente sobre os imperativos que tornam possível sacrificar direitos individuais no altar dos valores pré-jurídicos, aqui chamados a salvá-los para mascarar o caráter dogmático das análises. O que   horrível não é apenas a gestação de substituição, mas também, e acima de tudo, a modernidade, o primado do indivíduo, o construtivismo, o relativismo, a autonomia, o fato de estabelecer livremente nossos padrões por meio da reflexão e da deliberação racional.

A noção de dignidade, assim como o apelo abusivo é chamada antropologia integral, simplesmente esconde o dogma cristão que se disfarça sob a ambiguidade do apelo a supostos invariantes (valores) universais (na verdade, os da Igreja atual), e mais amplamente a todas as “doenças” da modernidade: o mercado, a ciência, o relativismo, o niilismo, o dinheiro.

A dignidade, portanto, constitui a ameaça mais direta   filosofia do Iluminismo e à democracia liberal. Já não se trata de afirmar que a gestação de substituição está em contradição com os dogmas cristãos, mas que mina a dignidade da mulher, os interesses do nascituro, a ordem simbólica da diferença entre os sexos e a função antropológica do direito, que leva à mercantilização do corpo e   objetivação da criança. Guardi es e servidores da dignidade humana, muitos juristas veem na gestação de substituição a cristalização da moralidade moderna e sua manifestação mais brilhante: a soberania individual.

Embora a gestação de substituição como tal não seja uma forma de exploração, pode se tornar, dependendo do contexto em que é praticada. Em países onde é gratuita, como o Reino Unido ou Canadá, apenas o altru simo pode ser a fonte. Em países onde ela é paga, as mães de aluguel parecem desfrutar de mais liberdade, como na Califórnia. Em contraste, na  ndia ou na Ucrânia as mães de aluguel vêm de populações vulneráveis e, muitas vezes, são vítimas de exploração. O que é surpreendente, porém, é que a emoção provocada por essa situação está no alvo errado: a exasperação ou as ansiedades expressas certamente não são discutíveis, mas a gestação de substituição não é a verdadeira causa. Considerar em abstrato que se trata de uma forma de escravidão não é apenas falso, mas também injusto em relação às vítimas da escravidão moderna (tráfico de pessoas, trabalhos forçados, casamento forçado, prostituição forçada, etc.). Da mesma forma, afirmar que todas as mulheres são livres para se desfazerem de seus ventres também é falso, porque a necessidade econ mica pode constituir tal constrangimento que não há espaço para a vontade. Tudo depende do contexto em que essa prática é desenvolvida.

⁵⁷ Entrevista com *L’humanité*, em 10 de novembro de 2017.

Em vez de organizar o debate opondo-se aos defensores e detratores da gestação de substituição, seria melhor questionar, em termos concretos, para saber em que condições essa prática se desenvolve e em que sistema (liberdade contratual, serviço gratuito, controle médico, controle judicial, regulamentação estatal, etc.) melhor garante os direitos das mulheres, crianças e futuros pais no âmbito de um projeto de paternidade responsável.

Essa incapacidade de pensar a gestação de substituição fora do anátema e da condenação é exclusiva da França. Como indicamos anteriormente, deve-se entender que essas questões sociais foram analisadas no território francês pelo prisma de uma corrente filosófica dominante: o personalismo. Com raízes em Charles Péguy, foi desenvolvido por Emmanuel Mounier na revista *Esprit* e no movimento da “Nova Esquerda”, que, nos anos 80 do século 20, chamaremos de “segunda esquerda”. O personalismo forneceu os argumentos para os oponentes da livre disposição do corpo em geral e da gestação de substituição em particular, tanto à esquerda quanto à direita: a Igreja Católica, o Partido Comunista, o *Manif pour tous* e certos grupos feministas, encontram-se na mesma retórica anticapitalista, contra a eugenia e a exploração das mulheres. Embora a gestação de substituição também possa ser considerada uma forma de igualdade entre casais férteis e inférteis, homossexuais e heterossexuais, cerca de 20 associações feministas lançaram, em 2018, uma iniciativa internacional contra a gestação de substituição chamada Ciams: Coalizão Internacional para a Gestação de substituição. Seus membros não hesitam em comparar a gestação de substituição à prostituição, ambas vistas como uma forma de mercantilização dos corpos das mulheres. Em nome de que princípio, porém, um grupo de feministas pretende impor uma proibição de gestação de substituição para mulheres em todo o mundo?

A resposta a esta questão encontra-se no inconsciente coletivo destes movimentos: personalismo (dignidade da pessoa humana) e antiliberalismo⁵⁸ (mercantilização necessária do corpo humano) em que se encontram as duas forças ideológicas da França profunda: o catolicismo e o marxismo,⁵⁹ em sua obsessão comum contra o individualismo e o ódio ao dinheiro.⁶⁰ O devoto católico Mounier elogiou a crítica marxista da democracia liberal, enfatizando que “os direitos que o Estado liberal confere aos cidadãos estão para muitos deles alienados em sua existência econômica e social”.⁶¹ A crítica do feminismo materialista encaixa-se facilmente nesta tradição quando afirma que nenhuma mulher pode consentir livremente na gestação de substituição como um “sistema organizado de reprodução dentro da globalização dos mercados para o corpo humano”,⁶² embora se possa pensar exatamente o oposto, ou seja, que é precisamente a remuneração que permite à mãe substituta se separar emocionalmente da criança sem necessariamente tratá-la como um objeto.

⁵⁸ SIERNHELL, Zeev. “Emmanuel Mounier et la contestation de la démocratie libérale dans la France des années trente”. *Revue Française de Science Politique*, 34-6, p. 1.141-1.180, 1984.

⁵⁹ Em “*Sainte Famille*” (1845), Marx e Engels denunciam a ficção do indivíduo isolado como uma ideologia burguesa do homem egoísta, suficiente em si mesmo.

⁶⁰ MOINE, André. *Chrétiens et communistes dans l’histoire: construire ensemble*. Les amis d’André Moine Editions, 2003.

⁶¹ MOUNIER, Emmanuel. *Le personalisme*. 17e édition. Paris: PUF, 2001. p. 119-120.

⁶² Comunicado de imprensa da *Dare Feminism Association*, 24 de julho de 2019.

3 PODER REGULAR A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Não se trata apenas de ser capaz de pensar sobre a gestação de substituição;   também, para nós, em última análise, uma questão de ser capaz de regulá-la. A legalização da gestação de substituição é a forma mais eficaz de garantir o melhor interesse da crianç a, que assim se beneficiaria dos futuros pais de ascendência estável.

As diferentes correntes que se propõem a isso podem ser apresentadas em três grandes grupos: proibicionismo, liberalismo e regulacionismo. Para a corrente proibicionista, a gestação de substituição constitui uma prática que atenta contra a dignidade humana. Vista como uma nova forma de escravidão e uma reificação do corpo feminino, a gestação de substituição só pode ser proibida em todas as circunstâncias. Esta corrente considera impossível para uma mulher consentir com a gestação de substituição, prática esta equiparada à compra e venda de filhos. Marguerite Canedo-Paris tem razão ao afirmar que “a dignidade humana se parece um pouco com uma arma absoluta capaz de justificar tudo, uma arma tanto mais eficaz quanto seu conteúdo é indeterminado e   cercada por uma forte aura redentora”.⁶³

Apesar da evolução do Tribunal de Cassação sobre o registro de crianç as nascidas de gestação de substituição no exterior, a França continua a ser um país proibicionista: além da sanção civil, incluindo a nulidade do contrato de gestação de substituição, a prática constitui uma violação criminal da filiação quando realizada na França.

A corrente liberal parte do princípio de autodeterminação livre e liberdade reprodutiva, equiparando a gestação de substituição ao direito ao aborto. Ninguém pode ficar entre mim e eu, muito menos o Estado, proibindo a gestação de substituição, que é a relação íntima, única e definitiva da mulher consigo mesma e com seu corpo.

A gestação de substituição pode ser altruísta, como no Reino Unido desde 1985, nos Estados da Flórida, Utah, New Hampshire e Washington nos Estados Unidos, Bélgica e Holanda,⁶⁴ ou concebida como um serviço pago, como na Ucrânia, Geórgia e em alguns Estados dos Estados Unidos, como a Califórnia. Para essa corrente, os serviços das mulheres de aluguel são equiparados aos de uma babá. Segundo os liberais, o contrato é suficiente para garantir os direitos das diferentes partes do processo procriativo: se houver consentimento livre, ou seja, sem fraude, sem violência e sem prejuízo (constrangimento econômico), a gestação de substituição   lícita. O contrato de serviço entre a mulher de aluguel e o casal patrocinador parece a figura jurídica mais adequada para enquadrar a prática da gestação de substituição. A mulher substituta tem uma obrigação de meios: a gestação do filho. A gravidez, considerada neste contexto como trabalho, merece, portanto, uma remuneração. Frequentemente, quando não há ligação genética entre a mulher substituta e a crianç a, o contrato estipula que ela deve desistir da crianç a no nascimento em favor do casal patrocinador. Se, no entanto, ela trazer o óvulo, ela pode ficar com a crianç a: direito ao arrependimento (por exemplo, lei da Flórida). Se houver intermediários, o contrato de mandato permite regular a relação entre a agência, a gestação de substituição, os doadores de gametas e o casal patrocinador.

⁶³ CANEDO-PARIS, Marguerite. “*La dignité humaine en tant que composante de l’ordre public: l’inattendu retour en droit administratif français d’un concept controvers *”, RFDA, 2008. p. 979.

⁶⁴ O altru simo não exclui que a mulher de aluguel possa ser compensada pelos custos da gravidez, nem mesmo da possível perda de renda ou salários.

A corrente regulacionista considera que a liberdade das partes, a da mulher de gerar o filho e a dos pais que pretendem se beneficiar de uma técnica procriativa, devem estar enquadradas em um sistema público de saúde, única garantia da justiça dos serviços. Tomando a agência de adoção francesa como modelo, pode-se imaginar uma agência pública de mães de aluguel com a missão de informar e apoiar casais e atuar como intermediária entre eles, as mulheres portadoras, os médicos e a administração.

4 CONCLUSÃO

Cada corrente implica uma visão específica do homem e da sociedade. Para o abolicionismo, a noção de consentimento deve ser descartada em favor da noção de dignidade humana, quando a escolha não importa: o indivíduo não pode agir contra sua própria humanidade. Em contraste, a concepção liberal coloca o consentimento no centro de seu sistema moral e considera que, na ausência de preconceito a terceiros, prevalece a autonomia da vontade. A regulação, por outro lado, desconfia da liberdade e prefere colocar o dispositivo sob controle do Estado para evitar abusos. A gestação de substituição seria, portanto, coberta pela seguridade social como qualquer outro tratamento contra a esterilidade. Por fim, uma visão feminista moderna de gestação de substituição encontra nessa técnica uma dimensão emancipatória porque, pela primeira vez, a mulher seria paga por um trabalho que ela sempre fez de graça.⁶⁵

Da mesmo modo que, libertando-se da moralidade, o Estado conseguiu regular a contracepção, o parto anônimo, o aborto e a esterilização voluntária, pode-se finalmente organizar um novo direito reprodutivo como a gestação de substituição. Com efeito, todos os exemplos que acabamos de mencionar referem-se à liberdade negativa de não procriar, mas isso exige, por conseguinte, outra liberdade, desta vez positiva: a de procriar para si ou para os outros.

A forma como nossa sociedade administrará a questão da gestação de substituição nos permitirá avaliar nossa capacidade de respeitar os princípios políticos fundamentais da modernidade, como a autonomia de vontade, o respeito à vida privada, a livre-circulação de pessoas e a liberdade de autodisposição.

5 REFERÊNCIAS

- BALLANTYNE, Angela. "Exploitation in cross-border reproductive care". *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, v. 7, n. 2, 2014.
- CANEDO-PARIS, Marguerite. "La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public: l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé", RFDA, 2008.
- COURDURIÈS, Jérôme. "Ce que fabrique la gestation pour autrui". Parentés contemporaines. *Journal des Anthropologues*, 2016.
- DERMOUT, S. et al. "Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004". *Human Reproduction*, v. 25, n. 2, 2010.
- DOMENACH, Jean-Marie. "Les principes du choix politiques". *Esprit*, 18, 174, dez. 1950.

⁶⁵ PANITCH, Vida. "Global surrogacy: exploitation to empowerment". *Journal of Global Ethics*, v. 9, n. 3, p. 323-343, 2013.

- DUGUET, Anne-Marie; PRUDIL, Lucas; HREVTSOVA, Radmyla. “Gestation pour autrui pratiquée à l’étranger: conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays”. *Médecine & Droit*, 125, p. 46-51, mars/avril 2014.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Mères porteuses: “Une GPA ‘éthique’ ne peut pas exister en droit français”, *Marianne*, 7/3/2019.
- HABERMAS, Jürgen. *L’avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme liberal?* Paris: Gallimard, 2002.
- HEINICH, Nathalia. *Ce que n’est pas l’identité*. Paris: Gallimard, 2018.
- HERMITTE, Marie Angèle. “De la question de la race à celle de l’espèce – Analyse juridique du transhumanisme”. In: G. CANSELIER, G.; DESMOULIN-CANSELIER, S. *Les catégories ethno-raciales à l’ère des biotechnologies*. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine. Société de législation comparée, 2012.
- MOINE, André. *Chrétiens et communistes dans l’histoire: construire ensemble*. Les amis d’André Moine Editions, 2003.
- MOSSUZ-LAVAU, Janine. *Les lois de l’amour: Les politiques de la sexualité en France, de 1950 à nos jours*. Paris: Payot, 2002.
- MOUNIER, Emmanuel. *Le personnalisme*. 17e édition, Paris: PUF, 2001. p. 119-120.
- PANDE, Amrita. *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014.
- PANITCH, Vida. “Global surrogacy: exploitation to empowerment” *Journal of Global Ethics*, v. 9, n. 3, p. 323-343, 2013.
- RAGONÉ, Helena. “Chasing Tue Blood Tie – Surrogate Mothers, Adoptive and Fathers”, *American ethnologist*, 23 (2), p. 352-365, 1996.
- RAGONÉ, Helena. *Surrogate motherhood: conception in the heart*. Boulder: Westview Press, 1994.
- SIERNHELL, Zeev. “Emmanuel Mounier et la contestation de la démocratie libérale dans la France des années trente”. *Revue Française de Science Politique*, 34-6, p. 1.141-1.180, 1984.
- SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Seuil, 2005. p. 80.
- TEMAN, Elly. *Birth of a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*. Berkeley: Los Angeles; London: University of California Press, 2010.
- ZEGERS-HOSCHSCHILD, F. *et al.* (on behalf of Icmart and Who). “The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology”. *Human Reproduction*, 24 (11), p. 2.683-2.687, 2009.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.24-39>

A Terra Como Afirmação do Arquétipo da Mulher Selvagem: Uma Análise da Recomendação Geral nº 19 Adotada Pela Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – Cedaw

Fernando de Brito Alves

Doutorado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru-SP). Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Graduação em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Especialização em História e Historiografia: Sociedade e Cultura pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Assessor Jurídico da Uenp, editor da Revista Argumenta, coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito. <http://lattes.cnpq.br/1975997868167667>. <https://orcid.org/0000-0001-8917-4717>. alvesfb@uol.com.br

Marina Marques de Sá Souza

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Graduação em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). <http://lattes.cnpq.br/0802123486481337>. <http://orcid.org/0000-0002-3515-2405>. marinamarquessouza@gmail.com

RESUMO

Trata-se de artigo que investiga o acesso a terra pela mulher camponesa como expressão do resgate do arquétipo da Mulher Selvagem. A análise dá-se, num primeiro momento, a partir da narrativa do conto “Pele de foca, pele da alma”, do livro “Mulheres que correm com os lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem”, de Clarissa Pinkola Estés. A história sobre a perda da pele da mulher-foca – a privação de seu *self* selvagem, de sua terra natal – permite estabelecer uma nova compreensão sobre os movimentos sociais camponeses femininos pelo acesso e posse da terra. Cumprida essa etapa, passa-se à revisão de alguns documentos normativos que regulam o acesso a terra pelas mulheres no Brasil e que, nesse sentido, avançam no combate estrutural contra a discriminação da mulher do campo. Por fim, faz-se o exame da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – Cedaw –, tratado internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, ratificado pelo Estado brasileiro, que impõe, dentre outras temáticas, parâmetros mínimos de ações estatais na promoção do acesso a terra pelas mulheres. Utiliza-se o método exploratório e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, histórica, legislativa e documental sobre o tema. Conclui-se que, embora signatário do tratado objeto de análise, o Brasil perpetua a violência de gênero no campo e, assim agindo, aniquila a Mulher Selvagem, mentora do viver das mulheres camponesas.

Palavras-chave: Mulher selvagem. Terra. Direitos humanos.

**THE LAND AS AN AFFIRMATION OF WILD WOMEN’S ARCHETYPE:
AN ANALYSIS OF GENERAL RECOMMENDATION Nº 19 ADOPTED BY THE CONVENTION ON THE
ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN – CEDAW**

ABSTRACT

It’s a research that investigates the access to land by peasant woman as an expression of the Wild Woman archetype’s rescue. The analysis begins, in the first moment, from the narrative of the short story “Fur seal, skin of the soul”, from the book “Women who run with wolves: Myths and Stories of the Wild Woman Archetype”, by Clarissa Pinkola Estés. The seal woman’s skin loss story – the deprivation of her wild self, her homeland – allows establishing a new understanding of female peasant social movements for access to and ownership of land. Once this stage is completed, it’s reviewed some normative documents that regulate access to land by women in Brazil and, in this sense, advance in the structural fight against discrimination against women in the countryside. Finally, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women is examined – Cedaw –, international treaty for the protection of women’s human rights, ratified by the Brazilian State, which imposes, among other themes, minimum parameters of state actions in promoting access to land by women. It uses the exploratory method of analysis and, as research tools, the bibliographical, historical, legislative and documentary revision on the subject. In the end, it’s concluded although signatory to the treaty under analysis, Brazil perpetuates gender violence in the countryside and, acting in this way, annihilates the Wild Woman, mentor of the life of peasant women

Keywords: Wild woman. Land. Human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A mulher-foca: de volta ao lar, de volta a terra. 2.1 Pele de foca, pele da alma: o acesso a terra pelas mulheres camponesas. 3 Igualdade de gênero no acesso a terra: a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher – Cedaw. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 13/5/2020

Aceito em: 26/10/2020

1 INTRODUÇÃO

O direito como literatura consiste em instrumento eficaz para compreender a organicidade da vida em sociedade, as instituições, a ordem jurídica e as relações estabelecidas entre os indivíduos. Não há mais como responder às perguntas cotidianamente formuladas ao estu-
dioso do direito – seja advogado, professor, magistrado – descolado da realidade imposta, o
que não significa abandonar os critérios metodológicos e científicos reclamados por esse sis-
tema epistemológico. Assim sendo, a literatura oportuniza ao direito à leitura de temas jurí-
dicos sob uma ótica mais humanizada, dado o caráter mais sensível às necessidades humanas,
despertando a reflexão e o senso crítico do pesquisador.

A interdisciplinaridade no estudo do direito – neste trabalho a análise do acesso a terra
pela mulher camponesa a partir de uma narrativa literária – compõe o projeto democrático,
assente numa cultura jurídica emancipatória e realizadora dos direitos humanos. A interface
entre direito e literatura possibilita não só ao hermenauta a compreensão do fenômeno jurí-
dico a partir de uma nova perspectiva, mas também às gentes comprometidas com a mudan-
ça social em suas várias facetas – econômica, política, cultural. Entre personagens, ambientes
e enredos, realidade e ficção se confundem, alocando o leitor não só como mero espectador
da história narrada, senão como participante da construção de um novo viver, que anseia por
um final em que se concretizem os ditames da justiça social.

Neste artigo, a mulher camponesa e o personagem da mulher-foca se entrelaçam. Tra-
ta-se de um convite para analisar o acesso e o direito à posse da terra pela mulher camponesa
no Brasil, tendo como guia o conto “Pele de foca, pele da alma”, presente na obra “Mulheres
que correm com os lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem”, de Clarissa
Pinkola Estés. O resgate da psique instintiva feminina – soterrado pelo patriarcado, pela vio-
lência e pelos padrões limitantes – enquanto retomada da terra natal da mulher – no livro,
do arquétipo da Mulher Selvagem –, possibilita a compreensão dos movimentos sociais que
lutam pelo acesso a terra para além da reivindicação da reforma agrária. Cuida-se, sobretudo,
não da mera concessão de lotes de terra a essas trabalhadoras, mães, filhas e netas; trata-se
de devolver os componentes naturais e selvagens usurpados da mulher camponesa.

Almeja-se compreender de que forma a terra se afirma para as mulheres do campo en-
quanto realização do arquétipo da Mulher Selvagem. Para isso, num primeiro momento será
narrado o conto da mulher-foca, a fim de desvelar o liame existente entre a ecologia inata às
mulheres e a luta feminina camponesa. Passa-se ao levante de alguns documentos legais do
ordenamento jurídico brasileiro que normatizam o acesso a terra pelas mulheres, fruto das
reivindicações daquelas que elegeram a terra como elemento de reprodução material de suas
famílias. Por fim, far-se-á a análise da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de
Discriminação contra a Mulher – Cedaw –, instrumento normativo internacional que obriga os
Estados signatários a observarem diretrizes quando da elaboração de normas sobre o acesso
a terra pelas mulheres e que, conforme aqui proposto, impõe a leitura da terra como herança
da Velha Sábia, da Mulher Selvagem.

2 A MULHER-FOCA: DE VOLTA AO LAR, DE VOLTA A TERRA

Em “Mulheres que correm com os lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem”, Clarissa Pinkola Estés, analista junguiana e contadora de histórias, propõe um resgate dos processos da psique instintiva natural feminina por meio do arquétipo da Mulher Selvagem. Não à toa, a pesquisadora estabelece uma relação entre a destruição do meio ambiente e o aniquilamento do feminino. Ora, além da política predatória empreendida contra as florestas em detrimento do interesse do capital, também as mulheres foram queimadas no curso da história – aquelas consideradas bruxas, prostitutas ou com a reputação manchada (ESTÉS, 2018). Sejam as antigas florestas, portadoras de ervas medicinais, sejam os ciclos menstruais das mulheres, nenhum desses aportes naturais interessam à velocidade da modernidade.

A análise da Mulher Selvagem à luz da biologia dos animais selvagens, em especial o lobo, dá-se, segundo Pinkola, em razão de que ambos possuem a “percepção aguçada, espírito brincalhão e uma elevada capacidade para a devoção [...]. São profundamente intuitivos e têm grande preocupação para com seus filhotes, seu parceiro e sua matilha [...]. Tem uma determinação feroz e extrema coragem” (ESTÉS, 2018, p. 16). O mesmo sucede com outros animais, como os ursos, os coiotes e as focas.

A fim de compreender a natureza da Mulher Selvagem, a contadora de história propõe fazê-la por meio da psicologia arquetípica de C. G. Jung. Para o psiquiatra suíço, arquétipos são estruturas e imagens localizadas no inconsciente e que são comuns a toda humanidade. Eles podem ser encontrados em sonhos, religiões, contos de fada e mitos e “funcionam como uma espécie de sabedoria instintiva e automática” (SERBENA, 2010). Um arquétipo se origina, de acordo com Jung, a partir da repetição de determinado tema, independentemente do passar do tempo e das diferentes culturas. Por essa razão é que Estés afirma que “não importa a cultura pela qual a mulher seja influenciada, ela compreende as palavras *mulher* e *selvagem* intuitivamente” (grifos da autora) (ESTÉS, 2018, p. 19), e complementa:

O arquétipo da Mulher Selvagem, bem como tudo o que está por trás dele, é o benfeitor de todas as pintoras, escritoras, escultoras, dançarinas, pensadoras, rezadeiras, de todas as que procuram e as que encontram, pois elas todas se dedicam a inventar, e essa é a principal ocupação da Mulher Selvagem. Como toda arte, ela é visceral, não cerebral. Ela sabe rastrear e correr, convocar e repelir. Sabe sentir, disfarçar e amar profundamente. É intuitiva, típica e normativa. É totalmente essencial à saúde mental e espiritual da mulher (ESTÉS, 2018, p. 26).

Nestes termos, é importante salientar que a palavra selvagem não é entendida de forma pejorativa como costumeiramente empregada, tal qual a categoria semelhante de barbárie. Não obstante associar a categoria barbárie a um adjetivo depreciativo que classifica povos, tribos e culturas, bem como à rejeição de indivíduos vulneráveis à ocidentalização – e que, portanto, não mereçam proteção –, afirma-se que a barbárie, conforme os ditames da civilização burguesa, é “o que se opõe à cultura, que tem o papel de nos tirar da brutalidade de nossa origem animal” (MENEGAT, 2007, p. 28). É do excesso de civilização, contudo, que surge a barbárie. A Mulher Selvagem ou bárbara faz com que “as mulheres se lembrem de quem são e do que representam” (ESTÉS, 2018, p. 21).

O arquétipo da Mulher Selvagem é desvelado por meio da contação de histórias. O método adotado por Clarissa Pinkola coaduna-se com a proposta da psicologia junguiana, posto que o inconsciente coletivo e os arquétipos nada mais são do que depositários da memória de um povo – disseminada por meio de mitos, contos de fadas, lendas – em sua evolução, quer seja a etnia quer sejam os padrões de comportamento (SERBENA, 2010).

A palavra falada é desafiadora na medida em que as trocas coletivas e a transmissão de conhecimentos tradicionais foram substituídos pela linguagem midiática (GIORDANO, 2013) – a receita da torta passada de geração em geração não sobrevive à infinidade de receitas disponibilizadas nos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, a busca pela Mulher Selvagem por meio de histórias consiste em “método palpável para amenizar velhas cicatrizes, dar alívio a antigas feridas e recuperar técnicas esquecidas de um modo prático” (ESTÉS, 2018, p. 29).

Dentre as histórias contadas por Clarissa em sua obra, interessa ao estudo da terra como afirmação do arquétipo da Mulher Selvagem o conto “Pele de foca, pele da alma”. De acordo com a analista, essa história é contada, em especial, nos países gélidos, principalmente em lugares que têm mar ou um oceano glacial. O conto é um convite para correr com a vivacidade de um lobo – ou com a devoção e docilidade das focas – rumo à direção da própria liberdade natural inerente à selvageria, do cultivo do carinho da mulher para consigo mesma, “para com os animais, a terra, as crianças, as irmãs, os amantes e os homens” (ESTÉS, 2018, p. 35).

2.1 Pele de Foca, Pele da Alma: o acesso a terra pelas mulheres camponesas

“Pele de foca, pele da alma” é sobre a história de um homem caçador muito solitário. Certa noite, depois de não conseguir caçar nada, ele remou até uma rocha após perceber movimentos graciosos. Era um pequeno grupo de mulheres nuas dançando. O homem ficou deslumbrado e um tanto atordoado. Sem pensar, ele saltou para a rocha e roubou uma das peles de foca que ali estava jogada. As mulheres do grupo estavam vestindo suas peles de foca, com exceção de uma, que não encontrava a sua em lugar algum. O homem, então, saiu de trás da rocha e disse para ela: “– Mulher... case-se... comigo. Sou um... homem... sozinho” (ESTÉS, 2018, p. 296). Apesar de ela alegar que não poderia se casar, dada sua natureza diferente, a mulher atendeu ao pedido após o homem afirmar que devolveria sua pele de foca depois de passados sete verões, e, assim, ela decidiria se ficaria com ele ou se iria embora (ESTÉS, 2018).

O casal teve um filho chamado Ooruk. Apesar de ser uma boa mãe e contar histórias de animais marinhos a seu filho, a mãe “se tornou *naluaq*, do branco mais pálido. Suas formas arredondadas começaram a definir. Ela procurava esconder seu caminhar claudicante. A cada dia seus olhos, sem que ela quisesse, iam ficando mais opacos [...]” (grifo da autora) (ESTÉS, 2018, p. 296-297). Certa noite, Ooruk despertou em meio a uma discussão de seus pais. A mulher, de um lado, exigia que seu marido devolvesse sua pele de foca; o marido, de outro, alegava que ela era má, pois se devolvesse a pele ficaria sem esposa e Ooruk sem mãe (ESTÉS, 2018).

Ooruk foi despertado pelo vento que chamava por seu nome. Correndo noite adentro, Ooruk avistou uma foca prateada, o avô-foca. Escorregando pelo penhasco, o menino tropeçou em uma trouxa: “era a pele de foca de sua mãe” (ESTÉS, 2018, p. 297). O menino, mesmo choramingando, entregou a pele de foca a ela, e, então, a mulher, com seu filho debaixo do

braço, mergulhou bem fundo no mar. Já no abrigo subaquático, em meio às outras focas, a mulher apresentou seu filho ao seu pai, o avô-foca, aquela prateada que Ooruk avistara. Passados sete dias, o avô-foca e a mãe de Ooruk devolveram o menino a terra, uma vez que ainda não era sua hora. O menino cresceu e se tornou tocador de tambor, cantor e contador de histórias, e “às vezes ainda pode ser visto [...] parecendo falar com uma certa foca fêmea que frequentemente se aproxima da orla” (ESTÉS, 2018, p. 299).

A história da mulher-foca comporta diversas interpretações que contribuem para o aprimoramento da psique instintiva e, assim, para o resgate da Mulher Selvagem. Neste trabalho, interessa aquela que diz respeito à retomada pela mulher camponesa da sua pele de foca, de seu *self* selvagem, de sua terra, “para revitalizar seu sentido de identidade e de alma, para restaurar seu conhecimento penetrante e oceânico” (ESTÉS, 2018, p. 303). Ora, em que pese Pinkola afirmar que a mulher selvagem “pertence a todas as mulheres” (ESTÉS, 2018, p. 35), também entende a contadora de histórias que os ensinamentos tribais primitivos – advindos das mulheres que mantêm estreita conexão com a terra, verdadeiras herdeiras da *La Mujer Grande* – tratam de arquétipos de um modo diferente: “na realidade eles não são mais conteúdos do inconsciente, pois já se transformaram em fórmulas conscientes, transmitidas segundo a tradição, geralmente sob forma de ensinamentos esotéricos” (JUNG, 2000, p. 17).

Sobre movimentos de libertação na África, em especial na Argélia, Frantz Fanon, em sua obra “Os condenados da terra”, desvela os arquétipos como mecanismo de defesa do colonizado. O ensaísta marxista afirma que é por meio dos mitos, tão fecundos no Terceiro Mundo, “que o colonizado vai extrair inibições para sua agressividade” (FANON, 1968, p. 41). Fanon explica que as lutas tribais decorrem da violência a que está condenado o colonizado e que essa autodestruição coletiva se manifesta como último recurso de salvaguarda da personalidade e da dignidade do oprimido – dado o caráter hostil da colonização burguesa. Para inibir a pré-disposição ao combate entre seus congêneres, o colonizado vale-se da atmosfera do mito e da magia. Ao mesmo tempo em que o mito aterroriza, integrando o povo nas tradições e na história da tribo, ele também tranquiliza, conferindo um estatuto e sentimento de pertença (FANON, 1968).

Para ilustrar, o filósofo relata os sonhos do indígena: “eu sonho que dou um salto, que nado, que corro, que subo. Sonho que estouro na gargalhada, que transponho o rio com uma pernada, que sou perseguido por bando de veículos que não me pegam nunca” (FANON, 1968, p. 39). Tratam-se de sonhos musculares, em contraposição ao mundo compartimentado da colônia. É por essa razão que o militante negro afirma que o colonizado “não cessa de se libertar entre nove horas da noite e seis horas da manhã” (FANON, 1968, p. 39).

Ora, a luta de libertação do colonizado, particularmente das mulheres colonizadas, passa pela busca de alternativas de voltar para o cativeiro com a “capacidade de *passar a través del bosque como una loba*, atravessar a floresta como uma loba, *com um ojo agudo*, com um olhar penetrante” (grifos da autora) (ESTÉS, 2018, p. 302). Cuida-se da volta periódica da mulher ao seu estado selvagem, essencial para reabastecer as reservas psíquicas esmagadas, nesse contexto, pela lógica colonialista. Tal qual os sonhos da mulher escravizada, quando farejamos o rastro da Mulher Selvagem “é natural que corramos muito para alcançá-la, que nos

livremos da mesa de trabalho, dos relacionamentos, que esvaziemos nossa mente, viramos uma nova página, insistamos numa ruptura, desobedeçamos às regras, paremos o mundo, porque não vamos mais prosseguir sem ela” (ESTÉS, 2018, p. 20).

Toda mulher que perde sua pele de foca acaba se cansando, “a perda do *habitat* é o acontecimento mais desastroso que pode se abater sobre um ser livre” (ESTÉS, 2018, p. 304). A mulher da história contada por Pinkola, quando em comunhão com as outras focas no abrigo subaquático e, portanto, de volta à sua terra, restabeleceu o brilho em seus olhos e em seus cabelos, bem como resgatou a agilidade em nadar (ESTÉS, 2018). Nestes termos, o valor mais essencial para as comunidades tradicionais, por ser o mais concreto, é a terra: “a terra que deve assegurar o pão e, evidentemente, a dignidade” (FANON, 1968, p. 33).

Mas esta dignidade nada tem que ver com a dignidade da “pessoa humana”. Dessa pessoa humana ideal jamais ouviu falar. O que o colonizado viu em seu solo é que podiam impunemente prendê-lo, espancá-lo, matá-lo à fome; e nenhum professor de moral, nenhuma cura, jamais veio receber as pancadas em seu lugar nem partilhar com ele o seu pão (p. 33).

Entende-se por direito humano a terra o direito de subsistência e reprodução da vida e dos modos de vida de agrupamentos humanos. Distingue-se da mera propriedade, uma vez que leva em conta o conjunto das relações do grupo com a terra, sejam relações de subsistência (moradia, alimentação, acesso à água, ao meio ambiente equilibrado), comércio e trabalho (troca da produção por dinheiro, autorrealização), culturais (modo de organização e acesso aos terrenos, organização das famílias e partilha) ou religiosas (questões de morte, vida e festividades).¹

Desde a instituição da propriedade privada, a mulher foi excluída do acesso e do direito à posse da terra (BARBOSA; LERRER, 2016). Sobre a teoria do contrato, que almeja explicar a nova forma de sociedade civil e de direito político então ascendente, Carole Pateman afirma que o contrato social pressupõe o contrato sexual, e a liberdade civil pressupõe o direito patriarcal. A autora alega, na contramão dos teóricos contratualistas clássicos, que o contrato sexual é uma dimensão suprimida do conhecido pacto social: “a dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original [...]. A liberdade civil não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal” (PATEMAN, 1993, p. 16-17). Ademais, com exceção de Hobbes, os teóricos afirmam que as diferenças de racionalidade residem nas diversidades sexuais naturais e, nestes termos, “somente os homens são indivíduos” (PATEMAN, 1993, p. 21).

No Brasil, as mulheres conquistaram o direito legal à propriedade e a possibilidade de titulação conjunta para as terras distribuídas pela reforma agrária somente com a Constituição Federal de 1988.² Isso só foi possível graças às ações empreendidas pelas mulheres nos sindicatos e nos movimentos sociais, que fortaleceram a tônica das reivindicações para o acesso a

¹ O critério desenvolvido para a delimitação do conceito do termo “direito a terra” deu-se em rodas de conversa em projeto de pesquisa, na Universidade Estadual de Londrina, a partir de leituras de legislações internas e internacionais sobre acesso a terra.

² Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

terra (BARBOSA; LERRER, 2016). O anseio da mãe de Ooruk em recuperar seu *self* selvagem, a sua terra genuína, assemelha-se à luta empreendida pelas mulheres pelo acesso ao direito a terra, à permanência e ao modo de produção coletiva. A pele de foca, narrada por Clarissa, não configura mero objeto, mas representa um estado de ser coeso, digno e que pertence à natureza feminina da mulher selvagem (ESTÉS, 2018).

Mesmo, entretanto, com a previsão da Carta Constitucional, que ampliou o direito à terra pelas mulheres, as desigualdades entre homens e mulheres no meio rural ainda persistem. As políticas públicas pouco se destinam ao reconhecimento de mulheres agricultoras pela reforma agrária, considerando a família rural um todo homogêneo. Dentre os aspectos que dificultam a titulação da terra pela mulher, destacam-se “os sistemas de herança estabelecidos no Código Civil e nos chamados direitos costumeiros que condicionam o acesso a terra à condição civil das mulheres e à sua posição na família” (BUTTO; HORA, 2008, p. 22). Cuida-se, ademais, de reprodução do modelo agrícola hegemônico pela agricultura patronal, amplamente rejeitado pelos próprios movimentos sociais que pleiteiam a reforma agrária:

As mulheres pertencentes a populações que usam de forma coletiva a terra e guardam nela *referências cosmológicas próprias*, vêem sua condição com a terra determinada por prescrições sobre casamento que definem a moradia das mulheres, e a sua relação com o território (grifamos) (BUTTO; HORA, 2008, p. 23).

A Portaria nº 981/2003 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incrá), atenua as desigualdades de gênero no campo ao tornar obrigatória a titulação conjunta da terra para lotes de assentamentos constituídos por um casal em situação de casamento ou de união estável – em observância à norma programática prevista na Constituição Federal. Além dessa portaria, a Instrução Normativa nº 38/2007 dispõe sobre normas do Incra para efetivar o direito das trabalhadoras rurais ao Programa Nacional de Reforma Agrária. Dentre as mudanças introduzidas, ressalta-se a criação da “Certidão da Mulher Beneficiária da Reforma Agrária para facilitar a requisição de seus direitos junto aos órgãos governamentais” (BUTTO; HORA, 2008, p. 29). Este mesmo instrumento normativo, todavia, dispõe, em seu artigo 5º, que “nos casos de dissolução do casamento ou da união estável será assegurada a permanência da mulher como detentora do lote ou parcela, *desde que os filhos estejam sob sua guarda*” (grifamos) (INCRA, 2007, p. 1). A permanência da mulher assentada na terra depende, conforme a previsão da instrução normativa, que ela possua a guarda de seus filhos – “conhecer um pouco da história do contrato sexual ajuda a explicar por que aparecem problemas específicos nos contratos em que as mulheres estão envolvidas” (PATEMAN, 1993, p. 20).

Para Carmem Diana Deere (2004), a imprescindibilidade do reconhecimento dos direitos da mulher a terra ocorre por duas razões: de um lado, o aspecto produtivista, que está atrelado ao “reconhecimento de que o direito das mulheres a terra está associado com o aumento do bem-estar de mulheres e seus filhos, bem como com sua produtividade e, portanto, com o bem estar de sua comunidade e sociedade” (p. 176); de outro, o empoderamento que, para além do caráter de transformação pessoal, reconhece que “os direitos das mulheres a terra são decisivos para aumentar seu poder de barganha dentro da família e da comunidade, para acabar com sua subordinação aos homens e, assim, atingir uma real igualdade entre homens e mulheres” (DEERE, 2004, p. 176-177).

Dentre os movimentos articulados pelas mulheres do campo e da floresta,³ que contribuíram para a inserção destas na esfera política brasileira, destacam-se o Movimento das Mulheres Camponesas (MMC) e o Movimento das Mulheres Sem Terra (MST).

O surgimento do MCC se deu a partir da mobilização das mulheres camponesas na década de 80 do século 20, simultaneamente ao processo de redemocratização do país, e sua consolidação ocorreu com a unificação das mulheres do campo no 1º Congresso Nacional do MMC realizado no ano de 2004. Para Isabela Costa da Silva (2013), o MMC “é um movimento social muito importante na conjuntura política brasileira, em termos de organização da classe trabalhadora, classista e feminista” (p. 98). Apesar de ser um movimento ainda incipiente – quando comparado com outras lutas sociais – o MCC se destaca pelo protagonismo da classe trabalhadora camponesa e pela inserção das mulheres como sujeitos da luta revolucionária pelo acesso a terra e contra as formas de reprodução da lógica do capital.

Por outro lado, ainda que o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) seja reconhecido nacional e internacionalmente pela defesa da reforma agrária, da alimentação saudável e pelo modelo de produção agroecológica – há mais tempo que o MCC –, o debate em torno da questão de gênero dentro do movimento é embrionário. Em cartilha divulgada pelas mulheres militantes do MST, datada do ano de 1996, a preocupação em torno da situação da mulher no movimento começava a ganhar materialidade: “no encontro discutimos como se construiu historicamente a dominação de gênero e como essa discriminação se manifesta na sociedade em geral e internamente no MST” (MST, 1996, p. 2). Ora, os assentamentos e os acampamentos não estão isentos de reproduzir as bases ideológicas de sustentação da sociedade capitalista:

É notório e expressivo a violência de inferiorização da mulher e do homossexual dentro do MST. Algumas mulheres militantes questionam que certas tarefas, como a coordenação e a apropriação dos automóveis do Movimento, sempre estiveram e se mantêm sobre o controle dos homens. Estes, por sua vez, justificam que a maioria das camponesas não possuem habilitação para dirigir, e elas, como ficam quase sempre com as tarefas domésticas e as ligadas ao Setor de Educação, não têm as mesmas oportunidades que eles para executar outras tarefas (DA MOTA; DE PAULA, 2012, p. 72).

Quer seja a atuação do MCC ou das mulheres integrantes do MST, a resistência das mulheres rurais opera a desconstrução de relações de gênero, posto que o campesinato ainda não reconheceu que a luta pelo acesso a terra também é uma luta feminista. O feminismo camponês opõe-se “aos ataques do sistema capitalista, patriarcal e racista, que as torna invisíveis diariamente, apesar do papel fundamental que desempenham na alimentação, na luta contra a fome e na subsistência na vida dos povos do mundo” (ROJAS, 2020).

Como expressão máxima da luta feminista no campo brasileiro, destaca-se a Marcha das Margaridas. A Marcha compreende, atualmente, a maior ação de mulheres do campo e da floresta na América Latina. A primeira marcha foi realizada em 2000 e, desde então, afirma-se como movimento que luta por representatividade e melhores condições de trabalho

³ Conceito utilizado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, que compreende as mulheres trabalhadoras rurais, mulheres que vivem no campo, na ruralidade e na floresta, agricultoras familiares, as extrativistas, catadoras de coco e babaçu e as seringueiras.

e de vida para as mulheres do campo. Dentre as pautas sustentadas pelas Margaridas, elencam-se a agroecologia, a segurança alimentar, a conservação do meio ambiente, a educação no meio rural, o acesso a terra e o combate à violência contra a mulher e ao modelo patriarcal que reproduz as desigualdades de gênero no campo. A Marcha leva esse nome para homenagear Margarida Alves, sindicalista e defensora dos direitos relacionados à questão agrária. Margarida foi executada há 36 anos a mando de latifundiários (GONÇALVES, 2019). Assim como Margarida, mulheres que lutam pela terra morrem não só vítimas do sistema econômico agrário, mas também são desenraizadas de seu *self* selvagem, do lugar em que edificaram valores, crenças e tradições.

Cada mulher que participa da Marcha das Margaridas se identifica como uma Margarida, e isso, conforme proposto por este artigo, é alegórico (SCHOTTZ; OLIVEIRA, 2007), assim como o chapéu de palha com fitas roxas utilizado pelas integrantes do movimento – Margarida usava esse chapéu quando visitava trabalhadores na roça –, símbolo de luta, pele de foca de inúmeras Margaridas. As palavras de ordem firmadas pelo movimento feminista camponês, ainda na década de noventa – “Olgas, Roses e Rosas, também Margaridas”, “mulher consciente, na luta permanente” (MST, 1996, p. 11) –, assim como as palavras mulher e selvagem, relembram o parentesco irrevogável com o feminino selvagem: “*llamar o tocar la puerta* significa literalmente tocar o instrumento do nome para abrir uma porta” (grifos da autora) (ESTÉS, 2018, p. 19). O chamado que Ooruk recebeu do avô-foca, que permitiu que sua mãe voltasse ao ambiente em que pudesse viver de acordo com sua entusiástica natureza selvagem, rompe com o sistema de dominação a qual estava submetida: por mais que a Mulher Selvagem seja “proibida, silenciada, podada, enfraquecida, torturada, rotulada de perigosa, louca e de outros depreciativos, ela volta à superfície nas mulheres (...)” (ESTÉS, 2018, p. 23).

Lobos, focas e mulheres “compartilham arquétipos instintivos que se relacionam entre si e, por isso, têm a reputação equivocada de serem cruéis, inatamente perigosos, além de vorazes” (ESTÉS, 2018, p. 15) – vide a rotulação comumente dada a trabalhadores e trabalhadoras sem-terra que lutam contra o sistema econômico vigente. De acordo com o último relatório da Comissão Pastoral da Terra (CPT), que reúne dados sobre os conflitos e violências sofridas pelos trabalhadores e trabalhadoras do campo brasileiro, no ano de 2018 482 mulheres sofreram violência em decorrência dos conflitos agrários, dentre elas: 36 foram ameaçadas de morte; 6 sofreram tentativas de assassinato; 15 foram presas; 2 foram torturadas; e 400 foram detidas (CPT, 2019). A camponesa, herdeira da Mulher Selvagem, “é quem se enfurece diante da injustiça” (ESTÉS, 2018, p. 26).

É por essa razão que a mística entre a mulher e a terra não deve ser percebida de forma romântica. De fato, a psicologia arquetípica proporciona reflexões profundas sobre “o intuitivo, o sexual e o cíclico, as idades das mulheres, o jeito de ser mulher, a sabedoria da mulher, seu fogo criador” (ESTÉS, 2018, p. 18) – encargo que a psicologia tradicional não suportaria. A intuição, a emoção, a capacidade de reprodução, inerentes à selvageria feminina não devem ser utilizadas para reforçar antigos estereótipos patriarcais. Afirmar que as mulheres são verdadeiras jardineiras e cultivadoras da horta deve estar em harmonia com o direito de acesso a terra, “à educação, a uma vida profissional e a uma plena cidadania política” (BIEHL, 2011).

A apropriação dos recursos e da força criadora feminina, bem como a restrição aos seus instintos naturais e selvagens, são expressões da construção social de gênero no campo. A relação da mulher com a terra não constitui apenas uma questão de posse e produção: trata-se de considerar a terra como elemento material e espiritual do qual a mulher, embebida da Mulher Selvagem, deva desfrutar em sua plenitude, “até mesmo para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para gerações futuras” (CDH, 2005, p. 57).

3 IGUALDADE DE GÊNERO NO ACESSO A TERRA: A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – CEDAW

No plano interno, como outrora visto, a Constituição Federal de 1988 e as normativas do Incra, avançaram no combate estrutural contra a discriminação da mulher do campo. Quanto ao sistema global de proteção dos direitos humanos, alguns instrumentos normativos já consideram a terra para além da propriedade privada e, dessa forma, possibilitam novas discussões sobre o tratamento dispensado a terra e sua relação com o feminino. Sobre o acesso a terra pelas mulheres, cumpre abordar quanto à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw.⁴

A Cedaw, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU – em 18 de dezembro de 1979, foi ratificada pelo Brasil em 13 de setembro de 2002 por meio do Decreto nº 4.377. O documento aborda, de modo amplo, os direitos das mulheres, e foi criado com vistas a “criar recomendações que oferecessem subsídios à formulação de políticas aos diversos Estados signatários do referido tratado, vislumbrando o desenvolvimento das mulheres enquanto seres humanos” (SOUZA, 2009, p. 348). Além disso:

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano (PIMENTEL, 2013, p. 15).

O Comitê da Cedaw é composto por 23 peritas, eleitas pelos Estados Partes para exercerem o mandato por um período de 4 anos. O Comitê celebra sessões regulares anuais que duram cerca de 2 semanas. Constituem funções do Comitê o exame dos relatórios periódicos apresentados pelos Estados Partes signatários da Convenção; a formulação de sugestões e de recomendações gerais; instaurar inquéritos confidenciais; e analisar comunicações apresentadas sobre violação dos direitos dispostos na Convenção (OBSERVATÓRIO DE GÊNERO, 2013a). Por outro lado, compete aos Estados, conforme disposto no artigo 18 da Convenção, “submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório so-

⁴ Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women.

bre medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições desta Convenção e sobre os progressos alcançados a esse respeito” (BRASIL, 2002).

No que se refere ao acesso a terra pelas mulheres, a Convenção prevê, de forma expressa, a especial cautela que os Estados signatários devem dispensar a essa temática:

Artigo 14

1. Os Estados-Partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pela mulher rural e o importante papel que desempenha na subsistência econômica de sua família, *incluído seu trabalho em setores não-monetários da economia*, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção à mulher das zonas rurais. 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem [...] (grifamos) (BRASIL, 2002).

A divisão do trabalho por gênero também permeia as relações sociais no campo. A previsão da Convenção sobre a tutela da mulher rural, mesmo quando seu trabalho não desempenha influência em setores monetários da economia, diz respeito à tendência de invisibilidade do trabalho agrícola exercido pelas mulheres. Ora, a ausência de reconhecimento social, como mecanismo de exclusão do acesso a terra pelas mulheres, decorre de o trabalho agrícola ser “considerado simplesmente como ‘ajuda’ ao marido, ou como secundário ao papel principal das mulheres no fornecimento de trabalho doméstico” (DEERE; LEON, 2003, p. 113).

Embora a mãe de Ooruk se dedicasse à educação de seu filho – como quando “ela lhe mostrava pelo buraco da ventilação as nuvens e todas as suas formas” (ESTÉS, 2018, p. 296) –, ela também aspirava resgatar o instinto da Mulher Selvagem, que se dava quando, em comunhão com suas semelhantes no alto daquela rocha: dançando feito seres de leite da lua, com a pele cintilada “com gotículas prateadas como as do salmão na primavera” (ESTÉS, 2018, p. 295). Oportunamente, Fanon afirma que a análise do mundo colonial perpassa necessariamente pela compreensão do fenômeno da dança: “a relaxação do colonizado consiste precisamente nessa orgia muscular, no curso da qual a agressividade mais aguda, a violência mais imediata, são canalizadas, transformadas, escamoteadas” (FANON, 1968, p. 43); expõe-se, dessa forma, o esforço distinto das mulheres para “se exorcizar, para se libertar, para se exprimir” (FANON, 1968, p. 43). Assim se sucede com as mulheres camponesas, ao serem beneficiadas por programas de distribuição de terras; por linhas de crédito para viabilizar a compra de lotes; por direitos providos pela seguridade social; ao serem reconhecidas, enfim, como protagonistas da luta pelo acesso a terra (DEERE; LEON, 2003).

No mesmo sentido, sublinha-se a Recomendação Geral nº 21 da Cedaw de 1994, que enfatiza a necessidade de igualdade quando da distribuição de terras em países em que exista programa de reforma agrária:

27. In countries that are undergoing a programme of agrarian reform or redistribution of land among groups of different ethnic origins, the right of women, regardless of marital status, to share such redistributed land on equal terms with men should be carefully observed⁵ (CEDAW, 1994, p. 6).

Em 2012, em resposta ao VII Relatório Brasileiro da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Cedaw – em que pese tenha expressado apreço pelo engajamento sustentado do Estado-Parte nos “processos participativos para definir as prioridades para o avanço dos direitos da mulher e igualdade de gênero” (OBSERVATÓRIO DE GÊNERO, 2012, p. 1) – reivindicou que o Estado Brasileiro assegure “às mulheres rurais, em especial às chefes de famílias, [que] participem de processos decisórios e tenham uma melhoria no acesso à saúde, educação, água limpa e saneamento, terras férteis e projetos de geração de renda [...]” (OBSERVATÓRIO DE GÊNERO, 2012, p. 9). Não obstante a previsão da terra como um direito humano, o Comitê salienta a imprescindibilidade de terras férteis para o desenvolvimento pleno das mulheres que habitam a área rural brasileira.

A recomendação do Comitê, ao reivindicar ao Estado Brasileiro a garantia de terras férteis às mulheres moradoras das zonas rurais do país, propõe uma releitura da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Ora, o artigo 186 e respectivos incisos da Constituição Federal de 1988 dispõe que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende alguns requisitos, dentre eles: “I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; [...] IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (BRASIL, 1988). De fato, a desapropriação da área improdutiva, em razão da imperatividade de aplicação da função social, aproxima a leitura da terra como um direito humano. O instituto, entretanto, também deve atender a observância de condições mínimas para a reprodução social das mulheres agricultoras assentadas. Leia-se: terras abundantes, produtivas, irrigadas e, portanto, saudáveis.

Embora passados oito anos desde a última recomendação expedida pelo Comitê ao Estado brasileiro, as instruções ali dispostas continuam contemporâneas ao tratamento dispensado a terra no Brasil dos dias de hoje – mesmo com a Constituição Federal reconhecendo *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções que versarem sobre a matéria de direitos humanos, como é o caso da Cedaw. No final do ano de 2019, 467 novas substâncias agrotóxicas foram liberadas pelo governo federal. De acordo com o Greenpeace, “22 contêm ingredientes ativos que não têm seu uso autorizado na União Europeia. Além disso, 25 constam na lista dos produtos extremamente ou altamente tóxicos à saúde humana” (SUDRÉ, 2019). Sobre regularização fundiária, a Medida Provisória nº 910 de 10 de dezembro de 2019, dentre outras medidas, modifica a Lei nº 8.666/1993 ao permitir a regularização de terras sem licitação de até 2.500 hectares – na redação anterior, a área máxima era de 1.500 hectares –, bem como amplia o prazo para regularizar ocupações de terra pública de julho de 2008 para maio de 2014 (LIMA, 2020). Além disso, a MP alarga o prazo para regularização em terras

⁵ Nos países em que estão executando um programa de reforma agrária ou redistribuição de terras entre grupos de diferentes origens étnicas, o direito das mulheres, independentemente do seu estado civil, de partilharem em termos de igualdade com os homens essa terra redistribuída, deve ser cuidadosamente respeitado (tradução livre).

situadas na Amazônia Legal, de dezembro de 2016 para dezembro de 2019, assim como possibilita a compra dessas terras de acordo com a tabela de preços do Incra, que possui valores menores que do mercado (TOOGE, 2019). A flexibilização das regras de regularização fundiária fomenta a apropriação ilegal de terras, a grilagem, o mercado especulativo, o modelo do agronegócio e a intensificação dos conflitos entre latifundiários e povos originários.

A monocultura, o capitão do mato, o modelo agroexportador, a bancada ruralista, ainda constituem o *modus operandi* das relações socioeconômicas travadas no campo brasileiro. Malgrado o Brasil ser signatário de uma convenção internacionalmente reconhecida pela tutela dos direitos humanos das mulheres do campo, as previsões normativas não prosperam. Mesmo diante deste cenário desfavorável, entretanto, a luta empreendida pelas mulheres camponesas brasileiras parece não ceder ante as ofensivas governamentais de privatização da terra. Ao ser questionada sobre o porquê de ter elegido a terra como seu elemento de reprodução social, a mulher sem-terra afirma que o lugar em que vive com sua família traduz-se na “relação do nosso espaço e com toda essa luta da terra. Então, é a Mãe Terra dando todos os frutos daquela luta que a gente fez” (FERREIRA, 2020). O espaço mencionado pela trabalhadora é aquele em que ela encontra todos os meios ofertados pela natureza para manter sua Mulher Selvagem; a Velha Sábia desperta.

Ora, “todas as criaturas do planeta voltam pra casa. É uma ironia que nós tenhamos construído santuários para a íbis, o pelicano, a garça-real, o lobo, o grou, o cervo, o camundongo, o alce e o urso, mas não para nós mesmos, nos lugares em que vivemos nosso dia a dia” (ESTÉS, 2018, p. 304). É na resistência cotidiana que as mulheres do campo e da floresta brasileira vestem suas peles de foca e empenham-se em desnudar a lógica de reprodução do capital nacional e internacional de manutenção do latifúndio.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da hipótese de que o acesso a terra pelas mulheres faz reavivar a natureza selvagem e instintal e das reflexões trazidas ao longo do trabalho, faz-se necessária a colocação de algumas considerações, sem o objetivo de esgotar o tema por toda sua complexidade.

A partir da história da mãe de Ooruk, estabeleceu-se o vínculo entre a alegoria de retomada da pele de foca e a (re)conquista da terra pelas mulheres camponesas. Fez-se uso não só da narrativa literária, mas também da categoria de arquétipo da psicologia junguiana. A interdisciplinaridade entre o direito e a psicologia possibilitou, a um só tempo, sugerir o inconsciente coletivo inerente ao arquétipo da Mulher Selvagem, peculiar a todas as mulheres, de um lado, e a função exercida por esse inconsciente nos movimentos sociais femininos camponeses, de outro. A luta por um modelo de produção agroecológico, pela valorização da agricultura de subsistência, uma empreitada selvática, portanto – em oposição à grande lavoura sustentada desde a época da colonização –, assemelha-se à selvageria do lobo ou da foca, quando atacam, quando ladram de madrugada, quando cuidam da matilha, quando uivam ou quando nadam, respectivamente.

Ora, o consumo de alimentos orgânicos, a busca por um modo de vida sustentável – temáticas que ascenderam em oposição à lógica do capital assente na degradação do meio ambiente e na insegurança alimentar em razão do agronegócio, por exemplo – traduzem-se na tentativa de resgatar os saberes tradicionais há tempos sustentados pelos povos originários,

dentre eles as mulheres do campo e da floresta. Quer dizer, as tentativas contemporâneas de minimizar os impactos das políticas predatórias empreendidas contra as comunidades tradicionais e de recusa do modelo tóxico de cultivo da terra, consistem numa aquietação em recuperar a nossa selvageria – outrora traduzida em simples mercadoria. A assunção do modo de reprodução de vida pelas mulheres camponesas não somente mantém aceso o uivo da luta campesina, mas também reafirma o papel daquelas enquanto produtoras de saberes, de renda familiar e de contribuintes no progresso da economia.

Em que pese existam previsões legais a fim de viabilizar o acesso a terra pelas mulheres – seja no plano interno ou externo, como é o caso da Cedaw –, as iniciativas legislativas são insuficientes, porquanto o modelo econômico em nada se diferencia daquele cultivado no período colonial: ele se sustenta em base escravista, na expansão do latifúndio e perpetua as violências de gênero. O sistema de opressão empreendido contra as mulheres camponesas criminaliza os modos de perceber e de estar no mundo dessas mulheres, bem como expropria o viver firmado nos saberes ancestrais e de resistência; desterram-nas de suas Mulheres Selvagens.

5 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Júlia. *Na luta, me entendi mulher*. Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, 2020. Disponível em: <https://mst.org.br/2020/03/07/na-luta-me-entendi-mulher/>. Acesso em: 6 abr. 2020.

BARBOSA, M. L. D.A.; LERRER, D. F. O Gênero da Posse da Terra: um estudo sobre o poder de negociação de mulheres titulares de lotes via reforma agrária. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 4, n. 8, jul./dez, 2016. Disponível em: https://genderandsecurity.org/sites/default/files/Barbosa_Lerrer_-_O_Genero_da_Posse_da_Terra.pdf. Acesso em: 26 mar. 2020.

BIEHL, Janet. *A mulher e a natureza: uma mística recorrente*. *Le Monde Diplomatique*. 2011. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-mulher-e-a-natureza-uma-mistica-recorrente/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL DE FATO. *Obra de Frantz Fanon traça paralelo entre colonialismo e intervenção militar no Rio*. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/05/15/obra-de-frantz-fanon-traca-paralelo-entre-colonialismo-e-intervencao-militar-no-rio>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 de março de 2020.

BRASIL. Decreto 4377 de 13 de setembro de 2002. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 919, de 10 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv910.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Mulheres do campo e da floresta: diretrizes e ações nacionais. Secretaria de Políticas para as Mulheres, Presidência da República. 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mulheres-do-campo-e-da-floresta-diretrizes-e-aco-es-nacionais>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BUTTO, Andrea; HORA, Karla Emmanuela R. Mulheres e reforma agrária no Brasil. In: LOPES, Adriana L.; ZARZAR, Andrea Butto (org.). *Mulheres na reforma agrária a experiência recente no Brasil*. Brasília: MDA, 2008. 240 p. (Nead Debate; 14). Disponível em: https://arca.furg.br/images/stories/producao/mulheres_na_reforma_agraria.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.

CPT. Comissão Pastoral da Terra. *Conflito no campo*. Brasil, 2018. Documentação Dom Tomás Balduino. Coordenação Antônio Canuto, Cássia Regina da Silva Luz e Paulo César Moreira – Goiânia: CPT Nacional, Brasil, 2019. 247 p.

CEDAW. Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women. *General recommendation nº 21: Equality in marriage and family relations*. 1994. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CE-DAW/Shared%20Documents/1_Global/A_49_38\(SUPP\)_4733_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CE-DAW/Shared%20Documents/1_Global/A_49_38(SUPP)_4733_E.pdf). Acesso em: 5 abr. 2020.

CDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*: Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.

DA MOTA, Maria Eleusa; DE PAULA, Maysa do Carmo. *A questão de gênero no MST e a educação do campo*. 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/reveducpop/article/view/20288>. Acesso em: 29 mar. 2020.

DE PAULA, Fernanda Folster; CHAGURI, Mariana Miggiolaro. *Titulação conjunta da terra e o protagonismo das mulheres na conquista de direitos no campo*. 2018. Disponível em: https://www.uniara.com.br/legado/nupedor/nupedor_2018/9/8_Fernanda_Paula.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.

DEERE, Carmem Diana; LEON, Magdalena. Diferenças de gênero em relação a bens: a propriedade fundiária na América Latina. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 10, p. 100-153, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 abr. 2020.

DEERE, Carmen Diana. Os direitos da mulher à terra e os movimentos sociais rurais na reforma agrária brasileira. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 175-204, abr. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 mar. 2020.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Mulheres que correm com os lobos*: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem. Tradução Waldéa Barcellos. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FANON, F. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Civilização Brasileira, 1968.

FERREIRA, Rafaela. *Pachamama e os frutos das mulheres Sem Terra!* Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://mst.org.br/2020/03/11/pachamama-e-os-frutos-das-mulheres-sem-terra/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

GIORDANO, Alessandra. A arte de contar histórias e o conto de tradição oral em práticas educativas. *Constr. Psicopedag.*, São Paulo, v. 21, n. 22, p. 26-45, 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-69542013000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 7 mar. 2020.

GONÇALVES, Juliana. O mercado produz doença, e elas produzem vida: conheça as mulheres da Marcha das Margaridas. *The Intercept*, 14 ago. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/08/14/mulheres-da-marcha-das-margaridas/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Instrução Normativa*, n. 38, 2007. Disponível em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes/in38_130307.pdf. Acesso em: 1º abr. 2020.

INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Portaria nº 981 de 2 de outubro de 2003*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=185200>. Acesso em: 1º abr. 2020.

JUNG, Carl Gustav, 1875-1961. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução Maria Luíza Appy e Dora Mariana R. Ferreira da Silva. Perrópolis, RJ: Vozes, 2000.

LIMA, André. #BlackFriday de terras públicas na Amazônia. *Congresso em Foco*, 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/blackfriday-de-terras-publicas-na-amazonia/>. Acesso em: 6 abr. 2020.

MENEGAT, Marildo. A face e a máscara: a barbárie da civilização burguesa. 2007. Disponível em: <http://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/1638>. Acesso em: 11 mar. 2020.

MST. Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. *A questão da mulher no MST*. São Paulo, 1996. Disponível em: <http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/A%20quest%C3%A3o%20da%20mulher%20no%20MST.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. *O Comitê CEDAW – Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. 2013a. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher>. Acesso em: 28 mar. 2020.

OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. *Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*. 2012. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher/recomendacoes-cedaw-vii-relatorio-2012.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

- OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. *VII Relatório Brasileiro da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. 2013b. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher/cedaw-vii-relatorio-brasileiro.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- PASTORIO, Ines Terezinha; ROESLER, Marli Renate Von Borstel. O protagonismo das trabalhadoras rurais no acesso ao direito à terra, permanência e modo de produção coletiva. *Serv. Soc. Rev.*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 355-374, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/34126>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PIMENTEL, Silvia. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. 2013. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.
- ROJAS, Viviana. *O feminismo camponês e popular – a identidade da mulher rural e mundo operário*. 2020. Disponível em: <https://mst.org.br/2020/03/11/o-feminismo-campones-e-popular-a-identidade-da-mulher-rural-e-mundo-operario/>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, F. *Os condenados da Terra*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Civilização Brasileira, 1968.
- SCHOTTZ, Vanessa; OLIVEIRA, Fausto. *O sentido da Marcha das Margaridas*. 2007. Disponível em: <https://fase.org.br/pt/informe-se/noticias/o-sentido-da-marcha-das-margaridas/>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- SERBENA, Carlos Augusto. Considerações sobre o inconsciente: mito, símbolo e arquétipo na psicologia analítica. *Rev. Abordagem Gestalt.*, Goiânia, v. 16, n. 1, p. 76-82, jun. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672010000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 6 mar. 2020.
- SILVA, Isabela Costa da. *Movimento de mulheres camponesas na trajetória feminista brasileira: uma experiência de luta por direitos e liberdade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/handle/ufjf/901>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- SOUZA, Mércia Cardoso de. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e suas Implicações para o Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 5, p. 346-386, 2009. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume5/arquivos_pdf/sumario/mercia_cardoso.pdf. Acesso em: 29 mar. 2020.
- SUDRÉ, Lu. Liberação de agrotóxicos no governo Bolsonaro é a maior dos últimos 14 anos. *Brasil de Fato*, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/27/liberacao-de-agrotoxicos-no-governo-bolsonaro-e-a-maior-dos-ultimos-14-anos>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- TOOGE, Rikardy. Especialistas temem que MP da regularização fundiária dê brecha para legalizar grileiros na Amazônia. *Portal G1*, 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2019/12/especialistas-temem-que-mp-da-regularizacao-fundiaria-de-brecha-para-legalizar-grileiros-na-amazonia/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.40-55>

Um Balanço das Políticas Públicas de Trabalho, Emprego e Renda Para a População LGBT no Brasil e na Argentina (2004-2014)

Bruna Andrade Irineu

Professora do Departamento de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Federal de Mato Grosso – PPGPS/UFMT. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero – Nuepom/UFMT. <http://lattes.cnpq.br/8676883646497204>. <https://orcid.org/0000-0003-1158-5000>. brunairineu@gmail.com

Brendhon Andrade Oliveira

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (PPGD/UFMT). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero (Nuepom/UFMT) e do Grupo de Pesquisas em meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente (GPMAT/UFMT). <http://lattes.cnpq.br/1460155426305927>. <https://orcid.org/0000-0001-8204-651X>. andradebrendhon@gmail.com

RESUMO

Este trabalho é fruto da pesquisa intitulada “Direitos LGBT e Políticas Públicas de Trabalho, Emprego e Renda no Brasil e na Argentina (2004-2014): Mapeamento Crítico Preliminar”, vinculada ao Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Sexualidade, Corporalidades e Direitos da Universidade Federal do Tocantins – UFT. O estudo mapeou documentos que nortearam as políticas públicas de trabalho no Brasil e Argentina. Em um contexto de refração dos direitos humanos após avanço neoliberal por intermédio dos governos do campo de esquerda e, conseqüentemente, do retorno de governos de direita tanto na Argentina quanto no Brasil, torna-se central refletir sobre o período de gestão governamental do Partido Justicialista (Argentina) e Partido dos Trabalhadores (PT). Durante os anos de governo destes partidos, pode-se observar a criação de uma agenda anti-homofobia nestes dois países, por meio de ações concernentes aos direitos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) via Poder Executivo e Judiciário, no caso brasileiro, ou via Poder Legislativo, como na situação argentina. O processo de organização das lutas da população LGBT remonta de tempos em que ambos os países vivenciavam a ditadura militar entre o final da década de 60 e 70. Com a redemocratização, esses países vão vivenciar experiências distintas de tensionamento da sociedade civil junto ao Estado. A demanda por trabalho, emprego e renda subjaz a segmentos diversos cuja posição de classe social referencia-se de maneira latente; entretanto a identidade de gênero e a orientação sexual passam a ser apresentadas como marcadores sociais que também vão produzir desigualdade social no acesso à qualificação e ao trabalho formal.

Palavras-chave: Direitos. Políticas públicas. LGBT. Trabalho. Emprego.

A BALANCE OF PUBLIC POLICIES ON WORK, EMPLOYMENT AND INCOME FOR LGBT POPULATION IN BRAZIL AND ARGENTINA (2004-2014)

ABSTRACT

This paper is the result of the research entitled “LGBT Rights and Public Policies of Employment and Income in Brazil and Argentina (2004-2014): Preliminary Critical Mapping” linked to the Center for Studies, Research and Extension in Sexuality, Corporalities and Rights of the Federal University of Tocantins - UFT. The study mapped documents that guide the public policies of work in Brazil and Argentina. In a context of refraction of human rights following the recent return of conservative governments in both Argentina and Brazil, it becomes central to reflect on the period of governmental management of the Partido Justicialista (Argentina) and Partido dos Trabalhadores (PT). During the years of government of these parties, one can observe the consolidation of the anti-homophobia agenda in these two countries, through actions concerning LGBT rights (lesbians, gays, bisexuals, transvestites and transsexuals) via the Executive and Judiciary branches, in the Brazilian case or via the Legislative Branch, as in the Argentine situation. The process of organizing the struggles of the LGBT population goes back to a time when both countries experienced the military dictatorship between the late 1960s and 1970s. With redemocratization these countries will experience different experiences of tensioning civil society with the state. The demand for work, employment and income underlies diverse segments whose position of social class is latently referenced, however, gender identity and sexual orientation are brought to be social markers that will also produce social inequality in access to qualification and formal work.

Keywords: Rights. Public policies. LGBT. Work.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Pensar corpo, gênero e sexualidade. 3 Levantamento das políticas públicas de trabalho, emprego e renda no Brasil. 4 Identificando as políticas públicas de trabalho, emprego e renda na Argentina. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 17/9/2017

Aceito em: 26/5/2020

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é resultante da pesquisa “Mapeamento crítico das políticas públicas de educação, saúde e trabalho para a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) na América Latina: um estudo comparativo entre Brasil e Argentina”, vinculada ao Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão e Sexualidade, Corporalidades e Direitos, da Universidade Federal do Tocantins – UFT –, cujo recorte temporal data de 2004 a 2014.

Com a emergência de governos populares nos anos pós-2000 no Brasil e na Argentina, após longos períodos de ditadura militar e em um momento de forte consolidação de estratégias neoliberais, distintas conjunturas políticas, econômicas e sociais emergiram com o processo de redemocratização. Tendo em mente que as pautas relacionadas aos direitos humanos em âmbito global caminharam também com essas mudanças, coube a este estudo verificar no campo dos direitos da população LGBT as iniciativas e ações governamentais voltadas a esta população, observando seu impacto no âmbito do enfrentamento às violações dos direitos humanos deste segmento.

As demandas por trabalho, emprego e renda reverberam o campo dos direitos sociais, que, por sua vez, no contexto brasileiro, encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988 a partir de luta histórica da classe trabalhadora. Em âmbito global, este debate também se explicita na Declaração Universal de Direitos Humanos, especificamente com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 1976 em âmbito internacional, e no Brasil em 1992, com o envio da Carta de Adesão. É importante discutir, todavia, que ações governamentais de cunho caritativo e assistencialista por meio de programas estatais não devem ser compreendidas como forma ideal e séria de responder as demandas concretas por redistribuição de renda. Lidar seriamente com os direitos sociais e econômicos envolve criticar a concepção de “necessidades mínimas” para ampliar a ideia de “necessidades básicas” (PEREIRA, 2006).

Diante disso, é inegável que a identidade de gênero e a orientação sexual compõem as dimensões da vida social dos sujeitos, o que as torna marcadores sociais da diferença que, no contexto de violência e violações de direitos, são elevadas a desigualdades sociais. Sobre essas dimensões, é nítido que “uma delas é a inserção na divisão sociotécnica do trabalho, a atividade laborativa e a possibilidade de geração de renda” (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 191). Do mesmo modo, compreendendo a interseccionalidade desses marcadores sociais na constituição das identidades dos sujeitos, e entende-se como necessário perceber o lugar dos direitos LGBTs nas políticas públicas de trabalho, emprego e renda, bem como o lugar dessas políticas na agenda do ativismo de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

Feito tais considerações, a proposta da pesquisa é mapear os documentos que tratam de direitos e políticas públicas de trabalho no Brasil e Argentina no período de 2004 a 2014. Em seguida, elaborou-se uma análise crítica sobre as diretrizes que trazem esses direitos e políticas. Assim, realizou-se levantamento e pesquisas bibliográficas a partir de Estudos *Queer*, Gays, Lésbicos e Feministas. A investigação utilizou-se da análise documental como técnica de coleta de dados, tendo em vista “a importância dessa estratégia como alternativa de investi-

gação dadas as contribuições que uma análise crítica e aprofundada de determinados documentos pode aportar” (PRATES; PRATES, 2009, p. 120). Diante deste levantamento, expomos os documentos que compõem o *corpus* deste estudo.

Tabela 1 – Fonte Documental da Pesquisa

País	Documentos	Ano
Brasil	Programa Brasil sem Homofobia	2004
	Texto Base e Anais da 2ª Conferência Nacional de Direitos Humanos LGBT	2011
Argentina	De la ley a la práctica: conceptos desde un paradigma igualitário	2012
	Cuadernillo de inclusión laboral para el colectivo trans	2013

Fonte: Pesquisa direta.

Empregamos a análise de conteúdo para a verificação dos dados coletados, que, conforme Bauer e Gaskell (2002), “é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada” (p. 191). A partir desses documentos oficiais, analisou-se a formulação das ações para efetivação dos direitos LGBTs e políticas públicas de Trabalho, Emprego e Renda no Brasil e na Argentina.

2 PENSAR CORPO, GÊNERO E SEXUALIDADE

Acreditamos que o recorte das políticas de trabalho, emprego e renda dentro do contexto das políticas públicas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), contribuem para que compreendamos a articulação dos direitos sociais no contexto dos direitos humanos nestes dois países. Para tanto, antes de aprofundarmos nesse recorte é importante salientar conceitos e categorias teóricas que consubstanciam o desenvolvimento deste estudo.

As categorias analíticas “corpo”, “gênero”, “sexualidade”, “direitos”, “políticas públicas” e “trabalho”, assim como as categorias êmicas “emprego” e “renda”, foram utilizadas articulando-as às subcategorias “direitos LGBT” e “políticas públicas LGBT”. Corroboramos concepções teórico-políticas que criticam a sociabilidade perversa do capital, a ideia de Estado mínimo no campo das políticas sociais e o essencialismo das identidades, filiando-nos às correntes construtivistas no debate de gênero e sexualidade, bem como ao debate *gramsciano* sobre Estado e sociedade civil.

Nesse sentido, entendemos que “o corpo é socialmente construído” (LE BRETON, 2007, p. 27), portanto “a determinação de lugares ou das posições sociais dos sujeitos no interior de um grupo é referida aos seus corpos” (LOURO, 2004, p. 36). O gênero e a sexualidade são marcadores sociais do corpo que colocam as pessoas em seus lugares a partir da hierarquização da vida social, e tornam essas marcas dispositivos de poder. Assim, Louro (2004) alerta que qualquer transgressão às fronteiras de gênero ou de sexualidade aloca os sujeitos que escapam à norma no campo do desvio e da diferença. Nessa perspectiva, compreendemos que o gênero e a sexualidade estão circunscritos em uma inteligibilidade, denominada de sistema sexo-gênero-desejo.

Certa premissa, bastante consagrada, costuma afirmar que determinado sexo (entendido, neste caso, em termos de características biológicas) indica determinado gênero e este gênero, por sua vez, indica o desejo ou induz a ele. Essa sequência supõe e institui uma

coerência e uma continuidade entre sexo-gênero-sexualidade. Ela supõe e institui uma consequência, ela afirma e repete uma norma, apostando numa lógica binária pela qual o corpo, identificado como macho ou como fêmea, determina o gênero (um de dois gêneros possíveis: masculino ou feminino) e leva a uma forma de desejo (especificamente, o desejo dirigido ao sexo/gênero oposto) (LOURO, 2004, p. 38).

Diante da realidade de desrespeito dos direitos humanos da população LGBT, é importante mencionar Foucault (1999) sobre o disciplinamento dos corpos:

Métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas” (p. 118).

Dessa forma, compreendemos que os corpos são disciplinados por meio de uma “coerção sem folga” (FOUCAULT, 1999, p. 118), e que “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (p. 118).

Há uma pirâmide social que classifica os corpos que importam e os que não importam. Para a construção dessa pirâmide, os marcadores do corpo são utilizados para remeter os corpos aos seus lugares, utilizando-se de uma hierarquia que dispõe os corpos em posições boas e ruins, pecado e puro, útil e não útil, por exemplo. Nessa pirâmide, temos a hierarquização da sexualidade que apresenta, compulsoriamente, a heterossexualidade como uma única forma de vivência da sexualidade de maneira saudável, o que entenderemos por heteronormatividade (BUTLER, 2003).

A ordem de gênero explicita-se nas hierarquias que subjazem as masculinidades e as feminilidades, convertidas em processos de subordinação e dominação geradores do sexismo, que, por sua vez, supervalorizam o masculino em detrimento do feminino. Aqui também percebemos a hierarquização de outros marcadores sociais, tais como raça, etnia, geração, regionalidades e classe social. Assim sendo, as hierarquias explícitas nas marcas de poder que se expressam no corpo demonstram imbricamentos nas relações de poder e também nos processos de resistência às lógicas hierárquicas.

Sobre esses processos de resistência, como visto em Louro (2004), há corpos desviantes. Cabe questionar: Quais os efeitos ao disciplinamento dos corpos à insubordinação? De acordo com Foucault (1999), “a disciplina “fabrica” indivíduos, ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício” (FOUCAULT, 1999, p. 143).

Essas construções sociais hierarquizantes, perpassadas pelo poder disciplinar, são percebidas no imaginário social, atuam de forma integrada e inter-relacionada, transitam entre as identidades e atravessam determinantes de diversas naturezas (o senso comum, o trabalho, o direito, a cultura, etc.). Nesse sentido, é interessante mencionar os dados refletidos por Almeida, Pilar e Gebrath (2014) em um estudo sobre as relações de trabalho como um aspecto da assistência à saúde de pessoas trans:

As trajetórias de vida de mulheres e homens transexuais constituem a síntese absolutamente singular de suas inserções de classe social, de gênero e “raciais”, bem como de suas características culturais, etárias, de suas carreiras sexuais, entre outras. Como sugere Safiotti (1992, p. 191), somente as “análises concretas de fatos reais poderão mostrar

como as vivências humanas apresentam um colorido de classe e um colorido de gênero” e que estas dimensões são, portanto, inseparáveis. Em direção semelhante, o sociólogo Adalberto Cardoso (2013, p. 132) demonstrou, a partir de dados sobre o mercado de trabalho brasileiro, que, nele, “ser homem traz vantagens duráveis e positivas, em relação a ser mulher” e “a cor não branca traz desvantagens relativas duráveis, embora bem menos intensas do que os indicadores anteriores (p. 190-191).

Por consequência, as relações de trabalho da população LGBT – e de qualquer outro/a sujeito – produzem efeitos diretos sobre a vida social, seja em campo da saúde (física e psicológica), seja no contexto social em que vive. Por isso, apontamos aqui para a necessidade de compreender as questões que envolvem as identidades de modo interseccional, as lutas sociais e os projetos societários, para, assim, perceber, de forma minuciosa, os processos de opressão e exploração social em toda sua dinâmica. A discriminação e repressão no ambiente de trabalho, principalmente para aqueles/as que manifestam uma discordância no estereótipo – de gênero, raça ou sexualidade – mais visível, geram um mal-estar para essas pessoas.

[...] podemos imaginar que os indivíduos menos “à vontade”, os mais fisicamente “encurralados”, “bloqueados”, “reprimidos” tanto na expressão real como simbólica do corpo, são aqueles que as relações de trabalho expõem à agressividade mais direta, enquanto a profissão lhes proíbe manifestar, em troca, a menor agressividade... Essas categorias interiorizariam seu mal-estar social e mal-estar físico (LE BRETON, 2007, p. 87).

Além disso, “o fato da divisão sociotécnica do trabalho ser, antes de tudo, sexual, aqueles que põe o gênero que lhes foi imposto ao nascerem em discussão têm maior dificuldade nas atividades profissionais que, em geral, são bastante genericadas” (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 192). Acontece que “a fronteira entre a homossexualidade, a travestilidade e a transexualidade é bastante borrada”, e, portanto, compreendemos que as pessoas LGBTs, para o entendimento social, transgridem tanto às barreiras do gênero quanto às da sexualidade.

Outro fator gerado pelo efeito da LGBTfobia no campo do Trabalho e Emprego que não poderíamos deixar de apontar, é a informalidade. Em razão dessas transgressões e discordâncias das normas do gênero e da sexualidade, muitas vezes as pessoas LGBTs são jogadas para o campo da informalidade, e, entre seus efeitos, temos a “desproteção nos termos da seguridade social brasileira (perda de direitos previdenciários e trabalhistas)” (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 193). Obviamente que, de maneira geral, em um modo de produção fundamentalmente marcado por um conjunto de desigualdades como o sistema capitalista, a tendência à ampliação do campo da informalidade e da desproteção social atinge toda classe trabalhadora. Cabe articular, todavia, essa consideração ao contexto das transformações no mundo do trabalho, mas também as maneiras de sofisticação desse sistema nos processos de opressão e exploração a segmentos sociosexuais minoritários.

Tendo em vista esse cenário de violências e desproteções da população LGBT, compreendemos a responsabilidade do Estado em promover, por intermédio de direitos e políticas sociais, aqui especificamente de Trabalho, Emprego e Renda, acesso a ingresso ao mercado de trabalho, garantia de emprego formal e redistribuição de renda, sem discriminação por identidade de gênero e/ou orientação sexual.

Nesse sentido, a respeito das políticas públicas, Souza (2003) acredita que a formulação de políticas públicas deve ser compreendida como o processo por meio do qual os governos “traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real” (p. 13). É possível apontar também, entretanto, que esses programas e ações possuem níveis distintos de compromisso com a ideia de proteção social a depender das vinculações partidárias e filiações a determinadas concepções de Estado. Ou seja, uma política governamental terá, na sua formulação, características aliadas ao projeto societário ao qual aquele governo se vincula.

Entendendo, então, políticas públicas como uma resposta do Estado ante as demandas da sociedade civil, Mello, Avelar e Maroja (2012) nos fornecem indicadores das dificuldades de implementação de políticas públicas referentes à sexualidade:

Em particular, no que diz respeito às políticas públicas no campo da sexualidade, convém ainda destacar que elas são permeadas de peculiaridades, já que o ponto de partida para sua formulação e implementação é basicamente a necessidade de mudança de crenças, valores e tradições há muito prevaletentes no imaginário coletivo (p. 294).

Assim, as políticas públicas no campo da sexualidade, e também do gênero, geram um tensionamento com crenças, valores e tradições, o que nos remete, de imediato, às religiões no Brasil e na Argentina, sobretudo as de matriz judaico-cristã, tendo em vista que são majoritárias em termos populacionais nos referidos países. Nesse sentido, os grupos religiosos que confessam o cristianismo têm desenvolvido papel importante para “frear” a criação de políticas públicas e aprovação de legislações que versem sobre a diversidade sexual e de gênero.

Os discursos dessas instituições colocam as práticas homoeróticas como transgressões à lei da natureza ou de Deus, que teria criado dois seres de sexos diferentes para se complementarem e procriarem. Nesse sentido, a homossexualidade e os indivíduos que a praticam são percebidos como ameaças às ordens social, política, moral e, em alguns casos, legal das sociedades” (MACHADO; PICCOLLO, 2010, p. 117).

Valendo-se da homossexualidade como ameaça, essas instituições religiosas tomam o “pânico moral como parte de estratégias”, buscando veicular essa ideologia por meio de “mensagens e imagens que incitam ao medo”, como uma “arma política que opera por meio de uma mobilização do senso comum” (NATIVIDADE; OLIVEIRA, 2013, p. 117).

3 LEVANTAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO, EMPREGO E RENDA NO BRASIL

Nesse momento cuidaremos primeiramente de analisar o processo de construção dos direitos e políticas públicas, bem como analisar o conteúdo dos documentos Programa Brasil sem Homofobia (BRASIL, 2004) e do Texto-Base e Anais da 2ª Conferência Nacional LGBT (BRASIL, 2011).

O Programa Brasil Sem Homofobia (BSH) foi proposto no ano de 2004 pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, e tinha como escopo a promoção da “cidadania GLBT a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais” (BRASIL, 2004, p. 11). Este

foi o primeiro documento governamental de políticas públicas voltadas especificamente à população LGBT no Brasil. Anteriormente, no governo Fernando Henrique Cardoso, houve a inserção de algumas ações dentro do Programa Nacional de Direitos Humanos I e II.

Para podermos cumprir a proposta de análise desses documentos, faz-se necessário resgatar os dados da pesquisa produzida pelo grupo Ser-Tão, da Universidade Federal de Goiás, que mapeou as políticas públicas para a população LGBT, na qual encontramos um estudo específico sobre as Políticas Públicas de Trabalho, Assistência Social e Previdência Social para a População LGBT. De acordo com este estudo:

O programa se desdobra em cinquenta e três (53) ações, divididas em onze (11) eixos, voltadas para “apoio a projetos de fortalecimento” de instituições que promovam a cidadania e o combate à homofobia; capacitação de representantes do movimento LGBT; disseminação de informações “sobre direitos, de promoção da auto-estima homossexual”; e incentivo à denúncia de violação de direitos LGBT (IRINEU *et al.*, 2010, p. 176).

A pesquisa apontou, ainda, que o programa BSH refere-se apenas a discriminações no ambiente de trabalho, prevendo quatro diretrizes para o combate à LGBTfobia por meio de qualificação profissional dos segmentos discriminados por orientação sexual e identidade de gênero. Vale ressaltar que um dos objetivos do BSH foi a realização da I Conferência Nacional de Políticas Públicas para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais que ocorreu em 2008. Nesta conferência foram aprovadas 559 deliberações, quando 37 eram referentes ao Trabalho e Emprego, que, por sua vez, era um dos dez eixos temáticos. Após a primeira conferência, em 2009, o governo federal lançou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT, que continha 51 diretrizes e 180 ações, posto que, destas, somente 10 eram de responsabilidade do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Deste modo, é notória a incipiência de ações de trabalho, emprego e renda nestes primeiros documentos da política nacional LGBT, demonstrando uma proeminência de ações em áreas em que o diálogo da sociedade civil continha uma certa consolidação, como a Saúde, a Educação e a Segurança Pública, e reforçando um lugar da agenda anti-homofobia em âmbito do Executivo, ainda vinculado ao debate do combate ao HIV/aids e à violência e pouco articulado ao campo da seguridade social enquanto política de proteção social.

Como objetivo do I Plano Nacional LGBT, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), vinculado à Secretaria de Direitos Humanos (SDH/PR), foi criado por meio do Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Esse Conselho é um órgão que une sociedade civil e Estado e, basicamente, tem a função de verificar a efetivação das políticas públicas, atuando como um espaço de articulação e de controle social. Em 2011 o CNCD-LGBT coordenou a organização da II Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos LGBT. A SDH/PR produziu um documento que orientava a conferência de 2011, nomeado de Texto-Base. O mesmo prestava contas das ações do I Plano LGBT, e, juntamente com este material, reunindo as propostas aprovadas na II Conferência, o CNCD-LGBT disponibilizou, posteriormente, os Anais da II Conferência Nacional LGBT.

Analisando estes documentos, observa-se nos Anais que as propostas da Conferência foram divididas em 15 eixos, e cada uma possuía, em média, 5 diretrizes. Um desses eixos é intitulado “Trabalho, Geração de Renda e Previdência” (BRASIL, 2011, p. 124), com 5 diretri-

zes, em que 2 são referentes à área da Previdência Social. Das 5 diretrizes presentes nos Anais mencionados, as demandas que envolvem trabalho, emprego e renda apontavam para a i) criação de um sistema de inserção no trabalho, emprego e renda à população LGBT; ii) promoção de apoio à realização de cursos de capacitação visando à inserção de LGBTs no mercado de trabalho formal e regulamentação da prostituição; iii) efetivação e ampliação de políticas de combate ao preconceito, assédio moral e discriminação de LGBTs no ambiente de trabalho.

Percorrido este caminho sobre a construção das políticas e do conteúdo dos documentos, cabe, agora, conhecer as ações realizadas para a efetivação do direito ao trabalho e emprego sem discriminação por identidade de gênero e orientação sexual no contexto brasileiro.

Não há nenhuma legislação brasileira que regulamenta sobre Trabalho, Emprego e Renda que se refira à comunidade LGBT, tanto em relação à orientação sexual quanto à identidade de gênero. No mapeamento de políticas públicas e direitos LGBTs no Brasil, encontramos documentos do Poder Executivo que balizaram as políticas públicas durante as gestões do Partido dos Trabalhadores no governo federal, e é neles que nos ateremos nos desdobramentos das ações propostas e formuladas nestes documentos.

Mello, Brito e Maroja (2012) asseveram que:

As ações e os programas mapeados em nossa pesquisa são, em princípio, produto do reconhecimento, pelo Poder Executivo dos diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal), da necessidade de políticas públicas de combate ao preconceito, à discriminação e à exclusão que atingem essa população. E mais: tais ações e programas são particularmente importantes num cenário em que o Poder Legislativo ainda não aprovou nenhuma lei que assegure direitos civis e sociais à população LGBT (p. 409).

Em relação ao trabalho, o programa BSH refere-se apenas às questões de não discriminação no ambiente de trabalho, que, por sua vez, é a ação VII do referido plano, e, de acordo com o relatório supracitado, “o programa não traz definições precisas sobre como serão efetivadas as iniciativas de combate à discriminação no trabalho” (IRINEU *et al.*, 2010, p. 177).

Além disso, as referências ao trabalho no BSH “se restringem à realidade de BTLG que atuam profissionalmente no campo da formalidade. O programa não problematiza questões, por exemplo, como a profissionalização da prostituição” (IRINEU *et al.*, 2010, p. 179). Apontamos também para o papel secundário dado às políticas e ações referentes ao trabalho quando comparado às propostas de saúde e educação, que, basicamente, representam a maior parte de concentração das ações, como mencionamos anteriormente no texto.

Sobre o estabelecimento e a previsão orçamentária do BSH, elementos que incidem diretamente na efetividade das ações governamentais, é possível verificar que:

Mesmo que a criação deste programa tenha tido um grande significado, a forma como o governo federal conduziu o processo de implementação foi problemática, como baixa previsão orçamentária, pequena quantidade de técnicos vinculados ao programa e ações que se alocaram muito mais sob a responsabilidade do movimento social do que Poder Executivo (IRINEU *et al.*, 2010, p. 176).

Diferentemente das ações previstas no BSH, as proposições contidas nos Anais da I Conferência Nacional de Políticas Públicas LGBT avançam ao indicar a necessidade de formação profissional de LGBTs, regulamentação do trabalhador/a do sexo, além de trazer novamente as demandas já levantadas no BSH. Percebido isso, compreendemos que a elaboração de diretrizes de políticas públicas para LGBTs no campo do trabalho, emprego e renda, com a participação da sociedade civil, avançaram, buscando levantar questões que o BSH não havia mencionado e que foram observadas no I Plano Nacional LGBT.

Já as diretrizes propostas nos Anais da II Conferência Nacional LGBT, que compilaram as deliberações da II Conferência Nacional LGBT, não se tornaram um segundo Plano Nacional de Políticas Públicas, como ocorreu com as propostas da I Conferência, gerando o I Plano de Políticas Públicas para a população LGBT. Nesse sentido, as diretrizes da II Conferência serviram ao Poder Executivo mais como balanço das ações anteriores e busca de continuidade das ações não desenvolvidas ou parcialmente desenvolvidas, não havendo avaliação posterior da efetivação destas ações nos documentos oficiais.

A primeira diretriz presente nos Anais menciona emprego e renda, não priorizando apenas o trabalho. Além disso, dá como possível solução para a inserção de LGBTs no mercado de trabalho a criação de campanhas e incentivos a empresas e organizações que adotarem políticas afirmativas. A segunda e terceira diretrizes somente referem-se às políticas de trabalho e também não abordam a forma de execução da proposta, apesar de mencionarem questões pertinentes, como a regulamentação da prostituição e o mercado de trabalho informal.

Posteriormente, com a não publicação do segundo Plano mesmo com grande pressão do movimento social, a SDH/PR e o CNCD-LGBT passaram a investir seu fôlego no que ficou conhecido como “Sistema Nacional de Enfrentamento à Violência LGBT”. O Sistema começou a ser desenhado ainda em 2013, mas seu processo de instalação foi iniciado por meio de abertura de um edital da SDH/PR, convocando a sociedade civil e governos estaduais a parcerias, porém a conjuntura eleitoral de 2014 iniciou o processo de estagnação de grande parte das ações governamentais da pasta, que, com o *impeachment* de Dilma Rousseff, tomou outros rumos ainda pouco possíveis de uma avaliação detalhada, mas certamente com um prejuízo político histórico à democracia brasileira. Diante disso, pode-se perceber a instabilidade e a descontinuidade do debate de diversidade sexual e de gênero no campo das políticas públicas brasileiras.

Apesar do recorte temporal que escolhemos entre 2004 e 2014, é necessário mencionar, no presente trabalho, o Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016, assinado pela presidenta à época, Dilma Rousseff, que “dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (BRASIL, 2016).

Com esse decreto vigorando, há efeitos mediatos no âmbito do trabalho que coadunam com as propostas aprovadas nas últimas Conferências. Primeiramente, o decreto vai ao encontro da proposta de respeito à identidade de gênero no ambiente de trabalho, ou seja, pessoas travestis e transexuais que exercitarem atividade laboral no âmbito federal poderão utilizar o nome que se reconhece. Segundo, fica proibido qualquer tipo de discriminação no âmbito federal no tratamento com travestis e transexuais, conforme parágrafo único do artigo 2º.

Vale mencionar, também, que, em razão da inércia do Poder Legislativo, somada aos inúmeros processos de pessoas LGBTs buscando direitos à conjugalidade e parentalidade no âmbito judiciário, em 2011 o Supremo Tribunal Federal proferiu o Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-Df – Supremo Tribunal Federal –, que por sua vez, basicamente, reconhece a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo. Posteriormente, a fim de regular e garantir o julgado do STF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.

4 IDENTIFICANDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO, EMPREGO E RENDA NA ARGENTINA

A Argentina possui similaridades com o Brasil em alguns processos de sua história. Os movimentos sociais LGBTs surgem na década de 70 do século 20 e o país também viveu um longo período ditatorial. Os anos de 1980 e 1990 serão importantes para a construção democrática de ambos os países, que tiveram a experiência de governos de centro-direita, como Carlos Menem e Fernando Collor, e, posteriormente, iniciou um período de mais de uma gestão, tendo a esquerda à frente do governo federal, como os Kischner, Lula e Dilma. A experiência dos governos populares alinhou-se, em ambos países, com o neodesenvolvimentismo e com a consolidação de políticas neoliberais. A constituição do Legislativo nos países, todavia, tem marcadamente distinções que demonstram na Argentina uma grande expressão do poder do catolicismo, e no Brasil a forte emergência do neopetencostalismo na política partidária e nas esferas de poder, especialmente no Legislativo.

Quanto às políticas de trabalho, emprego e renda na Argentina, analisou-se primeiramente o conteúdo do documento “Da lei à prática: conceitos de um paradigma igualitário”¹, publicado em 2012 pelo Ministério de Desenvolvimento Social.² Este documento “tem como objetivo repensar algumas de nossas práticas, olhares e ações diárias, enraizados em uma sociedade que mantém estereótipos e lugares predeterminados para mulheres e homens”³ (ARGENTINA, 2012, p. 9).

O documento citado discorre sobre a trajetória dos direitos LGBTs na Argentina após a ascensão do Partido Justicialista à presidência da república no ano de 2003. “Da lei à prática: conceitos de um paradigma igualitário” nos mostra que as Políticas Públicas para a População LGBT da Argentina, em suma, são garantidas por força de lei. Além disso, manifesta que:

O Ministério de Desenvolvimento Social da Nação soma esforços para a construção de uma cidadania diversa e equitativa a partir da criação de uma Coordenação Nacional de Diversidade Sexual, com o objetivo de facilitar todas as linhas de ação para melhorar a qualidade de vida e promover os direitos das populações de LGBTTTI⁴ (ARGENTINA, 2012, p. 24).

¹ De La Ley a La Práctica: Conceptos Desde un Paradigma Igualitario (2012).

² Ministerio de Desarrollo Social.

³ Tiene como objetivo repensar algunas de nuestras prácticas, miradas y acciones cotidianas, arraigadas en una sociedad que sostiene estereotipos y lugares predeterminados para las mujeres y los hombres (ARGENTINA, 2012, p. 9).

⁴ El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación suma esfuerzos para la construcción de una ciudadanía diversa y equitativa a partir de la creación de una Coordinación Nacional de Diversidad Sexual, con el objetivo de facilitar todas las líneas de acción para mejorar la calidad de vida y promover los derechos de las poblaciones de LGBTTTI (ARGENTINA, 2012, p. 24).

A lei do matrimônio igualitário (Lei 26.618) da Argentina foi promulgada pela presidenta Cristina F. Kirchner em 21 de julho de 2010, que, por sua vez, diz que “o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos, com independência de que os contraentes sejam do mesmo sexo ou de diferente sexo”⁵ (ARGENTINA, 2015, p. 33).

Em julho de 2012, a presidenta assinou o “Decreto de Necessidade e Urgência (DNU n° 1.006)”,⁶ que “baseou-se em “estritas razões de igualdade” equiparando os direitos das crianças nascidas antes da Lei do Matrimônio Igualitário com as que nasceram mais tarde, o que permitiu a emissão de novos certificados de nascimento contemplando os dados de ambas mães e sobrenome duplo”⁷ (ARGENTINA, 2015, p. 34).

Em maio de 2012, a presidenta C. F. Kirchner promulgou a “Lei n° 26.743 de Identidade de Gênero”⁸ (ARGENTINA, 2012), que tem como aspectos principais:

a) travestis, transexuais, transgêneros e homens/machos transexuais têm o direito de reconhecer sua identidade de gênero auto percebida e receber um tratamento digno; b) reconhece o direito humano fundamental de todas as pessoas ao reconhecimento de sua identidade de gênero, seja tratado de acordo com ela, ao livre desenvolvimento de sua pessoa e, em particular, seja identificado dessa forma no Certificado de Nascimento e no Documento Nacional de Identidade (DNI); c) em nenhum caso pode ser exigido como condição uma intervenção cirúrgica, nem terapias hormonais ou outros tratamentos psicológico e médico e d) perspectiva despatologizante, desjudicializante e desestigmatizante (ARGENTINA, 2015, p. 35).⁹

Em relação às políticas públicas de trabalho e emprego, encontramos um documento intitulado “Livreto de inclusão de trabalho para o coletivo TRANS”¹⁰, produzido no ano de 2013 pelo Ministério de Trabalho, Emprego y Seguridad Social da Nação¹¹, e também a

Linha de Inclusão do Trabalho para Travestis, Transexuais e Transgêneros (Trans), a fim de contribuir para melhorar a empregabilidade desta população através da implementação de diferentes ferramentas (ARGENTINA, 2013, p. 9).

⁵ El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo (ARGENTINA, 2015, p. 34).

⁶ Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU N° 1.006).

⁷ Se basó en “estrictas razones de igualdad” equiparando los derechos de los niños y niñas nacidos/as antes de la Ley de Matrimonio Igualitario con los nacidos/as después, lo que permitió emitir nuevas actas de nacimiento completando los datos de ambas madres y el doble apellido (ARGENTINA, 2015, p. 34).

⁸ Ley No 26.743 de Identidad de Género

⁹ a) travestis, transexuales, transgêneros y hombres/varones trans tienen derecho a que se reconozca su identidad de género autopercibida y a recibir un trato digno; b) reconoce el derecho humano fundamental de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, a ser tratada de acuerdo a ella, al libre desarrollo de su persona y en particular, a ser identificada de ese modo en la Partida de Nacimiento y el Documento Nacional de identidad (DNI); c) en ningún caso se pueden exigir como condición una intervención quirúrgica, ni terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico e d) perspectiva despatologizante, desjudicializante y desestigmatizante.

¹⁰ Cuadernillo de Inclusión Laboral para el colectivo TRANS (2013).

¹¹ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

De acordo com o documento, “é prioridade do Ministério promover a inserção laboral de trabalhadores e trabalhadoras com problemas de emprego, particularmente aqueles que pertencem a grupos vulneráveis”¹² (ARGENTINA, 2013, p. 9). Assim sendo, há dois programas de emprego governamentais: o “Programa Jovens com Mais e Melhor Trabalho” (ARGENTINA, 2013, p. 10) e o “Programa Seguro de Capacitação e Emprego (SCyE)” (ARGENTINA, 2013, p. 10).¹³ Acessando alguns desses programas, os/as beneficiados/as terão acesso a nove tipos de ferramentas, sendo elas:

A) Suporte econômico mensal; B) Tutoriais de trabalho social para pensar e desenvolver seu próprio treino profissional e profissional; C) Atividades de Orientação Laboral e Pesquisa de Trabalho; D) Conclusão dos estudos primários e secundários; E) Cursos de formação profissional gratuita; F) Programa de Emprego Independente; G) Programa de treinamento de trabalho e programa de inserção; H) Trabalho no setor público e privado; I) Acesso à Rede Federal de Serviços de Emprego¹⁴ (ARGENTINA, 2013, p. 11).

A partir desse momento avaliaremos as ações da Argentina. De acordo com “Da lei à prática: conceitos de um paradigma igualitário” (2012), a Argentina aprovou, em 2012, a Lei nº 26.746, conhecida como Lei de Identidade de Gênero, que reconhece a travestis, transexuais e transgêneros o direito de se reconhecer quanto à identidade de gênero que se percebem. Esse documento, assim como o Decreto brasileiro que reconhece identidade de gênero no âmbito federal, é de fundamental importância para o trabalho e emprego de pessoas Trans. A lei argentina de identidade de gênero,

Apesar de ser uma lei que muitos especialistas concordam como uma das mais avançadas do mundo, não recebeu atenção notável na mídia. Mantém o binômio sexual, mas contempla mudanças de registro sem autorização judicial ou médica, e o direito à saúde de travestis, transexuais e transgêneros através de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais para aqueles que o necessitam (TABBUSH *et al.*, 2016, p. 7).¹⁵

Sem dúvidas as legislações argentinas apresentam avanço formal nos direitos da população LGBT. Para tanto, é necessário constituir ações e programas do campo das políticas públicas para atuar juntamente com a legislação. Entendemos a LGBTfobia como um fenômeno cultural que observa a não correspondência à heterossexualidade, bem como os marcadores de gênero, alimentado pelo ódio e fundamentalismo religioso. Nesse sentido, a criação de leis e/ou programas encontra resistência e muita dificuldade na efetivação para aquilo que se propõem.

¹² Es prioridad del Ministerio promover la inserción laboral de los trabajadores y trabajadoras con problemas de empleo, en particular de aquellos y aquellas que pertenecen a colectivos vulnerados (ARGENTINA, 2013, p. 9).

¹³ Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo (PJcMyMT)” (ARGENTINA, 2013, p. 10) y “Programa Seguro de Capacitación y Empleo (SCyE)” (ARGENTINA, 2013, p. 10).

¹⁴ a) Apoyo Económico Mensual; b) Tutorías socio-laborales para pensar y desarrollar tu propio trayecto formativo y ocupacional; c) Actividades de Orientación Laboral y Apoyo a la Búsqueda de Empleo; d) Finalización de Estudios Primarios y Secundarios; e) Cursos de Formación Profesional gratuitos; f) Programa de Empleo Independiente; g) Programa de Entrenamiento para el Trabajo y Programa de Inserción; h) Laboral en el sector público y privado; e i) Acceso a la Red Federal de Servicios de Empleo” (ARGENTINA, 2013, p. 11).

¹⁵ A pesar de tratarse de una ley que muchos/as expertos/as coinciden es una de las más avanzadas en el mundo, no recibió atención mediática notoria. La misma mantiene el binomio sexual, pero contempla cambios registrales sin autorización judicial o médica, y el derecho a la salud de travestis, transexuales y transgenero a través de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales para quienes lo requiriesen (TABBUSH *et al.*, 2016, p. 7).

O “Livreto de inclusão de trabalho para o coletivo TRANS” (2013), que, por sua vez, instituiu a “linha de inclusão laboral para pessoas TRANS”¹⁶ (ARGENTINA, 2013, p. 9), tem o objetivo de contribuir para a melhora da empregabilidade desta população em questão. Nesse sentido, as pessoas transexuais seriam incluídas nos dois programas de emprego governamentais de acesso à toda população, quando encontraram nove tipos de prestação de benefícios. A eficácia desta política é reduzida no atendimento à população transexual. Por ser um programa de cunho universalista, que oferece algumas ações para inserção no mercado de trabalho, não observa as especificidades de cada população em situação de vulnerabilidade e não se atenta aos motivos concretos que marginalizam a população transexual, como a evasão escolar e as barreiras no acesso à saúde, situações que corroboram a falta de acesso ao mercado de trabalho formal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como salientamos anteriormente, Argentina e Brasil possuem uma formação social, econômica, política e cultural distintas em seus processos coloniais, todavia também possuem aspectos semelhantes. Os dois países passaram por ditaduras militares, e têm suas constituições de Estado Democrático de Direito garantidas, de certa forma, há pouco tempo, e viram nos anos 2000 a ascensão de governos populares à presidência da república. Além disso, os dois países têm uma forte presença das religiões de matriz judaico-cristã e também sofrem com os altos índices de feminicídio, reflexo da produção de um sexismo ancorado em uma masculinidade bélica.

Nessa perspectiva, é necessário destacar que,

nos países de frágil tradição democrática, mas não só nesses, um dos principais desafios para as gestoras/es é a formulação de políticas públicas capazes de assegurar desenvolvimento econômico e promover a inclusão social de grandes parcelas marginalizadas da população (SOUZA, 2003b). Nesse contexto, as políticas públicas deveriam ser globais, em três sentidos: a) por dizerem respeito ao Estado, e não apenas ao governo; b) por não deverem se restringir ao período de um único governo; e c) por necessariamente contarem, em sua elaboração, com a participação do conjunto da sociedade civil, incluindo ONGs, empresas, igrejas, academia, mídia, etc. (OBSERVATÓRIO, 2004), constituindo aquilo que Frey (2000) chama de *policy network*. Nessa perspectiva, “o objetivo de toda política pública é a consagração do Estado de direito, a democracia e a extensão do gozo dos direitos humanos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais” (OBSERVATÓRIO, 2004, p. 10, tradução nossa) (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 291).

No Brasil, até o presente momento, não há nenhuma legislação aprovada referente aos direitos da população LGBT – apesar de o Poder Judiciário ter reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo –, enquanto na Argentina existem três leis específicas destinada a este segmento. No Brasil, desde 2004 o governo federal vem desenvolvendo ações no campo das políticas públicas, que, pela sua fragilidade e descontinuidade, têm dificuldade de uma ampla efetivação, sobretudo pela falta de orçamento e incipiência da instituição destas nos

¹⁶ Línea de inclusión laboral para personas TRANS (ARGENTINA, 2013, p. 9).

âmbitos estadual e municipais. Na Argentina, apesar da “Lei nº 23.592 de Atos Discriminatórios”¹⁷ de 1997, que se aplica à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, a primeira ação específica do Poder Executivo foi a promulgação da Lei do Matrimônio Igualitário (Lei 26.618) em 2010.

Percebe-se assim, que enquanto a maioria dos países da U.E. [União Europeia] e alguns na América Latina, como Argentina e Uruguai, tem apostado na regulamentação jurídico-legal dos direitos LGBT, o Brasil tem apostado nas ações do poder executivo e retrocedido na pauta dos direitos humanos no legislativo. O judiciário permanece regulando matérias individuais, que apesar de se tornarem jurisprudências tem onerado a cidadania das pessoas LGBT e as condicionando a processos de judicialização dos direitos humanos (MERIQUI; IRINEU, 2013, p. 6).

Desse modo, no Brasil, a relação entre o Estado e a população vem se construindo a partir de órgãos de controle social, seja com representação da sociedade civil nos Conselhos ou a partir da participação nas Conferências. Apesar de ser um espaço de participação social necessário, são insuficientes para assegurar os direitos e políticas da população LGBT, quando o Legislativo não se esforça para tornar as ações de governo políticas de Estado.

Em relação ao Brasil, também é importante mencionar que as políticas públicas para a população LGBT são frágeis, pois, além de não possuírem orçamento próprio, não têm uma regulamentação jurídico-legal, sendo, muitas vezes, criadas a partir de simples portarias. Além disso, como visto, dentro do rol das políticas LGBT, há determinadas políticas, como as de saúde e educação, que desenvolvem ações há um maior tempo, dado o histórico de luta contra o HIV/aids e o debate da inclusão na educação, enquanto outras áreas, como o trabalho, emprego e renda, por sua perspectiva universalista, ainda não conseguem qualquer avanço na transversalidade de gênero e orientação sexual. Ou seja, “a prioridade construída pelo movimento LGBT e a definição do que ‘é mais importante demandar agora’ também sinaliza o motivo da insuficiência das ações e programas nestas três áreas” (IRINEU *et al.*, 2010, p. 180).

No contexto brasileiro, em relação às políticas públicas LGBT de Trabalho, Emprego e Renda, ao analisar os documentos oficiais do *corpus* da pesquisa, percebemos que as propostas da sociedade civil e do poder público para essas áreas acabam se limitando a ações que visam: a) a combater a LGBTfobia nos ambientes de trabalho; b) à qualificação profissional dos grupos discriminados; e c) à criação de benefícios ou prêmios para empresas que contratam pessoas LGBTs.

As políticas de Trabalho, Emprego e Renda da Argentina para a população LGBT são encontradas na “Ley Nº 26.743 de Identidad de Género” (ARGENTINA, 2012), que reconhece a existência das pessoas transexuais, gerando, assim, efeitos no âmbito do trabalho. Percebe-se que trabalho e emprego para as pessoas trans fazem parte de um universo de políticas para todas as pessoas que estão desempregadas e que cumprem os requisitos dos programas, mostrando, novamente, os dilemas entre universalidade e especificidade das políticas públicas em um contexto neoliberal de seletividade populacional (PEREIRA, 2006).

¹⁷ Ley nº 23.592 de Actos Discriminatorios” (1997).

Então, embora na Argentina as políticas públicas para a população LGBT têm se garantido por meio de leis do ponto de vista formal, isso não tem implicado em efetivação cotidiana dessas decisões. Observa-se a necessidade de instalação de políticas públicas previstas na regulamentação legal acerca do acesso desta população à cidadania. Avaliando os marcos legais argentinos, percebemos uma gama de direitos civis garantidos por força de lei, abandonando os direitos sociais, como o trabalho e emprego.

De modo geral, em ambos os países verifica-se que lésbicas, gays e bissexuais têm mostrado uma recepção maior às pautas do campo dos direitos civis, sem uma atenção às demandas em decorrência da violência ou vulnerabilidade socioeconômica. Em relação ao segmento T, apesar da inclusão nos programas governamentais, o enfoque no nome civil sobressai em relação às demandas por direitos sociais. Os movimentos LGBTs na Argentina e no Brasil têm historicamente destacado como prioridade de pautas o reconhecimento do matrimônio, a adoção e, posteriormente, a criminalização da homofobia.

Cabe ressaltar que, ao longo dessa história dos movimentos LGBTs, alguns grupos se consolidaram como fortes negociadores no diálogo com os governos, e outros têm optado por estratégias menos aliadas ao *advocacy* e incidido mediante denúncias internacionais ou de ações micropolíticas no campo da cultura. Ou seja, os movimentos sociais LGBTs não são uníssonos e se vinculam a projetos societários de maneira distinta. Globalmente, portanto, as pautas relacionadas ao direito à família têm sido construídas prioritariamente por estes grupos que possuem um diálogo estabelecido com o governo. Já as demandas relacionadas à criminalização da homofobia tergiversaram, no Brasil, a outros grupos políticos contra hegemônicos no diálogo com o poder público. Com intensas negociações de consenso deste movimento hegemônico com grupos políticos religiosos, todavia, esvaziou-se a proposta inicial, atrelando-a a uma proposta que certamente serviria apenas para a ampliação do Estado Penal brasileiro.

Conclui-se, assim, que em um contexto de avanço neoliberal, recrudescimento do conservadorismo e de radicalização do conflito capital-trabalho, as pautas relacionadas aos direitos sociais, que envolvem redistribuição socioeconômica, acabam por não ter espaço, enquanto o reconhecimento da diferença, especialmente relacionados ao direito a família e patrimônio tendem a ganhar uma maior adesão em governo democrático. Assim, fica o desafio de intensificação das lutas sociais por defesa e garantia de ampliação dos direitos sociais à população LGBT, mas também à classe trabalhadora de modo geral, haja vista o contexto de reformas e desmantelamento dos direitos conquistados que vivemos atualmente.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. da S; PILAR, A; GEBRATH, Z. As relações de trabalho como um aspecto da assistência à saúde de pessoas trans. In: COELHO, M. T. Á. D; SAMPAIO, L. L. P. *Transsexualidades: um olha multidisciplinar*. Salvador: Edufba, 2014.

ARGENTINA. *Argentina inclusiva: Guía de términos y conceptos sobre diversidad sexual desde la perspectiva de derechos*. 2015. Disponível em: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/otros/151111_guia_diversidad_doc.pdf. Acesso em: 8 mar. 2016.

ARGENTINA. *Cuadernillo de Inclusión Laboral para el colectivo TRANS*. 2013. Disponível em: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/difusion/131202_cuadernillo_trans.pdf. Acesso em: 8 mar. 2016.

- ARGENTINA. Ministerio de Desarrollo Social. *De La Ley a La Práctica: Conceptos Desde Un Paradigma Igualitario*. 2012. Disponível em: <http://www.desarrollsocial.gov.ar/Uploads/i1/47%20De%20la%20Ley%20a%20la%20practica%20-%20Diversidad%20sexual.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático I*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.
- BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT, 2., 2011. *Anais [...]*. Brasília, 2011.
- BRASIL. *Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm. Acesso em: 7 jul. 2016.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 1999. Disponível em: <http://comunicacaodasartesdocorpo.files.wordpress.com/2013/11/foucault-michel-vigiar-e-punir.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.
- IRINEU, Bruna Andrade et al. *Políticas públicas de trabalho, assistência social e previdência social para a população LGBT: “caminhos paralelos” ou “estradas que se cruzam”?* 2010. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/politicaslgbt/interna.php?id=6>. Acesso em: 8 mar. 2016.
- LE BRETON, David. *A sociologia do corpo*. 2. ed. Tradução Sonia M. S. Fuhrmann. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte, MG: Autêntica, 2004.
- MACHADO, Maria das Dores Campos; PICCOLLO, Fernanda Delvalhas (org.). *Religiões e homossexualidades*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. *Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v27n2/a05v27n2.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para uma população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. Cafajeste. *Pagu* [online]. 2012, n.39 [cited 2020-12-01], p. 403-429. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332012000200014&lng=en&nrm=iso. ISSN 0104-8333. <https://doi.org/10.1590/S0104-83332012000200014>.
- MERIQUEI, Mariana; IRINEU, Bruna Andrade. *As políticas públicas para população LGBT no Brasil e seus impactos na conjuntura internacional: “para inglês ver”?* 2013. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373550563_ARQUIVO_trabalhofazendogenero.pdf. Acesso em: 15 mar. 2017.
- NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. *As novas guerras sexuais: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.
- PEREIRA, Potyara. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2006.
- PRATES, Jane C.; PRATES, Flávio C. Problematizando o uso da técnica de Análise Documental no Serviço Social e no Direito. *Sociedade em Debate*, Pelotas, 15(2), p. 111-125, jul./dez. 2009.
- SOUZA, Celi. “Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa”. *Caderno CRH*, Salvador, n. 39, v. 16, p. 11-24, 2003.
- TABBUSH, Constanza et al. *Matrimonio igualitario, identidad de género y disputas por el derecho al aborto en argentina*. La política sexual durante el kirchnerismo (2003-2015). 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.56-74>

Conflito de Cosmovisões de Direitos Humanos: Universalismo vs. Relativismo e as Propostas Conciliatórias Multiculturalistas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores

Aline Memória de Andrade

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará com distinção Magna cum Laude (2015). Advogada com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Ceará. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2017). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito administrativo, direito constitucional, direito internacional, direito militar e direitos humanos. <http://lattes.cnpq.br/2568027044548698>. <https://orcid.org/0000-0003-4024-8468>. alinememoria@yahoo.com.br

Glauco Barreira Magalhães Filho

Graduação (1993) e Mestrado em Direito (2000) pela Universidade Federal do Ceará. Livre-docente em Filosofia do Direito pela Universidade Vale do Acaraú (2006). Doutorado em Sociologia pela UFC (2010) e em Ministério (Faculdade de Teologia Metodista Livre – Reconhecida pela Aetal). Doutorado e Especialização em Teologia Histórica e Dogmática pela Faerpi (2011). Graduação em Teologia pela Umesp (2013). Vice-coordenador da Faculdade de Direito da UFC e professor assistente da Universidade de Fortaleza. Atua nos seguintes temas: Filosofia do Direito, Hermenêutica jurídica, Teoria do Direito, Direitos Fundamentais e Imaginário Jurídico. Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas desde a sua fundação, ocupando a cadeira 28, tendo José de Alencar por patrono. Em 2012 recebeu o título de “Doutor Honoris Causa” e “Humanista Universal” do Sodima. <http://lattes.cnpq.br/4306521902540146>. <https://orcid.org/0000-0001-5233-6807>. glauco_barreira@yahoo.com.br

RESUMO

Trata-se de artigo científico que objetiva discutir soluções propostas por Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores quanto ao confronto entre o universalismo e o relativismo como cosmovisões de direitos humanos. Para tanto, recorre-se à análise bibliográfica qualitativa. Inicialmente, perquiriu-se a definição de cosmovisões, a fim de inserir o universalismo e o relativismo como cosmovisões opostas, delineadas suas características fundamentais. Após, analisa-se a insuficiência das cosmovisões clássicas a partir de críticas propostas pela doutrina, inclusive as formuladas pelos dois autores especificamente estudados. Em seguida, discute-se o multiculturalismo como uma nova cosmovisão, buscando traçar seus significados possíveis, e, adotando-se a perspectiva do multiculturalismo progressista ou emancipatório, investiga-se mais a fundo as teorias de Santos e Herrera Flores, visando a estabelecer diferenças e semelhanças entre elas. Por fim, as considerações finais concluem que o multiculturalismo progressista ou interculturalismo é, de fato, uma cosmovisão apta a solucionar o embate entre as cosmovisões clássicas do universalismo e do relativismo.

Palavras-chave: Cosmovisões. Direitos humanos. Multiculturalismo. Interculturalismo.

HUMAN RIGHTS' CONFLICTS' WORLDVIEWS: UNIVERSALISM VERSUS RELATIVISM AND THE POSSIBLE MULTICULTURALISTIC SOLUTIONS BY BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS AND JOAQUÍN HERRERA FLORES

ABSTRACT

This article aims to study Boaventura de Sousa Santos's and Joaquín Herrera Flores possible solutions for the confront between universalism and relativism towards the human rights vision. In the methodology, the bibliographical analyses will be employed. Firstly, the definition of worldview was searched, getting universalism and relativism doctrines apart, pointing their fundamental characteristics. In addition, it was exposed the classical worldviews' insufficiency, by showing the common critiques that they receive, including critics made by the two authors studied. Further, the multiculturalism was stated as a new worldview, searching its possible meanings and adopting the progressive or emancipatory multiculturalism perspective, going deeper into Santos and Herrera Flores' theories, aiming to establish the differences and similitudes between them. Finally, the final considerations inquire if the multiculturalism or the interculturalism is, in fact, a worldview which is capable of solving the classical conflict between universalism and relativism.

Keywords: Worldviews. Human rights. Multiculturalism. Interculturalism.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Cosmovisões. 3 Cosmovisões em conflito: universalismo e relativismo dos direitos humanos. 3.1 Cosmovisão universalista. 3.2 Cosmovisão relativista. 3.3 Críticas às cosmovisões clássicas. 4 Multiculturalismo: uma nova cosmovisão? 4.1 Propostas conciliatórias multiculturalistas. 4.1.1 Boaventura de Sousa Santos e a hermenêutica diatópica. 4.1.2 Herrera Flores e o diálogo intercultural. 5 Semelhanças e diferenças entre as teorias de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. 6 Considerações finais. 7 Referências.

Recebido em: 13/8/2019

Aceito em: 27/5/2020

1 INTRODUÇÃO

O trabalho busca investigar a teoria dos direitos humanos, analisando o embate entre as correntes do universalismo e do relativismo como cosmologias distintas, e, a partir de uma análise comparada, aprofundar as teorias críticas de direitos humanos formuladas por Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, que visam a construir, a partir de um diálogo intercultural, uma resposta a um dos maiores desafios da atualidade: a fundamentação dos direitos humanos.

A importância do estudo mostra-se, sobretudo, ao considerar-se o fato de que não há muitos trabalhos acadêmicos¹ abordando as teorias de Santos e Herrera Flores de forma conjunta, apesar da conhecida convergência entre elas. Há, de fato, inúmeros trabalhos sobre ambos os autores separadamente. O âmbito acadêmico carece, todavia, de estudos que comparem as ideias dos dois, tratando de suas semelhanças e diferenças, o que justifica a relevância do presente trabalho.

Trata-se de tema de clara atualidade, na medida em que, “por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos interculturais” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 11), inclusive para análise do Judiciário, que deve estar apto a fornecer respostas adequadas,² para as quais pretende este estudo contribuir.

Sob a perspectiva constitucional, ressalta-se a possível contribuição da pesquisa para ajudar com a construção de requisitos para a aprovação de tratados internacionais sobre matérias de direitos humanos com *status* de emendas constitucionais, com quórum especial,³ possuindo aplicabilidade prática.

Para além da relevância acadêmica, portanto, há também uma preocupação em contribuir com a problemática social, sobretudo no atual contexto de globalização (ou globalizações),⁴ em que as tensões entre as diferentes culturas exaltam-se. Afinal, o conhecimento jurídico não pode ficar reduzido ao papel de regulador de conflitos, mas deve possuir também um papel transformador do real, e contribuir com a emancipação da condição humana.

¹ Usando a busca de teses no sistema Capes, existem apenas três trabalhos específicos sobre Herrera Flores e sete sobre Santos, porém nenhum tratando dos dois conjuntamente, o que demonstra ser um campo fértil à pesquisa aprofundada e comparada.

² A título de exemplo, citam-se casos difíceis como o do “Crucifixo” e o do “Véu Islâmico”, com os quais se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha. Dentre outros casos polêmicos trazidos pelo contexto multi ou intercultural, citam-se também os seguintes exemplos: “Pode um motociclista sikh exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante? [...] Podem os pais recusar, por motivos religiosos, que receba transfusão de sangue um filho sem que esteja em perigo de morte? [...] Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem?” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 12-13).

³ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁴ “Para os meus objetivos analíticos privilegio uma definição de globalização mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais. Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural.” (SANTOS, 2003b, p. 433).

Preliminarmente, será introduzido brevemente o tema do Imaginário Jurídico, que busca ampliar nossas percepções quanto à maneira com que encaramos e nos relacionamos com o mundo e como isso reflete em nossa visão jurídica, por meio do conceito de cosmovisões. Após, serão analisadas as cosmovisões de direitos humanos conflituosas atualmente – o universalismo e o relativismo – para, depois, analisar-se se o multiculturalismo pode ser considerado uma nova cosmovisão, e, em seguida, investigar-se-ão propostas conciliatórias multiculturalistas, buscando comparar as diferenças e semelhanças entre as teorias críticas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, seguido das considerações finais.

Quanto à metodologia, será realizada a análise bibliográfica por meio da leitura de livros e trabalhos acadêmicos atinentes ao campo do Direito, Sociologia Jurídica e Imaginários. A pesquisa é do tipo bibliográfica e documental, com objetivos descritivo, explicativo e exploratório, com abordagem qualitativa.

2 COSMOVISÕES

Dentro do tema dos Imaginários – que tentam estabelecer a correlação entre o quadro de representações partilhadas e a vida social (LEGROS *et al.*, 2007, p. 28), utilizando o simbólico, que é o componente de todo imaginário (CASTORIADIS, 2000, p. 154) – é importante a definição de cosmovisões,⁵ que podem ser concebidas como esquemas de pensamento e ação dentro dos quais as pessoas operam, ou conjuntos de “pressuposições (hipóteses que podem ser verdadeiras, parcialmente verdadeiras ou inteiramente falsas) que sustentamos (consciente ou inconscientemente, consistente ou inconsistentemente) sobre a formação básica do nosso mundo” (SIRE, 2001, p. 20-21).

James W. Sire (2001, p. 22) ressalta que nem sempre pensamos sobre as cosmovisões, que são apenas lembradas quando somos desafiados por um “estrangeiro de outro universo ideológico”: é exatamente o que ocorre entre os que pensam os direitos humanos de forma universalista e os que pensam de forma relativista, enquadrando-se em verdadeiras cosmovisões opostas, conflituosas. Para aquele que está inserido em uma cosmovisão, as respostas são tão óbvias que sequer merecem consideração, sem qualquer ideia de que muitos outros não a compartilham, ignorando a perspectiva de um mundo pluralista. Boaventura de Sousa Santos ressalta que isso ocorre com a ideia (ou cosmovisão, como ora trabalhado) universalista de direitos humanos que, por ser tão arraigada, nem percebemos que existem outras alternativas possíveis.

Assim, pensar em termos de cosmovisões é pensar com “consciência não apenas do nosso modo de pensar, mas também do modo de pensar das outras pessoas, para que possamos primeiro entender os outros e, então, estabelecer uma comunicação eficaz em nossa sociedade pluralista” (SIRE, 2001, p. 19). Para este objetivo se estendem as visões que pensam

⁵ É importante também o conceito de “imaginário”, mas, pelas delimitações do estudo, o foco será nas cosmovisões, porém “é através do imaginário que atribuímos sentido às coisas e as religamos numa rede significativa chamada de cosmovisão” (MAGALHÃES FILHO, 2012, p. 02). Ainda: “A pessoa se religa ao mundo por meio da rede de sentidos que constitui sua identidade. É assim como transformar o caos das impressões num cosmo de sentidos. Ela configura o mundo natural dado como um cosmo de sentidos criados, uma cosmovisão” (RUIZ, 2003, p. 56).

os direitos humanos de forma conciliatória, analisadas neste estudo, que buscam ir além das cosmovisões clássicas, universalista e relativista, cada uma extremada a seu modo, procurando uma solução que leve em conta o pluralismo, o multiculturalismo ou o interculturalismo.

Afinal, como já dizia Sócrates na Antiguidade Grega, é preferível viver uma vida refletida,⁶ plenamente consciente das cosmovisões existentes e de seus conflitos, sendo o objetivo do presente artigo a procura de alternativas e soluções dentro da perspectiva do Imaginário Jurídico, o qual busca ampliar nossas percepções de como encaramos e nos relacionamos com o mundo, e como isso reflete em nossa visão jurídica.

3 COSMOVISÕES EM CONFLITO: UNIVERSALISMO E RELATIVISMO DOS DIREITOS HUMANOS

A teoria clássica dos direitos humanos – ou cosmovisões clássicas dos direitos humanos, na perspectiva adotada neste estudo – divide-se em universalismo e relativismo. Primeiramente, serão ambas analisadas separadamente de forma breve – pois o foco maior do artigo será a cosmovisão multiculturalista, que vai além do dualismo inicialmente pensado – e, depois, será demonstrada a insuficiência de as cosmovisões clássicas fundamentarem os direitos humanos devidamente, sob a ótica multi ou intercultural de relações globalizadas nas quais vivemos atualmente.

É importante ressaltar que o debate entre os universalistas e os relativistas retoma a discussão sobre o alcance das normas de direitos humanos: “podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas?” Segundo Piovesan (2007, p. 142),

Essa disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar.

Ainda, é essencial a busca da fundamentação dos direitos humanos em razão da necessidade de seu mais amplo reconhecimento – como já dizia Bobbio (1992, p. 16) – e, indo além, de sua efetivação.

3.1 Cosmovisão universalista

Com a internacionalização dos direitos humanos, após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, que adotou expressamente o universalismo ao prever que todos os direitos ali elencados devem ser respeitados pela totalidade dos Estados-parte das Nações Unidas. Desde então esta opção perpetuou-se, a exemplo da Declaração de Viena de 1993 (parágrafo 5º do item I).⁷ Acerca da força normativa, ressalta-se que a DUDH não é um tratado, mas uma resolução, e, em relação ao quórum, a citada Declaração foi adotada em um foro então composto por apenas 56 países, à medida que a Declaração de Viena de 1993 envolveu 171 Estados. Por isso,

⁶ Ou, como dito por Sire (2001, p. 23): “A hipótese deste livro é que uma vida examinada é melhor”.

⁷ “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase”.

parte da doutrina⁸ entende que a Declaração de Viena conferiu caráter efetivamente universal àquela primeira declaração de 1948. Os instrumentos internacionais de direitos humanos, portanto, acolheram o “forte universalismo”.⁹

Para os que compartilham a cosmovisão universalista, o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana como valor intrínseco à própria condição humana, de forma que qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível”, mesmo que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos (PIOVESAN, 2007, p. 144). Acredita-se, desta feita, que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos humanos.

Foram criados “princípios universais válidos independentes de contexto, ainda que sempre favoráveis aos contextos em que pode florescer o projeto moderno capitalista ocidental e cristão” (SANTOS, 2007, p. 29). Todos os costumes e culturas que não se encaixassem neste padrão eram tratados como inferiores, como no colonialismo, em que muitos “foram forçados a abandonar os princípios que os tinham guiado antes de chegarem à zona de contato, outros adaptaram voluntariamente os novos princípios. A força dos novos princípios foi quase sempre a força de quem os podia impor” (SANTOS, 2007, p. 29). Nesse diapasão, os países que adotavam os direitos humanos sob a perspectiva dita universalista foram considerados avançados, progressistas, desenvolvidos, enquanto todos os demais foram desclassificados como residuais, atrasados e primitivos.¹⁰

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 33-36), o modo como essas ideias universalistas foram impostas foi autoritário e sempre a serviço de um projeto de dominação econômica, política, social e cultural, em que a conversão toma prioridade em relação à conversação.¹¹ Assim, os direitos humanos, ao serem transportados de uma cultura imperialista para países periféricos, tomaram o caráter de “corpo estranho quando implantado”, pois não se coadunavam com a cultura local, o que causava uma sensação de estranheza, e não de pertencimento. Nesta toada, a cosmovisão universalista induziria à destruição da diversidade cultural. Conclui Santos, entretanto, que, historicamente, os direitos humanos foram estabelecidos “em contextos imperiais, coloniais e neocoloniais e, portanto, no seio de relações de poder extremamente desiguais”.¹²

[...] qual o critério de verdade que legitima a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos direitos humanos, cujas declarações, embora autodenominadas universais, são vistas pelos seus críticos como texto simplesmente ocidentais e, por isso mesmo, carentes de normatividade para quem vive do outro lado do mundo e ali se conduz em conformidade com valores diversos (COELHO, 2011, p. 11).

⁸ Como Lindgren Alves (1994, p. 105).

⁹ Como defendido por Donnelly (1989, p. 109). A título de exemplo, os instrumentos internacionais citados usam expressões como “todas as pessoas” (artigo 2º da DUDH), “ninguém” (artigo 5º da DUDH: “ninguém poderá ser submetido à tortura”), dentre outras.

¹⁰ Desta forma, “[...] a monocultura do universalismo, consistiu e atribuiu prioridade cognitiva e ética a entidades consideradas válidas, independentemente dos contextos. A identificação dessas entidades (princípios, valores) ficou a cargo daqueles com poder para transformar os seus contextos de atuação e interesse em situações ideais e gerais” (SANTOS, 2007, p. 29).

¹¹ “O global e universal é hegemônico; o particular e local não conta, é invisível, descartável, desprezível.” (SANTOS, 2007, p. 31).

¹² Eis o desafio de se criar uma “epistemologia do Sul superadora da matriz colonizadora” (SANTOS, 2007, p. 10).

Em outras palavras, por que os direitos humanos sob a perspectiva da cosmovisão ocidental deveriam ser legitimamente trasladados para a cosmovisão oriental, mesmo se tratando de cosmovisões tão distintas? Essa principal crítica ensejou o surgimento de uma cosmovisão contrária à universalista: a relativista, que busca fundamentar as culturas em cada contexto no qual se encontram.

3.2 Cosmovisão relativista

Na cosmovisão relativista, a noção de direito está intrinsecamente ligada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada cultura ou sociedade, de forma que cada uma delas possui seu próprio discurso a respeito dos direitos humanos, que se relaciona com suas específicas circunstâncias culturais e históricas. Por conseguinte, “o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral” (PIOVESAN, 2007, p. 147). Assim,

Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio da universalidade clamado por Kant, como critério para toda moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais (VINCENT, 1986, p. 37-38).

Segundo Bobbio, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1992, p. 18-19). Sendo assim, o autor não concebe a possibilidade de um fundamento absoluto e universal a direitos que são historicamente relativos.¹³

Há, ainda, corrente, como a de Jack Donnelly (1989, p. 109-110), que diferencia o forte relativismo cultural – para o qual a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral – e o fraco relativismo cultural – segundo o qual a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral.

Outro argumento usado por aqueles que defendem a cosmovisão relativista é de que, à época da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, sua adoção foi resolvida por um foro de apenas 56 países, e que grande parte dos países africanos e asiáticos eram ainda colônias de países imperialistas que impuseram sua cosmovisão.

A principal crítica feita à cosmovisão relativista, todavia, é que ela pode acabar permitindo práticas condenáveis, revelando “o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional” (PIOVESAN, 2007, p. 145). Neste sentido,

¹³ É importante destacar que, embora pareça que Bobbio defenda a cosmovisão relativista, ele aceita a existência de uma universalidade espacial de direitos humanos, isto é, que deriva de um consenso obtido entre diversos povos em um determinado momento histórico.

Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimentos, detenção e prisão arbitrária, racismo, anti-semitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito, ainda que seja considerada uma tradição (DONNELLY, 1989, p. 235).¹⁴

A seguir, as críticas às cosmovisões clássicas, em conjunto, serão aprofundadas, com destaque para as formuladas pelos dois autores enfocados no presente trabalho: Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores.

3.3 Críticas às cosmovisões clássicas

Na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos e multiculturalismo, nos últimos anos do século 20 e início do 21 tem-se observado uma insuficiência da teoria clássica dos direitos humanos em, sob a perspectiva restrita do universalismo e do relativismo, fundamentá-los a contento ante uma sociedade globalizada. Desta maneira, perante o desafio do pluralismo multicultural, passa-se a analisar as críticas formuladas por Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores à teoria clássica dos direitos humanos, entendidas, neste estudo, como cosmovisões clássicas (universalismo e relativismo). Preliminarmente, no entanto, é necessário expor, de forma breve, a definição de direitos humanos estabelecida pelos autores ora estudados.

Segundo Herrera Flores (2009a, p. 49), os direitos humanos são produtos culturais, constituindo uma maneira de enxergar o outro de modo diverso, ou seja, “não mais como o bárbaro, como o incivilizado e, conseqüentemente, passível de colonizar, mas, sim, simplesmente como o diferente”, ou, ainda, como aquele que, “no decorrer da própria história, procurou caminhos diferentes para buscar os elementos que considera essenciais para atingir as próprias concepções de dignidade humana” (COPELLI, 2014, p. 10).

Para Santos e Herrera Flores, o conceito de direitos humanos difundido é precipuamente ocidental, e, como adotado neste estudo, norte-ocidental, ou seja, imposto por países hegemônicos do Ocidente, como os Estados Unidos e os países europeus mais industrializados, e não dos que sofreram o processo de colonização, a exemplo dos latino-americanos. Nesse sentido, consoante Santos, os direitos humanos “pretendem ser uma resposta forte para os problemas do mundo, tão forte que se pretende universalmente válida” (SANTOS, 2007, p. 24). Dentro de um contexto de injustiça social, “os direitos humanos apresentam-se como resposta fraca, não suficiente, em razão das desigualdades e discriminações, que não são consideradas no discurso e nas práticas de direitos humanos” (SANTOS, 2007, p. 24). Para ele, a fragilidade dos direitos humanos decorre também do chamado “cemitério de promessas traídas”.¹⁵

¹⁴ Indo além, em forte crítica, Kersting (2003, p. 87) assevera que aqueles que defendem a cosmovisão relativista tornam-se “idiotas úteis dos ditadores deste mundo que, a pretexto de autodefesa cultural, isolam seus regimes autocráticos contra a penetração de exigências de democracia e Estado de direito”.

¹⁵ “As promessas da modernidade – a liberdade, a igualdade e a solidariedade – continuam sendo uma aspiração para a população mundial” (SANTOS, 2007, p. 19).

Não se deve, com isso, porém, excluir a importância dos direitos humanos, e sim reformulá-los para um contexto pós-colonial, a fim de que eles adquiram uma carga axiológica multicultural, adaptando-os para um contexto de globalização anti-hegemônica a serviço de uma política progressista e emancipatória. É neste sentido, defendido por Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, respectivamente citados – e com pensamentos convergentes – que o presente trabalho se alinha:

Isto não significa que devam ser descartados. Pelo contrário, nunca como hoje foi importante não desperdiçar ideias e práticas de resistência. Significa apenas que só reconhecendo as debilidades atuais dos direitos humanos é possível construir a partir deles, mas para além deles, ideias e práticas de resistência fortes (SANTOS, 2007, p. 37).

Não podemos analisar os direitos humanos de fora de seus contextos ocidentais. Porém, também não devemos esquecer sua enorme capacidade de gerar esperanças na luta contra as injustiças e explorações que sofre grande parte da humanidade. São essas lutas que, na realidade, permitem que tal conceito se ‘universalize’ como base ética e jurídica de toda prática social voltada a criar e garantir instrumentos úteis na hora de poder ascender aos bens materiais e imateriais exigíveis para se viver com dignidade (FLORES, 2009a, p. 42-43).

Para os que compartilham a cosm visão universalista, como já explicado, o fundamento dos direitos humanos está intimamente relacionado à dignidade humana e o mínimo ético irredutível. Segundo Santos, universalismo é, sucintamente, toda ideia ou entidade que é válida independentemente do contexto no qual ocorre, conceito tão difundido que quando começamos a ter um conhecimento da prática global, da globalização alternativa, é que nos damos conta de que aquilo que antes acreditávamos ser universal de fato é local, ocidental (SANTOS, 2009, p. 59). Ou seja, trata-se de uma cosm visão dominante.

Os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Na atualidade são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Percebe-se que todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, contudo apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais (SANTOS, 2003b, p. 438-439).

Em oposição ao pretensão universalismo dos direitos humanos, ganhou importância a perspectiva relativista (que, pela crítica universalista, não passa de uma desculpa para violar direitos humanos),¹⁶ a qual defende que a noção de direitos humanos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, não havendo moral universal, como já exposto.

Nenhuma das duas cosm visões clássicas, entretanto, mostrou-se suficiente para fundamentar os direitos humanos no contexto atual. Santos e Herrera Flores, respectivamente, criticam o universalismo e o relativismo:

¹⁶ “Sustentar que quaisquer práticas seriam legítimas desde que compartilhadas por uma comunidade é, a maioria das vezes, um discurso extremamente autoritário, capaz de encobrir desigualdades, reprimir a liberdade e legitimar a dominação” (COPELLI, 2014, p. 15).

[...] a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora de direitos humanos (SANTOS, 2003b, p. 441).

A polêmica sobre os direitos humanos, no mundo contemporâneo, centra-se, atualmente, em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. Em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia de conteúdo, referenciada nas circunstâncias reais das pessoas e centrada na concepção ocidental de direito e do valor da identidade. E, em segundo lugar, uma visão localista, na qual predomina o “próprio”, o nosso, com respeito ao dos outros, e centrada na ideia particular de cultura e de valor da diferença (FLORES, 2009, p. 155).

Mediante a análise de seus pressupostos básicos, tanto o universalismo quanto o relativismo mostram-se insuficientes para fundamentar os direitos humanos ante o contexto atual, em que extremismos são prejudiciais. Há, portanto, problemas em ambas as cosmovisões clássicas, como afirma Herrera Flores (2009, p. 156): “o problema surge quando cada uma dessas visões passa a ser defendida apenas por seu lado, e tende a considerar inferior as demais, desdenhando outras propostas”.

Verifica-se que a cosmovisão universalista acabou impondo direitos humanos sob a perspectiva ocidental ao resto do mundo, em um contexto hegemônico pós-colonial. Por outro lado, a cosmovisão relativista torna os países fechados em si mesmos, refratários em estabelecer diálogo com outras culturas. Assim, é necessário pensar os direitos humanos a partir de um novo viés, que enxergue além das cosmovisões tradicionais: o multiculturalismo.

4 MULTICULTURALISMO: UMA NOVA COSMOVISÃO?

Estudadas as cosmovisões clássicas (universalista e relativista), antecedentes do multiculturalismo, passa-se a analisar o multiculturalismo como teoria crítica e nova perspectiva, investigando a hipótese de ele ser uma nova cosmovisão.

O conceito atual de multiculturalismo¹⁷ diz respeito ao modo de descrever as diferenças culturais num contexto transnacional e global. Boaventura de Sousa Santos, porém, alerta que existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas de sentido emancipatório, sendo essas as que se baseiam no “reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida comum além de diferenças de vários tipos” (COPELLI, 2014, p. 33).

¹⁷ O conceito de multiculturalismo [...] enquanto descrição, pode referir-se: 1. à existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; 2. à coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; 3. à existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação (SANTOS, 2003b, p. 28).

Destarte, o multiculturalismo mostra-se como uma nova cosmologia ampla, podendo ser vista sob, no mínimo, quatro enfoques, segundo diferenciação clássica de McLaren (1997, p. 311): o multiculturalismo conservador, o humanista liberal, o liberal de esquerda e o crítico/de resistência/revolucionário. Embora as limitações verticais deste artigo não permitam o aprofundamento das diferentes vertentes multiculturalistas, mostra-se relevante ressaltar que as teorias que são discutidas, de Santos e Herrera Flores, encaixam-se nos multiculturalismos progressistas. Conforme Joaquín Herrera Flores, as visões tradicionais do multiculturalismo não acrescentam muito aos problemas concretos que enfrentamos hoje em dia, pois, se por um lado temos as propostas multiculturalistas de tendência conservadora e que compõem um ponto de vista universalista abstrato, “que, como tal, não pode ser questionado, apesar das enormes falhas e das consequências desastrosas que estão provocando para a maioria da humanidade” (FLORES, 2009c, p. 154-155), de outro existem as posições multiculturalistas holistas, nativistas ou localistas, que “tampouco acrescentam a nosso debate, dado o radicalismo na esfera das raízes identitárias ou dos parâmetros religiosos totalizados” (FLORES, 2009c, p. 154-155). Desta forma, ambas dificultam ainda mais a exigência cultural do diálogo e a prática social intercultural.

Uma outra delimitação semântica deve ser feita, tendo em vista a existência de autores¹⁸ que estabelecem uma diferenciação entre multiculturalismo/multiculturalidade e interculturalismo/interculturalidade:

O mais apropriado é utilizar o termo multiculturalismo para a constatação empírica da coexistência das culturas, enquanto que o interculturalismo tem uma pretensão normativa ou prescritiva e diz respeito à exigência de um tratamento igualitário dispensável às culturas. O interculturalismo atua em conformidade com os conceitos garantistas dos direitos das culturas, criticando o imperialismo jurídico e propondo uma alternativa entre o liberalismo e o comunitarismo (SORIANO, 2004, p. 91).

A interculturalidade, diferentemente da multiculturalidade, não é simplesmente duas culturas que se mesclam ou que se integram. A interculturalidade alude a um tipo de sociedade em que as comunidades étnicas, os grupos sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam uma mútua compreensão e valorização. O prefixo “inter” expressaria uma interação positiva que concretamente se expressa na busca da supressão das barreiras entre os povos, as comunidades étnicas e os grupos humanos (ASTRAIN, 2003, p. 327).

A interculturalidade não se confunde com o multiculturalismo, pois este se refere à síndrome ocidental que consiste em acreditar que existe uma supercultura, superior a todas, capaz de oferecer uma benigna e condescendente hospitalidade e dar uma resposta aos problemas supostamente universais. [...] Já a interculturalidade pergunta-se sobre quais são estes problemas presumidamente universais. Caracteriza-se pela exigência de abertura ao outro (PANIKKAR *apud* VALLESCAR PALANCA, 2000, p. 266).

¹⁸ Citam-se, dentre outros: Astrain, Fornet-Betancourt, Soriano e Pannikar.

Este estudo defende, no entanto, que as linhas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores não se encaixam nessa diferenciação estabelecida pela citada corrente doutrinária por não serem divergentes, e sim convergentes: o multiculturalismo do primeiro é o emancipatório, e o do segundo é o crítico ou de resistência, e, conforme será analisado mais profundamente no próximo tópico, o multiculturalismo de ambos respeita as diferenças. Inclusive, Santos ressalta a importância do respeito à igualdade conjugada com o princípio do reconhecimento da diferença.¹⁹ Pode-se, portanto, afirmar que o multiculturalismo de Santos – por encaixar-se no viés emancipatório²⁰ deste termo – é semelhante ao interculturalismo de Herrera Flores.

Nessa esteira, o multiculturalismo vai além das cosmovisões clássicas, levando-se em conta a insuficiência dessas em fundamentar os direitos humanos sob o contexto contemporâneo. Ainda, pode ser considerado uma nova cosmovisão, pois propõe um novo esquema de pensamento e ação dentro do qual as pessoas operam, buscando reconhecer e respeitar a diferença em um mundo de pluralidades. Mesmo na diferença, portanto, há de se encontrar denominadores comuns (LACERDA, 2010, p. 42).

Sendo o multiculturalismo um termo com múltiplos sentidos, todavia, ressalta-se que, como cosmovisão trabalhada no presente estudo, adota-se seu sentido emancipatório ou progressista, sendo convergente ao interculturalismo.

Feitas as delimitações semânticas, passa-se a analisar as propostas conciliatórias propriamente ditas, que buscam ir além do conflito entre as cosmovisões universalista e relativista de direitos humanos. Ressalta-se que a convergência entre as teorias críticas ora analisadas – ou cosmovisões, no viés ora proposto – pode levar a certas confusões semânticas em razão do uso de termos semelhantes. Por isso, torna-se premente uma investigação profunda nos trabalhos de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, que são essenciais para uma nova fundamentação dos direitos humanos.

4.1 Propostas conciliatórias multiculturalistas

A pergunta condutora deste tópico será: Quais teorias mostram-se aptas a resolver um dos grandes desafios da atualidade e compatibilizar o respeito às particularidades de cada cultura com a busca por uma maior aceitação pela sociedade?

¹⁹ Neste sentido: “necessitamos construir a emancipação a partir de uma nova relação entre o respeito da igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença. Na modernidade ocidental, até agora não tratamos isso de maneira adequada, porque – sobretudo na teoria crítica – toda a energia emancipatória teórica foi orientada pelo princípio da igualdade, não pelo princípio do reconhecimento das diferenças. Agora temos de tentar uma construção teórica em que as duas estejam presentes, e saber que uma luta pela igualdade tem de ser também uma luta pelo reconhecimento da diferença, porque o importante não é a homogeneização, mas as diferenças iguais” (SANTOS, 2007, p. 62-63). “O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003b, p. 458).

²⁰ Com relação às formas progressistas e inovadoras, Santos destaca o multiculturalismo emancipatório, ou seja, um multiculturalismo pós-colonial. A política da diferença “é o que ele tem de novo em relação às lutas da modernidade ocidental do século 20, lutas progressistas, operárias e outras que assentaram muito no princípio da igualdade” (2003a, p. 12).

Dentre tantas teorias críticas que visam a fundamentar os direitos humanos sob uma perspectiva conciliatória, em razão do limite da pesquisa será feito um enfoque nas teorias de Boaventura de Sousa Santos (multiculturalismo contra-hegemônico ou cosmopolita) e Joaquín Herrera Flores (universalismo de confluência), por serem mais bem aplicadas ao contexto latino-americano dentro do qual o Brasil se insere.

A rigor, não se desconhece que existem outras teorias aptas a compatibilizar as cosmovisões clássicas, como o universalismo pluralista de Bhirku Parekh, o enfoque asiático feito por Amartya Sen e as reflexões de Abdullah Ahmed An-na'im sobre os direitos humanos no mundo islâmico, ou a proposta de Wolfgang Kersting (2003, p. 82-83) de buscar uma instância pré-cultural, de fundamento antropológico. Há, ainda, no âmbito nacional, a teoria do duplo diálogo de André de Carvalho Ramos. Em razão de recorte metodológico, contudo, essas não serão aprofundadas, pois o objeto é a análise de dois autores – Santos e Herrera Flores –, em virtude da maior similitude entre suas ideias e do recorte metodológico já explanado. Nestes termos, delimita-se o tema, buscando-se aprofundar as teorias dos dois autores citados e suas semelhanças e diferenças, investigando se tais diferenças permanecem após análise profunda.

Desta forma, adotando-se a posição de Boaventura de Sousa Santos de globalizações hegemônica e contra-hegemônica, vê-se que, estando o Brasil inserido em um contexto de desenvolvimento em andamento e sofrendo constantes imperialismos culturais, procuram-se teorias multiculturalistas que abordem com mais proficiência essa tensão Norte *versus* Sul. Embora alguns autores abordem também o conflito Ocidente *versus* Oriente,²¹ essa concepção não se mostra aplicável ao contexto dos países latino-americanos, os quais, desde à época da colonização,²² mostram-se subjugados culturalmente às visões hegemônicas dos países capitalistas, os quais ditam o que são e o que não são direitos humanos, mesmo inseridos no lado ocidental do globo.

A cosmovisão multiculturalista, que vai além das cosmovisões clássicas (universalista e relativista), busca compatibilizar as cosmovisões de direitos humanos, respeitando-se as particularidades de cada cultura, porém sem reputar que estas são completas, nesse último ponto, diferindo, portanto, do relativismo. Como já afirmado alhures, neste sentido teoriza-se que o universalismo acabou por impor visões ocidentais (e, na linha de pesquisa que se adota, norte-ocidentais, ou seja, visões de países hegemônicos ocidentais, como os Estados Unidos e os países europeus, e não dos que sofreram o processo de colonização) ao resto do mundo, o que se denomina “imperialismo cultural” ou “canibalismo cultural”. Buscam-se, desta forma, teorias (ou cosmovisões) que tenham como base o diálogo intercultural, sob a perspectiva multiculturalista.

²¹ Como os já citados Bhirku Parekh (com o universalismo pluralista), Amartya Sen (e sua teoria com enfoque asiático) e Abdullah Ahmed An-na'im (sobre os direitos humanos no mundo islâmico).

²² Santos conceitua colonialismo como a “a incapacidade de reconhecer o outro como igual, a objetivação do outro – transformar o outro em objeto” (2007, p. 53.) Ainda: “Será que podemos dizer que o colonialismo passou, e que com poucas exceções só há países independentes? Não. Em nossas teorias temos de incluir a perspectiva pós-colonial, que tem duas ideias muito categóricas. A primeira é que terminou o colonialismo político, mas não o colonialismo social ou cultural (p. 59).

4.1.1 Boaventura de Sousa Santos e a hermenêutica diatópica

Preliminarmente, é importante definir com brevidade os contornos do termo globalizações²³ na teoria de Santos – por constituírem importante pressuposto para entender sua construção de uma teoria multiculturalista emancipatória. Faz-se a distinção entre globalização de-cima-para-baixo ou hegemônica e globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica: “O que eu denomino de localismo globalizado e globalismo localizado são globalizações de-cima-para-baixo, neoliberal ou hegemônica; cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade são globalizações de-baixo-para-cima, solidária ou contra-hegemônica” (SANTOS, 2003b, p. 438).

Defende Santos que o conceito de direitos humanos, como conhecemos, foi fruto de uma globalização hegemônica e, portanto, imposta; “enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo” (SANTOS, 2003b, p. 438), sendo sempre um instrumento do choque de civilizações, como arma do Ocidente contra o resto do mundo. Há, contudo, o lado oposto, que é a globalização anti-hegemônica, surgida por meio da luta de “milhões de pessoas e milhares de ONG’s que lutam pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, em muitos casos vitimizados por Estados capitalistas autoritários” (SANTOS, 2003b, p. 440-441), combatendo desigualdades, opressão e destruição dos modos de vida e do meio ambiente, causados ou agravados pela globalização hegemônica.

O autor propõe-se, portanto, a reconceitualizar os direitos humanos como multiculturais, para que estes possam operar de forma cosmopolita²⁴ (aqui utilizado como um tipo de globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica), sob uma ótica progressista e emancipatória. Neste contexto, o multiculturalismo de Boaventura de Sousa Santos é o cosmopolita, destacando que é necessária a superação do debate entre universalistas e relativistas, pois a polarização de conceitos é prejudicial para uma concepção emancipatória dos direitos humanos.

A reconceitualização e a transformação dos direitos humanos devem ser feitas por intermédio de um processo hermenêutico diferenciado: a hermenêutica diatópica, que se fundamenta na ideia de que os *topoi*²⁵ de uma cultura são tão incompletos quanto a própria cultura a que fazem parte. Essa incompletude, porém, não é percebível dentro dessa cultura, pois a pretensão à totalidade conduz a que se tome a parte pelo todo. Aplicando-se à dignida-

²³ Primeiramente, define globalização como “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 2003b, p. 433). Após, adota o termo “globalizações” no plural ao invés de “globalização” no singular, ante os múltiplos conjuntos diferenciados de relações sociais, que dão origem a diferentes fenômenos de globalização, como o hegemônico e o contra-hegemônico.

²⁴ “Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Para mim, cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. [...] O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a sua subalternização” (SANTOS, 2003b, p. 436-437).

²⁵ “Os *topoi* são lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos” (SANTOS, 2003b, p. 443).

de humana, por exemplo, percebe-se que todas as culturas possuem concepções diferentes que, todavia, são incompletas. Veja-se, nessa linha, um dos exemplos mais conhecidos de aplicação da hermenêutica diatópica de Santos (2003b):

Um exemplo de hermenêutica diatópica é a que pode ter lugar entre o *topos* dos direitos humanos na cultura ocidental, o *topos* do *dharma* na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica. [...] Vistos a partir do *topos* do *dharma*, os direitos humanos são incompletos na medida em que não estabelecem a ligação entre a parte (o indivíduo) e o todo (o cosmos). Vista a partir do *dharma*, e na verdade também a partir da *umma*, a concepção ocidental dos direitos humanos está contaminada por uma simetria muito simplista e mecanicista entre direitos e deveres. Apenas garante direitos àqueles a quem pode exigir deveres. Isto explica por que razão, na concepção ocidental dos direitos humanos, a natureza não possui direitos: porque não lhe podem ser impostos deveres. [...] Por outro lado e inversamente, visto a partir do *topos* dos direitos humanos, o *dharma* também é incompleto, dado o seu enviezamento fortemente não-dialético a favor da harmonia, ocultando assim injustiças. Mas, por outro lado, a partir do *topos* dos direitos humanos individuais, a *umma* sublinha demasiado os deveres em detrimento dos direitos e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis, como a desigualdade entre homens e mulheres ou entre muçulmanos e não-muçulmanos (p. 444-445).

São estas as premissas, portanto, de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que podem levar, eventualmente, por meio da hermenêutica diatópica, a uma “concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em redes de referências normativas capacitantes” (SANTOS, 2003b, p. 443).

Conclui-se que o objetivo da hermenêutica diatópica não é atingir a completude, algo inatingível, mas, “pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico” (SANTOS, 2003b, p. 444). Destarte, aumentar a consciência de incompletude cultural até ao seu máximo possível é um objetivo essencial para a construção de uma cosmovisão multicultural de direitos humanos.

4.1.2 Herrera Flores e o diálogo intercultural

Segundo crítica de Herrera Flores, a visão universalista acaba tornando-se um universalismo de partida,²⁶ em que os direitos humanos são aqueles previamente escolhidos pelas nações hegemônicas, sendo impostos às demais. Por outro lado, “têm surgido vozes que exigem uma volta ao local, como reação compreensível diante dos desmandos e abusos de tal colonialismo conceitual” (FLORES, 2009c, p. 160). Para ele, no entanto, o relativismo constrói outro universalismo, o de linhas/retas paralelas, pois cada cultura acredita ser a sua visão a mais correta, e fecha-se a outras, impedindo o indivíduo de ter conhecimento de outras abordagens do mundo – outras cosmovisões – e gerando uma perspectiva separatista. Nega-se a possibilidade de crítica e criam-se diversas visões universais, que não se cruzam nem se

²⁶ “Estamos, pois, ante uma racionalidade que universaliza um particularismo: o do modo de produção e de relações sociais capitalistas, como se fosse o único modo de relação humana. A racionalidade formal culmina em um tipo de prática universalista que poderíamos qualificar de universalismo de partida, *a priori*, um pré-juízo ao qual deve adaptar-se toda a realidade (FLORES, 2009c, p. 160).

conversam (paralelas), o que não auxilia a resistência, e sim desagrega. Assim, “o localismo reforça a categoria de distinção, de diferença radical, com o que, em última instância, acaba defendendo o mesmo que a visão abstrata do mundo: a separação entre nós e eles, o despreço pelo outro, a ignorância sobre o que nos faz idênticos é a relação com os outros” (FLORES, 2009c, p. 162).

Para Flores (2009c), deve-se pensar a partir de uma racionalidade de resistência:

Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há de se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas (p. 163).

Com base nesse pensamento, o autor atinge um universalismo de chegada ou de confluência, de entrecruzamento, de mesclas, um universalismo impuro, uma prática social híbrida,²⁷ que propõe a inter-relação e não a superposição, e que “não aceita a visão microscópica que parte de nós mesmos, no universalismo de partida ou de retas paralelas” (FLORES, 2009c, p. 165). Segundo o autor, essa nova cultura de direitos deve recorrer, em seu seio, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente, sendo complexa. “Seu esquema respeita a seguinte estrutura: Visão complexa – racionalidade de resistência – prática intercultural” (FLORES, 2009c, p. 165). Não deve ficar limitado, porém, ao necessário reconhecimento do outro; é preciso também empoderar os excluídos e trabalhar para a criação de mediações políticas, institucionais e jurídicas que garantam esse reconhecimento e transferência de poder (FLORES, 2009c, p. 10-11).

O método para tanto é o diálogo intercultural, que busca construir uma cultura dos direitos que recorra, no seu bojo, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente, com vistas a superar a polêmica entre o pretense universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas, pois ambos são produtos de visões reducionistas da realidade. Busca, portanto, alcançar um catálogo de valores (não etnocêntricos) que tenha a concordância de todos os participantes.

Ainda conforme o autor, não é válido rejeitar todas as ideias ocidentais sobre direitos humanos, como se fossem todas elas produtos do colonialismo e do imperialismo, mas também é necessário ter em mente que ambas as cosmovisões clássicas “partem de universalizações e de exclusões; não partem de processos que nos permitiriam chegar ao conjunto de generalidades que todos poderíamos compartilhar” (FLORES, 2009c, p. 165). Desse modo,

²⁷ “Já que nada é hoje puramente uma só coisa [...] Uma prática, pois, criadora e re-criadora de mundos” (FLORES, 2009c, p. 166).

damos forma ao único essencialismo válido para uma visão complexa do real: o de criar condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, o de um poder constituinte difuso que faça a contraposição, não de imposições ou exclusões, mas de generalidades compartilhadas às que chegamos (de chegada), e não a partir das quais partimos (de saída) (FLORES, 2009c, p. 149).

Logo, o universalismo de confluência ou de chegada é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de demandas e reivindicações morais (PIOVESAN, 2007, p. 149).

5 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS TEORIAS DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS E JOAQUÍN HERRERA FLORES

Analisadas as teorias dos dois autores em separado, problematiza-se: Até que ponto as teorias de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores mostram similitudes e diferenças como formas de fundamentar os direitos humanos ante o multiculturalismo?

As semelhanças entre as teorias de ambos os autores estudados são muitas, como no método para se chegar à solução (que para Herrera Flores é a racionalidade de resistência e o diálogo intercultural, enquanto para Santos é a hermenêutica diatópica), por ambos ressaltarem a globalização como um dos fatores principais para as novas visões multiculturais dos direitos humanos, bem como por partirem do pressuposto da insuficiência das visões clássicas e, por fim, a busca por uma linha que agregue, e não separe, respeitando as particularidades de cada cultura, mas não as levando a extremos, ao mesmo tempo em que se procura uma resposta conciliatória.

Há, todavia, diferenças entre suas teorias, como o enfoque dado ao conceito de dignidade humana. Para Santos, o conceito de direitos humanos assenta-se num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, como o que o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado. Dignidade, portanto, como conhecemos, é um conceito de construção eminentemente ocidental.²⁸ Assim, todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana, havendo, nas diferentes versões de dignidade, “algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras” (SANTOS, 2003b, p. 442), necessitando-se definir qual delas propõe um círculo de reciprocidade mais amplo. Por outro lado, para Herrera Flores a dignidade é um objetivo que deve ser buscado com os direitos humanos, que visam a efetivá-la, não ressaltando ser um conceito de matiz ocidental. Logo, enquanto para Santos o conceito de dignidade como difundido é não só incerto, como até mesmo imposto pela visão

²⁸ “Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, teremos de perguntar por que motivo a questão da universalidade se transformou em uma das características marcantes dos direitos humanos” (SANTOS, 2003b, p. 439).

hegemônica de direitos humanos, para Herrera Flores é um objetivo comum (não sendo imposto pelo Ocidente) que deve ser buscado,²⁹ embora ele reconheça que o conceito de dignidade também é variável.

Ainda, há uma diferenciação de nomenclatura: Santos denomina sua solução conciliatória de direitos humanos de multicultural; já Herrera Flores defende que não se deve buscar o multicultural, mas, sim, o intercultural. Em uma análise mais detida, porém, percebe-se que tal diferença é apenas aparente, pois os multiculturalismos de ambos os autores são convergentes e com viés progressistas, encaixando-se no que parte da doutrina chama de interculturalismo, sendo construídos de forma convergentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as cosmovisões clássicas do universalismo e do relativismo, como Herrera Flores teoriza, acabam ensejando um universalismo de ponto de partida e um universalismo de linhas paralelas respectivamente, o que afasta o diálogo intercultural, que, pela multiplicidade de etnias e países diversos, é riquíssimo e não deve ser desprezado. Ainda, torna-se claro que a cosmovisão universalista assume como parâmetro de direitos humanos o viés adotado por países ditos de “primeiro mundo” ou “desenvolvidos”, desprezando os direitos humanos na perspectiva dos países subdesenvolvidos ou periféricos, o que se denominou “canibalismo cultural”. Demonstrou-se, portanto, a ineficiência das cosmovisões clássicas em fundamentar a contento os direitos humanos em uma sociedade globalizada – ou, como sustentado por Boaventura de Sousa Santos, com tantas globalizações diversas.

Teoriza-se o multiculturalismo como uma nova cosmovisão que surge para fundamentar os direitos humanos, visando a ir além dos estreitos caminhos das cosmovisões clássicas. Para tanto, ciente dos diversos significados de multiculturalismo, inclusive na divisão estabelecida por McLaren, adotou-se o multiculturalismo progressista ou emancipatório, que converge com o significado de interculturalismo (para a corrente que faz essa diferenciação de conceitos), e, sob as perspectivas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores, investigados ao longo do artigo, entende-se como um caminho apto a solucionar o embate entre as cosmovisões clássicas do universalismo e do relativismo.

Constatou-se que, dentre as teorias objetos de pesquisa, existem mais semelhanças do que diferenças. Dentre as similitudes, citam-se, respectivamente (primeiro Santos, e depois Herrera Flores): a perspectiva emancipatória e a racionalidade de resistência como pontos de partida de suas teorias, a hermenêutica diatópica e o diálogo intercultural como métodos para se chegar à solução e o multiculturalismo contra-hegemônico ou cosmopolita e o universalismo de confluência como propostas conciliatórias. Dentre possíveis diferenças, apresentou-se a amplitude da dignidade humana, pois, para Santos, é mais um conceito hegemônico imposto pela visão ocidental, que deve ser analisada em sua incompletude; já Herrera Flores não destaca isso, apresentando a dignidade humana como objetivo a ser alcançado. Na classi-

²⁹ “Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e de reivindicações. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela particular manifestação da dignidade da pessoa humana” (FLORES, 2009a, p. 10).

ficção de suas teorias multiculturalidade ou interculturalidade, conclui-se que esta diferença é apenas aparente, pois os multiculturalismos de ambos os autores são convergentes e com viés progressista.

Destacou-se a importância de se buscar um estudo da fundamentação dos direitos humanos, embora não baste fundamentá-los, uma vez que “é preciso buscar as melhores medidas para torná-los efetivos, pois só assim se alcançará uma verdadeira proteção de todos os indivíduos [...] e, conseqüentemente, a paz mundial” (GUIMARÃES, 2007, p. 65).

Por fim, ressalta-se que, na linha defendida por Boaventura de Sousa Santos, “não é simplesmente de um conhecimento novo que necessitamos; o que necessitamos é de um novo modo de produção de conhecimento. Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de um pensamento alternativo às alternativas”. Nessa esteira, busca o presente artigo propor uma reflexão epistemológica, adotando referenciais teóricos de autores que se encaixam melhor no contexto latino-americano em que o Brasil se insere. Assim, “em nossos países se vê cada vez mais claro que a compreensão do mundo é muito mais ampla que a compreensão ocidental”, e, nesse sentido, destaca-se que o principal problema “para quem vive no Sul é que as teorias estão fora de lugar: não se ajustam realmente a nossas realidades sociais. Sempre nos tem sido necessário indagar uma maneira pela qual a teoria se ajuste a nossa realidade” (SANTOS, 2007, p. 23).³⁰ Para este objetivo, procurou este estudo contribuir.

7 REFERÊNCIAS

- ASTRAIN, R. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: SIDEKUM, A. *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASTORIADIS, C. *A instituição imaginária da sociedade*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 11.
- COPELLI, G. M. Resenha da obra teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais, de Joaquín Herrera Flores. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, ano 3, v. 2, 2014.
- DONNELLY, J. *Universal human rights in theory and practice*. New York: Cornell University Press, 1989.
- FLORES, J. H. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a.
- FLORES, J. H. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: FLORES, J. H. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b.
- FLORES, J. H. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009c.

³⁰ Continuando o raciocínio de Santos (2007, p. 23-25): “[...] a compreensão do mundo é muito mais ampla que a ocidental. [...] provavelmente, o mais preocupante no mundo de hoje é que tanta experiência social fique desperdiçada, porque ocorre em lugares remotos. Experiências muito locais, não muito conhecidas nem legitimadas pelas ciências sociais hegemônicas, são hostilizadas pelos meios de comunicação social, e por isso têm permanecido invisíveis, ‘desacreditadas’. A meu ver, o primeiro desafio é enfrentar esse desperdício de experiências sociais que é o mundo; e temos algumas teorias que nos dizem não haver alternativa, quando na realidade há muitas alternativas. [...] “Com efeito, a racionalidade que domina no Norte tem tido uma influência enorme em todas as nossas maneiras de pensar, em nossas ciências, em nossas concepções da vida e do mundo. A essa racionalidade – seguindo Gottfried Leibniz – eu chamo indolente, preguiçosa. É uma racionalidade que não se exerce muito, que não tem necessidade de se exercitar bastante, daí por que fiz este livro publicado na Espanha, chamado ‘A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência’. Então, o que estou tentando fazer aqui hoje é uma crítica à razão indolente, preguiçosa, que se considera única, exclusiva, e que não se exercita o suficiente para poder ver a riqueza inesgotável do mundo. Penso que o mundo tem uma diversidade epistemológica inesgotável, e nossas categorias são muito reducionistas.”

- GUIMARÃES, M. A. Fundamentação dos direitos humanos: relativismo ou universalismo? In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 65. Vol. 1.
- KERSTING, W. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LACERDA, D. O. Universalismo e relativismo cultural: a consolidação do espaço público para o início de um consenso. In: PIOVESAN, Flávia et al. (coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 33-52. Vol. III.
- LEGROS, P.; MONNEYRON, F.; RENARD, J.; TACUSSEL, P. *Sociologia do imaginário*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.
- LINDGREN ALVES, J. A. Abstencionismo e intervencionismo no sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos. *Revista Política Externa*, v. 3, n. 1, p. 97-106, jun. 1994.
- MAGALHÃES FILHO, G. B. *Notas de aula da disciplina Estudos do Imaginário Jurídico: distinção e relação entre conceitos respeitantes ao Imaginário*. 2012. [S.l.]: [s.n.].
- McLAREN, P. *Multiculturalismo crítico*. São Paulo: Cortez Editora, 1997.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- RUIZ, C. B. *O paradoxo do imaginário*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- SANTOS, B. de S. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. *Currículo sem Fronteiras*, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003a.
- SANTOS, B. de S. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 64, p. 313-337, jan./fev. 2007.
- SANTOS, B. de S. Os direitos humanos na pós-modernidade. In: *Direito e sociedade*, Coimbra, n. 4, mar. 1989.
- SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: SANTOS, B. S. (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. V. III: reinventar a emancipação social: para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.
- SANTOS, B. de S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- SANTOS, B. de S.; NUNES, J. A. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SIRE, J. W. *O universo ao lado*. 1. ed. São Paulo: United Press, 2001.
- SORIANO, R. *Interculturalismo*. Entre liberalismo y comunitarismo. Córdoba: Almuzara, 2004.
- VALLESCAR PALANCA, D. de. *Hacia una racionalidad intercultural: cultura, multiculturalismo e interculturalidad*. 2000. 454 f. Tese (Maestría) – Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, 2000.
- VINCENT, R. J. *Human Rights and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- ZAGREBELSKY, G. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.75-94>

A Doutrina da *Res Interpretata* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios

Tiago Fuchs Marino

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público (Edamp). Assessor jurídico no Ministério Público Federal – MPF. <http://lattes.cnpq.br/4556057075183321>. <https://orcid.org/0000-0001-6360-0757>. tiagomarin@icloud.com

Luciani Coimbra de Carvalho

Doutora e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora-adjunta da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Editora da Revista Direito UFMS. Vice-presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (Fapec). <http://lattes.cnpq.br/5525412512514279>. <https://orcid.org/0000-0001-8511-3060>. lucianicoimbra@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa a eficácia *res interpretata* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, é abordado o surgimento da doutrina da *res interpretata* no sistema europeu de direitos humanos, incluindo as implicações relacionadas à compreensão da Convenção Europeia como *living instrument* e à teoria da margem de apreciação. Na sequência, é apontada a migração da referida doutrina para a jurisprudência interamericana, com especial destaque ao controle de convencionalidade e às considerações feitas pelo juiz Mac-Gregor no caso *Gelman v. Uruguai*. Além disso, são discutidos os diferenciais, potencialidades e desafios do reconhecimento da Corte de San José como órgão difusor de padrões de interpretação e aplicação de direitos humanos para além dos casos concretos a ela submetidos, analisando-se, para fins exemplificativos, as repercussões da posição da corte regional sobre as leis de anistia latino-americanas. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que as peculiaridades do sistema interamericano permitem um melhor desenvolvimento da doutrina da *res interpretata*, sendo ressaltada a necessidade de aprimoramento do diálogo entre a Corte Interamericana e as autoridades internas dos Estados.

Palavras-chave: *Res Interpretata*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Efeito *erga omnes*. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

THE DOCTRINE OF *RES INTERPRETATA* IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS: DIFFERENTIALS, POTENTIALITIES AND CHALLENGES

ABSTRACT

This article analyzes the *res interpretata* effect of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Therefore, it addresses the emergence of the *res interpretata* doctrine in the European system of human rights, including the implications related to the understanding of the European Convention as a living instrument and the margin of appreciation theory. Then, it approaches the migration of this doctrine to the Inter-American jurisprudence, with special emphasis on the conventionality control and the considerations made by Judge Mac-Gregor in the *Gelman v. Uruguay* case. In addition, it discusses the differentials, potentialities and challenges on recognizing the San José Court as a treaty body that disseminates standards of interpretation and application of human rights beyond cases that are submitted to it, analyzing, for example, the repercussions of the Regional Court's position on Latin American amnesty laws. The research uses the deductive approach, through bibliographic and jurisprudential review. In the end, it concludes that the peculiarities of the Inter-American system allow for a better development of the *res interpretata* doctrine, underlining the need to improve the dialogue between the Inter-American Court and the internal authorities of the states.

Keywords: *Res Interpretata*. Inter-American Court of Human Rights. *Erga omnes* effect. International Human Rights Law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O surgimento da doutrina da *Res Interpretata* no sistema europeu de direitos humanos. 3 A doutrina da *Res Interpretata* na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. 4 Diferenciais, potencialidades e desafios ao desenvolvimento da eficácia *res interpretata* das sentenças interamericanas. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 31/10/2019
Aceito em: 29/5/2020

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas regionais de proteção de direitos humanos foram idealizados em resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, que revelaram a necessidade da instituição de mecanismos supranacionais capazes de prevenir, investigar e punir a violação desses direitos e de disseminar um referencial ético para além das fronteiras estatais.

Nessa conjuntura, o artigo 46.1 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH) determina que os Estados contratantes se obrigam a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) nos litígios em que forem partes. Da mesma forma, o artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) dispõe que os Estados-partes comprometem-se a cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em todo caso em que forem partes.

Apesar disso, o avanço na atuação desses sistemas demanda a rediscussão do papel atual de uma corte regional de proteção dos direitos humanos para além de sua função natural de apreciar e resolver casos concretos. Pode-se falar, assim, no reconhecimento de efeitos *erga omnes* das sentenças regionais, na percepção dos respectivos tratados como verdadeiros instrumentos constitucionais, na autoridade interpretativa dos tribunais e, finalmente, na doutrina da *res interpretata*.

Ao abordar desde o surgimento da doutrina da *res interpretata* no sistema europeu até o seu fortalecimento na jurisprudência interamericana, o presente artigo tem por escopo analisar os diferenciais, potencialidades e desafios na atuação da Corte IDH como difusora de padrões de interpretação e aplicação de direitos humanos para todos os Estados-partes da CADH, ainda que não tenham participado dos respectivos processos internacionais.

A pesquisa é desenvolvida mediante o método dedutivo, utilizando-se de revisão bibliográfica e jurisprudencial para contribuir com o aprofundamento do tema e seu debate.

2 O SURGIMENTO DA DOCTRINA DA *RES INTERPRETATA* NO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

A CEDH entrou em vigor em 1953 e foi o primeiro tratado multilateral elaborado no âmbito do Conselho da Europa, sob forte influência dos ideais preconizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

O referido marco normativo representou um novo estágio de desenvolvimento para a proteção internacional dos direitos humanos, porquanto foi editado na forma de tratado com efeitos vinculantes aos Estados-partes, estabeleceu um mecanismo próprio para assegurar seu cumprimento e ofereceu a prerrogativa de peticionamento perante os órgãos de Estrasburgo aos próprios indivíduos lesados (GARLICKI, 2012).

Algumas circunstâncias favoreceram o processo de estabelecimento da Convenção: o contexto pós-Segunda Guerra na Europa foi caracterizado pelo fortalecimento da democracia, estabilização da economia e ausência de conflitos sociais significativos; o sistema europeu foi estruturado sob uma perspectiva tanto de direito material quanto de direito procedimental; e a linguagem da convenção foi desenhada de forma ampla e geral, conferindo liberdade ao TEDH para definir sua abordagem e significado (GARLICKI, 2012).

Em que pese o artigo 46.1 da CEDH outorgue aos Estados contratantes a obrigação de respeitar as sentenças proferidas apenas nos litígios em que sejam partes, no caso Irlanda v. Reino Unido (1978)¹ o Tribunal de Estrasburgo manifestou que suas decisões servem não só para resolver os casos concretos a ele submetidos, mas para, de maneira mais ampla, “elucidar, assegurar e desenvolver as normas instituídas pela Convenção, de modo a contribuir com a observância, pelos Estados, dos compromissos por eles assumidos como partes contratantes” (§ 154).

Além disso, no caso Loizidou v. Turquia (1995)² o Tribunal reconheceu a posição da CEDH como “instrumento constitucional da ordem pública europeia” (§ 75) e, no caso Karner v. Áustria (2003),³ ressaltou que, apesar de seu papel primordial na assistência imediata dos indivíduos petionários, sua missão é também elevar “os padrões gerais de proteção dos direitos humanos” e “estender a jurisprudência dos direitos humanos em toda a comunidade dos Estados contratantes” (§ 26).

Nesse contexto, a doutrina da coisa interpretada (*res interpretata*) deriva do fato de que, conquanto a CEDH não estabeleça um mecanismo de precedentes com caráter vinculante a todos os Estados-partes, a partir do momento em que o TEDH se pronuncia sobre um tema em determinado caso contencioso, há a legítima expectativa de que a Convenção seja interpretada e aplicada da mesma maneira em demandas posteriores, envolvendo outros Estados (ARNARDÓTTIR, 2017).

Com efeito, a CEDH instituiu o TEDH como um tribunal permanente (artigo 19), com competência para dar a última palavra sobre a interpretação e aplicação de suas disposições e protocolos (artigo 32). Por conseguinte, sendo a Convenção concebida como um *living instrument*, os Estados-membros devem observar não somente o seu texto normativo, mas também as decisões de seu intérprete autêntico, independentemente de figurarem como partes na sentença (ARNARDÓTTIR, 2017).

Isso porque a lógica apriorística, geral e abstrata dos grandes tratados de direitos humanos – como é o caso da CEDH e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), –, raramente permite o esgotamento do conteúdo normativo desses direitos em sociedades sujeitas a constantes mudanças culturais e tecnológicas. Assim, o alcance e os limites dos direitos demandam a análise das situações concretas, de modo que os pressupostos fáticos e interpretações deduzidas pelos respectivos tribunais são incorporados nas próprias normas reconhecedoras a ponto de transformá-las (ROCA; ALCALÁ; GISBERT, 2012).

A compreensão da CEDH como *living instrument* foi abordada pelo TEDH, por exemplo, nos precedentes Tyrer v. Reino Unido (1978)⁴ e Christine Goodwin v. Reino Unido (2002).⁵ Mais recentemente, no caso Bayatyan v. Armênia (2011),⁶ relativo à prisão de indivíduo pertencente à religião Testemunha de Jeová por recusa à prestação de serviço militar, o Tribunal

¹ TEDH. Irlanda v. Reino Unido. Sentença de 18 de janeiro de 1978.

² TEDH. Louizidou v. Turquia. Sentença de 23 de março de 1995 (exceções preliminares).

³ TEDH. Karner v. Áustria. Sentença de 24 de julho de 2003.

⁴ TEDH. Tyrer v. Reino Unido. Sentença de 25 de abril de 1978.

⁵ TEDH. Christine Goodwin v. Reino Unido. Sentença de 11 de julho de 2002.

⁶ TEDH. Bayatyan v. Armênia. Sentença de 7 de julho de 2011.

superou posição anterior da Comissão Europeia de Direitos Humanos e reconheceu a violação ao artigo 9º da CEDH (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), assentando que a Convenção “deve ser interpretada à luz das circunstâncias do presente e das ideias que prevalecem nos Estados democráticos atualmente” (§ 102).

A partir da constatação, portanto, de que os direitos previstos na Convenção naturalmente gozam de certa elasticidade, não basta aos Estados-partes se submeterem às previsões amplas e genéricas do tratado, sendo necessário que levem em conta a delimitação jurisprudencial da abrangência dessas normas. Isso traz um novo significado ao pensamento de Hannah Arendt (2012), de que o direito não é um dado, mas “um construído”.

Entendimento diverso incentivaria o denominado “truque do ilusionista” do plano internacional, fenômeno muito presente na realidade atual em que os Estados ratificam tratados de direitos humanos e os desrespeitam cabalmente, mas alegam seu cumprimento, mesmo adotando uma interpretação “peculiar” em total contrariedade com o entendimento dos órgãos internacionais constituídos para realizar a interpretação autêntica do instrumento normativo (RAMOS, 2016).

Nos casos *Chapman v. Reino Unido* (2001),⁷ *Christine Goodwin v. Reino Unido* (2002) e *Mamatkulov e Askarov v. Turquia* (2008),⁸ o Tribunal de Estrasburgo ponderou que, a despeito de não haver obrigação formal para que ele siga sua própria orientação jurisprudencial, é relevante que não haja um rompimento quanto aos precedentes sem que se tenha um bom fundamento, por respeito à segurança jurídica e à igualdade perante a lei.

Por meio da Resolução n. 1.226, de 28 de setembro de 2000 (*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*), a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa consignou que o sistema da Convenção Europeia é baseado em dois princípios específicos: a subsidiariedade e a solidariedade. Consignou, ainda, que:

O princípio da solidariedade implica que a jurisprudência do Tribunal faz parte da Convenção, estendendo, assim, a força juridicamente vinculante da Convenção *erga omnes* (para todas as outras partes). Isso significa que os Estados contratantes não só devem cumprir os julgamentos pronunciados pelo Tribunal nos casos em que são partes, mas também devem levar em consideração as possíveis implicações que os julgamentos proferidos em outros casos podem ter sobre seus próprios sistemas jurídicos.

Mac-Gregor (2013) destaca que o posicionamento do TEDH que valoriza seus próprios precedentes, associado ao reconhecimento do “princípio da solidariedade”, tem progressivamente permitido que os Estados-partes da CEDH considerem a jurisprudência do referido tribunal como parte integrante de suas obrigações convencionais. Daí por que se fala, cada vez com maior frequência, da “autoridade interpretativa” das decisões do Tribunal, até mesmo para conter o aumento do número de casos que se verificou após a extinção da Comissão Europeia pelo Protocolo n. 11.

O TEDH decidiu, no caso *Opuz v. Turquia* (2009),⁹ que:

⁷ TEDH. *Chapman v. Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro de 2001.

⁸ TEDH. *Mamatkulov e Askarov v. Turquia*. Sentença de 4 de fevereiro de 2005.

⁹ TEDH. *Opuz v. Turquia*. Sentença de 9 de junho de 2009.

tendo em mente que o Tribunal fornece uma interpretação final autorizada dos direitos e liberdades definidos na Seção I da Convenção, o Tribunal analisará se as autoridades nacionais levaram suficientemente em conta os princípios decorrentes de seus julgamentos sobre questões semelhantes, mesmo quando dizem respeito a outros Estados (§ 163).

Ao tratar dos julgamentos do TEDH, Besson (2011) diferencia a *res judicata*, relacionada à “autoridade da decisão” (*decisional authority*), da *res interpretata* relacionada à “autoridade interpretativa” (*interpretative authority* ou *jurisprudential authority*).

A primeira corresponde ao conteúdo do provimento jurisdicional, que reconhece a violação de direitos humanos no caso concreto e localiza-se nos fundamentos e, principalmente, na parte dispositiva da sentença, a qual vincula apenas as partes da demanda, conforme artigo 46.1 da Convenção. A segunda, por outro lado, corresponde ao conteúdo interpretativo do julgamento, que pode ser “generalizado” para além da situação individual, insere-se apenas nos fundamentos da decisão, passa a integrar a própria CEDH e vincula todos os Estados-partes (BESSON, 2011).

A autoridade interpretativa não se refere ao dever de executar a decisão, mas apenas de se submeter à interpretação dos direitos realizada pelo Tribunal. No caso de inobservância, os Estados descumprem o artigo 1º da Convenção Europeia (reconhecimento dos direitos), além de desrespeitar o dever de boa-fé previsto no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ARNARDÓTTIR, 2017), o que consiste em violação primária da CEDH e pode ensejar o peticionamento ao Tribunal.

Arnardóttir (2017) conclui que a doutrina da *res interpretata*, baseada nos artigos 1º, 19 e 32 da CEDH e na jurisprudência do sistema europeu, pode ser descrita como um efeito *erga omnes de facto* para os julgamentos do Tribunal. Admite, porém, que a utilização do termo *erga omnes*, em sua acepção tradicional, pode não se mostrar adequada porque não diferencia a autoridade da decisão (*decision authority*) da autoridade interpretativa (*interpretative authority*), de modo que tem o potencial de expressar obrigações não desejadas, além de não se harmonizar com a interpretação literal do artigo 46.1 da CEDH.

Não obstante, em voto concorrente apresentado no caso *Fabris v. França* (2013),¹⁰ o juiz Pinto de Albuquerque sustentou a presença de “efeito direto e *erga omnes*” nos julgamentos do Tribunal de Estrasburgo. Para tanto, ele invocou a posição do órgão em casos anteriores no sentido de não encerrar um processo mesmo diante da desistência do peticionário, tendo em vista a presença de questões de caráter geral que poderiam afetar a observância da Convenção pelos demais Estados e a existência de “vítimas potenciais”. Tais circunstâncias evidenciariam que a função jurisdicional do Tribunal ultrapassa a situação concreta submetida.

O voto aduziu, ainda, que os Estados-partes não envolvidos no processo não podem fechar os olhos para a autoridade interpretativa do Tribunal, sob pena de não honrarem o princípio da boa-fé. Ademais, argumentou que, ao agir de acordo com os parâmetros fixados na jurisprudência, ainda que não sejam partes demandadas, os Estados não só evitam conde-

¹⁰ TEDH. *Fabris v. França*. Sentença de 7 de fevereiro de 2013.

nação futura pelo sistema regional como também antecipam a instituição dos direitos e liberdades previstos na CEDH. Por fim, o magistrado defendeu que apenas o próprio TEDH teria competência para determinar eventual restrição dos efeitos de seus julgamentos.

Apesar das implicações que essa constatação possa trazer ao Tribunal de Estrasburgo, o qual se torna responsável pela produção de sentenças que sejam capazes de ser aplicadas por todos os Estados do sistema europeu, é certo que o próprio Tribunal já admite que sua jurisprudência é parte integrante da Convenção, de maneira que o caráter juridicamente obrigatório desta, de fato, parece se projetar *erga omnes* (MONTALVO, 2013).

A despeito da dificuldade conceitual no reconhecimento de um efeito *erga omnes* propriamente dito, a doutrina da *res interpretata* vem se desenvolvendo gradativamente nos precedentes do sistema europeu. Há, contudo, um desafio na sua compatibilização com o princípio da subsidiariedade e a teoria da margem de apreciação nacional, incorporados há muito tempo na jurisprudência europeia.

O Tribunal de Estrasburgo sempre reconheceu que os Estados-partes da CEDH possuem diferenças substanciais em temas relacionados à moralidade, à religião e à cultura, razão pela qual, em certos casos, é concedido algum grau de liberdade para que eles apliquem as normas convencionais de acordo com a realidade local (GARLICKI, 2012).

Nesse panorama, a teoria da margem de apreciação baseia-se em três premissas: (1) a Convenção estabelece padrões regionais e, dentro de tais padrões, os Estados-membros possuem um poder de escolha; (2) o Tribunal deve respeitar as escolhas feitas pelas autoridades domésticas, desde que não colidam com os padrões regionais; e (3) o âmbito de alcance dessas escolhas depende de múltiplos fatores, de modo que a margem de apreciação pode ser ampla, restrita ou mesmo inexistente (GARLICKI, 2012).

A margem de apreciação deve concentrar-se nos direitos que não possuem caráter absoluto e não são considerados diretamente essenciais para o livre-desenvolvimento da personalidade. Ela não pode constituir uma “imunidade jurisdicional” aos Estados e sua aplicação deve ser limitada unicamente às questões culturais muito sensíveis para as comunidades nacionais, que exijam uma deferência democrática para evitar danos (ROCA, 2013).

No caso *Pretty v. Reino Unido* (2002),¹¹ envolvendo suicídio assistido, o TEDH assim manifestou-se:

para determinar se há necessidade de interferência em uma sociedade democrática, o Tribunal considera que uma margem de apreciação é deixada para as autoridades nacionais, cujas decisões permanecem sujeitas à revisão do Tribunal quanto à conformidade com as exigências da Convenção. A margem de apreciação concedida às autoridades competentes nacionais vai variar de acordo com a natureza dos temas e com a importância dos interesses em jogo (§ 70).

¹¹ TEDH. *Pretty v. Reino Unido*. Sentença de 29 de abril de 2002.

Em 2013 foi editado o Protocolo nº 15 à Convenção Europeia, que adicionou ao seu preâmbulo uma menção ao princípio da subsidiariedade e conferiu aos Estados-partes, de forma expressa, uma “margem de apreciação para assegurar os direitos e liberdades” previstos no referido tratado internacional.

Para Arnardóttir (2017), a margem de apreciação pode constituir um lembrete para que o TEDH não se exceda ao estabelecer uma diretriz interpretativa geral em seus julgamentos, considerando a diversidade no cenário europeu. Paradoxalmente, entretanto, tal teoria tem representado também um instrumento de operacionalização da *res interpretata* no diálogo com as cortes nacionais, na medida em que ela demanda que os Estados apliquem a jurisprudência regional, o que pode culminar em dois cenários: se a aplicação dos precedentes não se der de maneira adequada, o Tribunal será provocado a corrigir o resultado interpretativo produzido; mas se for aplicada adequadamente, as violações de direitos humanos serão resolvidas em âmbito interno.

Nota-se, assim, que a doutrina da *res interpretata*, se reconhecida pelos tribunais domésticos em um cenário de alteridade, pode inclusive atender à finalidade dos princípios da subsidiariedade e da margem de apreciação e evitar que o tribunal regional seja instado a se manifestar.

3 A DOCTRINA DA *RES INTERPRETATA* NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em que pese o sistema interamericano também tenha se inspirado na DUDH e na cultura de constitucionalismo que permeava a comunidade internacional no período pós-guerra, há relevantes diferenças quanto ao sistema europeu.

A começar pela elaboração da CADH, que se deu em um contexto histórico curioso, no qual a Organização dos Estados Americanos (OEA) era composta por ditaduras cujos projetos políticos eram caracterizados por intensa repressão e violência. Esse paradoxo pode ser explicado pela tentativa dos regimes da época – e, conseqüentemente, da própria OEA – de transmitir uma aparência de normalidade e semelhança com outros Estados da sociedade internacional, com o escopo de simular um discurso de respeito aos direitos humanos e à democracia, e obter, dessa forma, legitimação e apoio para sua perpetuação (RAMOS, 2016).

Assim, diversamente do cenário de estabilidade democrática verificado na Europa, houve uma imensa dificuldade inicial na efetivação da CADH, uma vez que “sua redação era mais fruto da retórica do que da real adesão ao universalismo, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (RAMOS, 2016, p. 223).

No aspecto jurídico, a cultura latino-americana é muito mais homogênea do que a europeia, em que convivem diversos países com sistema *common law* e diferenças culturais e religiosas significativas. Tal cenário permite que a Corte IDH estabeleça um “mínimo comum normativo” bastante amplo. Além disso, o artigo 2º da CADH autoriza a adoção de medidas

reparatórias mais abrangentes, incluindo a alteração da própria ordem constitucional dos Estados, como ocorreu no caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile (2001)*,¹² conhecido como “A Última Tentação de Cristo” (ROCA; ALCALÁ; GISBERT, 2012).

Há, ainda, uma sensível diferença discursiva: o grau de intensidade do discurso constitucional desenvolvido pela Corte Interamericana é consideravelmente maior que o Tribunal Europeu. É que, desde o caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile (2006)*,¹³ o controle de convencionalidade das leis – ou mesmo das constituições domésticas – vem sendo utilizado de forma reiterada na jurisprudência interamericana, o que evidencia a assunção de funções constitucionais pela Corte de San José (ROCA; ALCALÁ; GISBERT, 2012).

Segundo Alvarado (2015), a Corte IDH pode ser projetada como um tribunal regional de caráter constitucional pela sua capacidade de atuação como legislador negativo ao declarar a incompatibilidade de uma norma nacional com o direito interamericano, com fundamento nos artigos 1º.1, 63 e 68 da Convenção Americana. Além disso, a Corte oferece uma proteção direta aos indivíduos, de forma preventiva ou reparadora, ao assegurar o direito de petição¹⁴ e de requerimento de medidas provisórias. Por fim, os pronunciamentos da Corte surtem efeito de “coisa interpretada”, na medida em que determinam o conteúdo e o alcance das cláusulas convencionais, formando padrões de conduta destinados às autoridades domésticas que se aplicam para além das situações particulares.

No julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile (2006)*, que tinha por pano de fundo a lei de anistia chilena, a Corte de San José entendeu que os Estados são obrigados a velar para que as disposições da Convenção não sejam prejudicadas pela aplicação de leis contrárias a sua finalidade e que, por essa razão, carecem de efeitos jurídicos. Assentou-se que: “nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação deste já feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (§ 124).

Posteriormente, ao apreciar o caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso” (*Aguado Alfaro e outros v. Peru (2006)*),¹⁵ o tribunal interamericano estabeleceu que as autoridades judiciárias domésticas devem realizar não só um controle de constitucionalidade, mas um controle de convencionalidade *ex officio*, dentro de suas respectivas competências e regras processuais correspondentes (§ 128).

¹² Corte IDH. *Olmedo Bustos e outros v. Chile (“A Última Tentação de Cristo”)*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

¹³ Corte IDH. *Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

¹⁴ Desde a reforma promovida no Regulamento da Corte IDH em 2009, os processos perante o tribunal interamericano são iniciados a partir de informe da CIDH. Na sequência, as vítimas e seus representantes são intimados para apresentar petição inicial, em um modelo rumo à substituição do papel da Comissão como “parte autora” para um verdadeiro fiscal da ordem jurídica (RAMOS, 2016).

¹⁵ Corte IDH. *Aguado Alfaro e outros v. Peru (“Trabalhadores Demitidos do Congresso”)*. Sentença de 24 de novembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

No caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010),¹⁶ o juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot apresentou voto concorrente que abordou minuciosamente a teoria do controle difuso de convencionalidade, a qual dialogaria com o princípio da interpretação *pro personae*, estampado no artigo 29 da Convenção, e contribuiria para o estabelecimento de um *ius constitutionale commune* na América.

Em suas razões, o magistrado manifestou que as autoridades judiciárias domésticas devem aplicar a interpretação convencional firmada mesmo nos precedentes em que o Estado não seja parte, pois “o que define a integração da jurisprudência da Corte IDH é a interpretação que este Tribunal Interamericano realiza do *corpus juris* interamericano com a finalidade de criar um padrão na região sobre sua aplicabilidade e efetividade” (§ 51).

Isso porque a interpretação realizada pela Corte sobre as disposições convencionais adquire a “mesma eficácia que estas possuem, já que na realidade as normas convencionais constituem o resultado da interpretação convencional que a Corte IDH realiza como órgão judicial autônomo cujo objetivo é a aplicação e interpretação do *corpus juris* interamericano” (§ 52).

Conci (2013) adverte que o controle de convencionalidade não é estruturado por critérios hierárquicos, tal como ocorre com o tradicional controle de constitucionalidade. Ele se constrói, na verdade, a partir de três pressupostos: efeito útil, *pro homine* e boa-fé, daí por que a análise da compatibilidade entre normas nacionais e interamericanas se dá não por uma lógica formal, mas por meio de um processo substancial que faz prevalecer a norma de direitos humanos mais favorável – isto é, que seja mais protetiva ou menos restritiva.

Embora a própria noção de controle de convencionalidade, operado pela compatibilização das ordens jurídicas estatais com o conteúdo escrito da CADH, e, sobretudo, com a jurisprudência interamericana, represente, por si só, uma abertura natural do sistema regional interamericano ao reconhecimento da autoridade interpretativa da Corte de San José, foi no caso *Gelman v. Uruguai* que a doutrina da *res interpretata* foi incorporada de modo expreso no sistema interamericano.

Na resolução de supervisão de cumprimento de sentença, referente ao caso *Gelman v. Uruguai* (2013),¹⁷ a Corte de San José estabeleceu que a obrigação dos Estados em realizar o controle de convencionalidade possui duas manifestações distintas: a primeira, quando existe uma sentença internacional com caráter de coisa julgada que foi proferida contra o próprio Estado (§ 68); a segunda, por sua vez, quando, mesmo não tendo participado do processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, o Estado deve realizar o referido controle simplesmente por ser parte da Convenção Americana, levando em conta “o próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana” (§ 69).

O juiz interamericano Mac-Gregor proferiu importante voto no caso ao diferenciar a eficácia subjetiva da sentença interamericana (“coisa julgada internacional” ou *res judicata*), que produz vinculação *inter partes* e obriga o Estado participante do processo a cumprir a

¹⁶ Corte IDH. *Cabrera García e Montiel Flores v. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparação e custas).

¹⁷ Corte IDH. *Gelman v. Uruguai*. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).

sentença integralmente, da eficácia objetiva (“norma convencional interpretada” ou *res interpretata*), que tem vinculação *erga omnes* para todos os Estados-partes da CADH e representa um *standard* mínimo interpretativo de efetividade da norma convencional.

Segundo o magistrado, a eficácia subjetiva consiste no dever do Estado, que participou do processo internacional de obedecer a sentença interamericana “de maneira pronta, íntegra e efetiva”, o que abrange a parte dispositiva e também os fundamentos, argumentos e considerações da decisão. Há, nessa hipótese, uma vinculação total derivada do artigo 67 da CADH, que define a sentença da Corte como definitiva e inapelável, e do artigo 68.1 do mesmo tratado, o qual prevê o compromisso dos Estados em cumprir as decisões nos casos em que forem partes.

Conforme exposto no voto, a eficácia objetiva traduz a obrigação dos Estados que decidiram aderir à Convenção Americana de aplicar não só a norma convencional, mas a “norma convencional interpretada” pelo tribunal interamericano. A vinculação, aqui, seria derivada dos artigos 1º.1 (obrigação de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno para efetivação das normas convencionais) e 69 (notificação da sentença às partes e transmissão aos demais Estados-membros da CADH), todos do Pacto de San José.

Para Mac-Gregor, a *res interpretata* constitui um *standard* mínimo regional, de modo que as autoridades nacionais só podem dela se afastar por meio de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos (princípio *pro personae*), mediante aplicação do artigo 29.b da CADH, que veda qualquer interpretação da Convenção que limite o gozo de direitos reconhecidos por leis domésticas ou por outras convenções em que os Estados em questão sejam partes.

Nesse panorama, a eficácia *res judicata* seria direta, completa e absoluta, razão pela qual o Estado que foi parte material na controvérsia internacional não poderia invocar, em qualquer hipótese, uma norma ou interpretação internas para deixar de cumprir a sentença internacional. Por outro lado, a eficácia *res interpretata* seria indireta e relativa, porque, apesar de vincular todos os Estados-partes da CADH que não participaram do processo, seus efeitos se estenderiam apenas para assegurar o mínimo de efetividade da norma convencional, sendo admitida interpretação nacional diversa que fosse mais favorável à proteção do direito ou liberdade envolvidos.

No caso do “Tribunal Constitucional” (Camba Campos e outros v. Equador) (2013),¹⁸ o juiz Mac-Gregor mais uma vez insistiu no tema. Em voto parcialmente dissidente, ele lamentou a omissão da Corte de San José sobre a integralidade das alegações da CIDH e das vítimas a respeito da violação ao artigo 8.1 da CADH. Em sua opinião, a Corte deveria ter aproveitado a chance para consolidar sua jurisprudência em matéria de devido processo aplicável aos julgamentos políticos de juízes, uma vez que

¹⁸ Corte IDH. Camba Campos e outros v. Equador (“Tribunal Constitucional”). Sentença de 28 de agosto de 2013 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

o Tribunal Interamericano tem nos tempos atuais uma função interpretativa *erga omnes* da Convenção Americana para além do caso particular, situação de especial importância tendo em conta o número reduzido de casos resolvidos devido ao desenho do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; situação muito diferente do que ocorre no Sistema Europeu, especialmente a partir da entrada em vigor do Protocolo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por meio do qual desaparece a Comissão Europeia e se permite o acesso direto ao Tribunal de Estrasburgo (§ 99).

Bazán (2015) sustenta que a “coisa interpretada internacional” gera uma vinculação “mediata” ou “indireta”, que tem implicações para todos os Estados da CADH em seu dever de prevenção. Nesse sentido, se o pronunciamento da Corte IDH não vinculasse de nenhuma maneira os demais Estados que não foram partes no caso contencioso, a previsão convencional de transmissão da sentença a todos os Estados que integram o sistema não faria qualquer sentido. Por derradeiro, “para os fins da análise de convencionalidade, a coisa interpretada deve ser tomada em consideração inclusive pelos Estados que não protagonizaram a demanda particular” (p. 53).

Os Estados-partes do sistema interamericano aceitaram a Convenção Americana de forma soberana, assumindo os deveres por ela outorgados e reconhecendo os direitos nela previstos. Aceitaram, também de forma soberana, que a Corte IDH é a intérprete autêntica das respectivas disposições convencionais. Logo, a interpretação daquele tribunal estabelece, formal e oficialmente, o alcance dos deveres estatais e dos direitos dos particulares, sendo, por esse motivo, vinculante (RAMÍREZ, 2011).

A dimensão dos efeitos *erga omnes*, evidentemente, restringe-se à delimitação do sentido das normas convencionais e ao entendimento geral daqueles preceitos e não aos fatos e medidas condenatórias específicas consagrados no caso concreto, que somente alcançam o Estado demandado e a vítima que compareceram em juízo. Além disso, a eficácia vinculante da interpretação normativa é atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos quanto às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença proferidas pela Corte de San José (RAMÍREZ, 2011).

Tello Mendoza (2015) critica a doutrina da *res interpretata* e a aceitação da eficácia *erga omnes* produzida pelas decisões do tribunal interamericano, notadamente quando o tema é controle de convencionalidade, uma vez que não haveria nenhuma regra expressa na CADH que autorizasse a Corte a impor sua jurisprudência sobre todo o sistema interamericano. Segundo ele, o reconhecimento de um “efeito irradiador obrigatório”, baseado na fundamentação jurisprudencial estabelecida pela própria Corte IDH, constitui uma falácia porque parte da premissa que é exatamente o objeto da divergência: a jurisprudência interamericana ser (ou não) vinculante para todos.

Ademais, o autor sustenta que existiria uma diferença entre admitir que a Corte Interamericana é a intérprete autêntica da Convenção, o que é extraído facilmente do caráter definitivo e inapelável de suas sentenças, e aceitar que suas decisões sejam vinculantes para os Estados que não fizeram parte do processo internacional, pois esta última hipótese demandaria a existência de uma norma fixando o mecanismo do *stare decisis*, característico do *common law*, no sistema interamericano (TELLO MENDOZA, 2015).

Também são apontados alguns prejuízos do “efeito irradiador obrigatório”, como a redução da liberdade interpretativa dos juízes nacionais, um sacrifício ideológico decorrente da sobreposição da Corte IDH sobre a ideologia imbuída na Constituição local e a desvalorização de regras do devido processo diante da vinculação de Estados que não foram partes da controvérsia, e que, portanto, não puderam se manifestar sobre a tese jurídica. Fala-se, até mesmo, que a *res interpretata* simbolizaria um obstáculo ao diálogo judicial entre o mecanismo regional e os tribunais nacionais (TELLO MENDOZA, 2015).

Tal posicionamento apequena as funções constitucionais desempenhadas pela Corte IDH e ignora que o reconhecimento do referido tribunal como intérprete autêntico do sistema interamericano implica, necessariamente, conferir-lhe a última palavra não só sobre o âmbito de aplicação dos direitos, mas também sobre os deveres dos Estados, que aceitaram sua competência de forma soberana e voluntária.

A rejeição à eficácia *res interpretata* das decisões da Corte IDH nega o protagonismo do tribunal interamericano como guardião da CADH, “limitando seu papel como promotor de direitos humanos na região apenas para regular casos concretos submetidos a sua apreciação” (CARVALHO; CALIXTO, 2019).

Além disso, o mecanismo interamericano foi estruturado, desde o início, pela lógica do respeito aos precedentes no interesse da segurança jurídica, tomando como modelo o Tribunal de Estrasburgo.¹⁹

A redução da liberdade interpretativa dos magistrados nacionais é uma consequência da própria aceitação da jurisdição do tribunal interamericano, e não especificamente da doutrina da *res interpretata*. Há, ainda, ampla possibilidade de participação dos Estados-partes da CADH no processo interpretativo das normas convencionais, citando-se, por exemplo, a prerrogativa de solicitação de opiniões consultivas, a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas.

O diálogo judicial não é prejudicado pela incorporação da doutrina da *res interpretata*, mormente diante do princípio *pro personae*, contemplado pelo Pacto de San José, que permite a adoção de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos pelos tribunais domésticos.

Do mesmo modo, o contexto de alteridade e o “modelo de articulação” (*engagement model*), inerentes ao diálogo transconstitucional dos direitos humanos, pressupõe que todos os tribunais envolvidos “sejam capazes de se reconstruir permanentemente mediante a aprendizagem com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais” (NEVES, 2010, p. 738).

Admitir a eficácia objetiva indireta dos precedentes da Corte IDH, na verdade, fortalece o diálogo ao exigir que os juízes nacionais efetivamente considerem os fundamentos utilizados pela jurisprudência interamericana nesse processo de reconstrução. Caso as autoridades judiciárias domésticas, ainda assim, produzam um resultado interpretativo diverso, a divergência hermenêutica pode, em última análise, ser devolvida ao Tribunal Regional. Nesse caso,

¹⁹ cf. Chapman v. Reino Unido (2001), Christine Goodwin v. Reino Unido (2002) e Mamatkulov e Askarov v. Turquia (2008), mencionados anteriormente.

a Corte IDH, também inserida no ambiente dialógico, pode se utilizar dos institutos do *distinguishing* e *overruling* ou reafirmar seus precedentes e proferir uma condenação – essa sim com eficácia subjetiva (*res judicata*) direta e absoluta.

4 DIFERENCIAIS, POTENCIALIDADES E DESAFIOS AO DESENVOLVIMENTO DA EFICÁCIA *RES INTERPRETATA* DAS SENTENÇAS INTERAMERICANAS

Fazendo-se uma comparação com o sistema europeu, percebe-se que a eficácia *res interpretata* encontra um terreno mais fértil no sistema interamericano. É que, como visto, a Corte IDH possui uma atuação constitucional mais avançada a partir da teoria do controle de convencionalidade e do dever outorgado aos Estados de adotar as medidas internas necessárias para assegurar a efetivação dos direitos da CADH, consoante artigo 2º da Convenção.

Ademais disso, considerando que os países que compõem o sistema interamericano compartilham de certa identidade constitucional derivada de semelhanças culturais, políticas, históricas e jurídicas, a Corte IDH detém uma liberdade maior para estabelecer o denominado *standard* mínimo regional de proteção de direitos humanos, sem que, com isso, prejudique ou desconsidere peculiaridades locais dos Estados. Ao que parece, exatamente por esse motivo não se observa o desenvolvimento da teoria da margem de apreciação dentro da jurisprudência interamericana.

Sobre esse assunto, ressalva-se que, no caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010), o juiz Mac-Gregor submeteu voto concorrente e fez referência a uma “margem de apreciação nacional que devem contar os Estados nacionais para interpretar o *corpus juris* interamericano” (§ 87), utilizando como argumento a ascensão dessa doutrina no sistema europeu. Apesar disso, até o presente momento a Corte IDH não invocou tal fundamento para justificar uma postura absenteísta.

A prerrogativa de solicitar opiniões consultivas concedida aos Estados-partes da CADH potencializa a efetividade da doutrina da *res interpretata*, na medida em que constitui um relevante instrumento para que a Corte de San José se pronuncie sobre o alcance dos direitos consagrados no sistema interamericano de forma abstrata e geral, em contraste com o limitado modelo europeu, em que a função consultiva da Corte de Estrasburgo originariamente dependia de provocação exclusiva do Comitê de Ministros.²⁰

Também se destaca a previsão do artigo 69 da CADH, que determina a transmissão das sentenças não apenas às partes, mas aos demais Estados contratantes, o que permite a difusão do seu conteúdo de maneira formal para conhecimento e observância por todos os demais países.

Finalmente, a manutenção do procedimento bifásico e a estrutura de divisão de trabalhos no mecanismo interamericano faz com que a Corte IDH julgue um número reduzido de casos por ano, daí por que o reconhecimento de um efeito interpretativo irradiador em suas decisões tem o condão de disseminar, de modo mais rápido e eficaz, os seus parâmetros de proteção e efetivação de direitos.

²⁰ Atualmente, o Protocolo n. 16 à CEDH permite que os tribunais superiores dos Estados contratantes também solicitem opiniões consultivas perante o TEDH.

O dito “terreno fértil” já tem revelado as potencialidades da eficácia *res interpretata* no sistema interamericano, o que pode ser claramente observado, por exemplo, nas consequências da sólida posição da Corte IDH sobre a edição de leis de anistia destinadas aos agentes de repressão das ditaduras militares latino-americanas.

Em julgamento-piloto²¹ no caso *Barrios Altos v. Peru* (2001),²² a Corte concluiu que são inadmissíveis disposições de anistia que excluem a responsabilidade dos autores de graves violações de direitos humanos, como tortura, execução arbitrária ou desaparecimento forçado (§ 42). Naquele caso específico, decidiu-se que as leis de anistia editadas pelo Estado processado impediram a investigação e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos dentro do contexto da ditadura militar, e violaram o direito das vítimas e de seus familiares à proteção judicial e ao esclarecimento do ocorrido (§ 43).

O Tribunal Constitucional do Peru recebeu o posicionamento da Corte de San José e consignou a necessidade de interpretação dos direitos fundamentais conforme o direito internacional dos direitos humanos, conceito que compreenderia não só os tratados internacionais de que o Estado faz parte, mas também a jurisprudência sobre esses instrumentos expedida pelos órgãos constituídos para proteção dos direitos humanos.²³

Na Argentina, mesmo sem haver decisão da Corte IDH com eficácia subjetiva (*res judicata*) vinculando o Estado, o Congresso Nacional editou a Lei nº 25.779, declarando a nulidade das denominadas normas “de obediência devida” e “ponto final”, que impediam a responsabilização dos autores das violações perpetradas no período da ditadura militar. Durante as discussões parlamentares, o caso *Barrios Altos v. Peru* (2001) foi mencionado múltiplas vezes como fundamento para demonstrar que tais normas seriam incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos.²⁴

Em 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina declarou a inconstitucionalidade das referidas leis de “obediência devida” e “ponto final” daquele país. O tribunal em questão levou em conta o precedente estabelecido contra o Peru e deliberou que “a transposição das conclusões da Corte Interamericana no caso ‘Barrios Altos’ ao caso argentino é imperativa, eis que as decisões do tribunal internacional mencionado devem ser interpretadas de boa fé como diretrizes jurisprudenciais” (§ 24); e foi além, ao asseverar que a sujeição do Estado Argentino à jurisdição interamericana “impede que o princípio da ‘irretroatividade’ da lei penal seja invocado para o descumprimento dos deveres assumidos em matéria de apuração de graves violações aos direitos humanos” (§ 32).²⁵

²¹ A Corte IDH reiterou sua posição sobre as leis de anistia nos casos *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), *La Cantuta v. Peru* (2006), *Gomes Lund e outros v. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”) (2010), *Gelman v. Uruguai* (2011), *Massacre de El Mozote e lugares próximos v. El Salvador* (2012) e *Vladimir Herzog e outros v. Brasil* (2018).

²² Corte IDH. *Barrios Altos v. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001 (mérito).

²³ Tribunal Constitucional do Peru. Exp. 4587-2004-AA/TC. Sentença de 29 de novembro de 2005.

²⁴ Câmara dos Deputados da Nação Argentina. *Diario de Sesiones, 4ª sesión ordinaria (especial)*, 12 de agosto de 2003.

²⁵ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Recurso de Hecho*. Julio Héctor Simon e outros. Causa nº 17.768. Decisão de 14 de julho de 2005.

Da mesma forma, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 15.848 (“Ley de Caducidad”), que impossibilitava a responsabilização dos crimes praticados por agentes estatais durante o regime militar. Muito embora também não houvesse (ainda) condenação contra o Estado Uruguaio, foi ponderado que:

No âmbito jurisdicional, cabe recordar alguns casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declaram nulas leis de anistia editadas para impedir a punição dos responsáveis por violações graves de direitos humanos e que estabelecem o dever dos juízes e tribunais nacionais de velar pela aplicação das normas internacionais frente a “leis contrárias a seu objeto e finalidade e que desde o início carecem de efeitos jurídicos”.²⁶

Anos depois, a Corte Interamericana julgou o caso *Gelman v. Uruguai* (2011)²⁷ e reconheceu que o tribunal interno realizou “um adequado controle de convencionalidade a respeito da Ley de Caducidad” (§ 239). Mesmo assim, condenou o Estado Uruguaio à obrigação de impedir que a referida lei fosse utilizada para obstar a investigação dos fatos apreciados e a eventual punição dos responsáveis, tendo em vista sua incompatibilidade com a CADH e com a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (Ponto Resolutivo n. 11).

Em sentença proferida em 2002, a Corte Constitucional da Colômbia também enfrentou o tema da anistia. Na fundamentação, foi ressaltado que os princípios de direito internacional recepcionados pelo Estado, o Estatuto de Roma e o ordenamento constitucional colombiano “não admitem a concessão de auto-anistias, anistias em branco, leis de ‘ponto final’ ou qualquer outra modalidade que impeça as vítimas de exercer um recurso judicial efetivo, como assinalado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Registrou-se, ainda, em nota de rodapé:

Por exemplo, no caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre e outros v. Peru*), Sentença de 14 de março de 2011, a Corte Interamericana decidiu que as leis de anistia peruanas eram contrárias à Convenção e que o Estado era responsável por violar o direito das vítimas a conhecer a verdade sobre os fatos e obter justiça em cada caso no contexto nacional.²⁸

Apesar de demonstrar a capacidade de difusão e permeabilidade da jurisprudência interamericana, a questão das leis de anistia também revela a existência de um desafio ainda grande no reconhecimento da eficácia *res interpretata* das sentenças interamericanas pelos Estados-partes da CADH.

O acatamento dos *standards* interpretativos fixados pela Corte Interamericana não se opera de forma automática, uma vez que depende do grau de interseção verificado entre os sistemas nacional e interamericano. Desse modo, para se compreender a efetividade da relação intersistêmica, é preciso analisar se há real interação entre ambas as esferas na interpretação da norma objeto de análise (BARBOSA; LORETO, 2019). Nesse sentido, a postura do Estado Brasileiro merece um melhor aprofundamento.

²⁶ Suprema Corte de Justiça do Uruguai. Sentença nº 365 de 19 de outubro de 2009.

²⁷ Corte IDH. *Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).

²⁸ Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-695/02 de 28 de agosto de 2002.

Tal como outros países latino-americanos, o Brasil editou a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedendo anistia a todos os indivíduos que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos.

No ano de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo a interpretação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei da Anistia, conforme a Constituição da República de 1988, com o escopo de se declarar que a anistia concedida aos crimes políticos não contemplaria crimes comuns praticados pelos agentes de repressão (civis ou militares) contra opositores políticos durante a ditadura militar.

A ação foi julgada improcedente em 28 de abril de 2010, tendo o tribunal brasileiro decidido, em suma, que a interpretação judicial da Lei nº 6.683/1979 deveria se operar em consonância com a realidade histórico-social em que ela foi produzida – isto é, o momento de transição entre a ditadura e a democracia política, em uma atmosfera de reconciliação nacional. Assim, deliberou-se que a Lei da Anistia seria válida e sua revisão competiria apenas ao Poder Legislativo, em decisão política, e não ao Judiciário.²⁹

É importante destacar que, à época daquele julgamento, a jurisprudência da Corte IDH sobre justiça de transição³⁰ já se encontrava bastante evoluída e, no que se refere especificamente ao objeto da ação, a inadmissibilidade de disposições de anistia já havia sido concebida não só no caso *Barrios Altos v. Peru* (2001), mas também nos precedentes *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006) e *La Cantuta v. Peru* (2006).³¹

Para não se dizer que o tribunal ignorou, por completo, a jurisdição da Corte de San José, o ministro Celso de Mello aduziu, em seu voto,³² conhecer o entendimento do sistema interamericano acerca das leis de anistia. Em interpretação própria da CADH, contudo, o magistrado justificou que a Lei n. 6.683/1979 diferenciava-se das legislações latino-americanas repudiadas pela convenção, pois não contemplava uma “autoanistia”, mas, sim, uma anistia de caráter bilateral, decorrente de um suposto acordo político,³³ que fora aplicada tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes de repressão.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Relator: ministro Eros Graus, julgamento: 29/4/2010, Tribunal Pleno, publicação: 6/8/2010.

³⁰ A justiça de transição compreende um processo de reconstrução da estabilidade democrática e institucional de um Estado após um contexto de guerras ou um quadro de violação sistemática de direitos humanos. Como ensina Van Zyl (2011), esse processo exige a conjugação de algumas medidas: a responsabilização dos autores de graves violações de direitos humanos, a revelação da verdade sobre os crimes passados, a concessão de reparações às vítimas, a reforma de instituições perpetradoras de abuso mediante mudanças radicais ou mesmo suas dissoluções e, finalmente, a reconciliação. Em sua primeira sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988), a Corte IDH já havia incorporado o propósito da justiça de transição ao reconhecer a responsabilidade do governo hondurenho por uma política de desaparecimentos forçados instituída durante um regime de exceção.

³¹ Corte IDH. *La Cantuta v. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006 (mérito, reparações e custas).

³² F. 26-27 do voto do ministro Celso de Mello na ADPF nº 153.

³³ Piovesan (2016) critica a decisão do Supremo Tribunal Federal, asseverando que ela não apenas denegou às vítimas o direito à justiça, “como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à história brasileira em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional” (p. 466).

A posição refratária³⁴ do Supremo Tribunal Federal, associada a outras circunstâncias internas do Estado Brasileiro, culminou em uma condenação posterior pela Corte IDH: o caso *Gomes Lund e outros v. Brasil* (2010), cuja sentença assinalou que: “o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se até à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar” (§ 175).

Anos depois, a Corte IDH apreciou, também, o caso *Vladimir Herzog e outros v. Brasil* (2018),³⁵ e teve a oportunidade de reafirmar seu posicionamento sobre a Lei da Anistia brasileira. Reiterando a incompatibilidade da Lei n. 6.683/1979 com a CADH, foi ponderado que, apesar de o Direito Internacional Humanitário justificar a emissão de anistia no encerramento de hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional para possibilitar o retorno à paz, não se pode admitir impunidade quanto aos crimes de guerra e contra a humanidade.

O quadro brasileiro demonstra, portanto, que ainda pode existir dificuldade na efetiva incorporação da jurisprudência interamericana pelos Estados, cuja solução reclama, por parte dos tribunais domésticos, uma maior disposição ao diálogo e à abertura constitucional.

Essa abertura deve ocorrer dentro de um contexto de pluralismo jurídico, que surge a partir da globalização verificada no final do século 20, a qual aponta para a necessidade de uma maior aproximação entre os países na tentativa de se adequarem a uma nova realidade de conflitos humanos complexos e de alteração do mundo jurídico atual, pautando-se em uma perspectiva de alteridade, de emancipação e de busca pela vida digna (LUTZ; TOMÉ DA MATA, 2017).

O pluralismo jurídico substitui o paradigma clássico monismo x dualismo na relação entre normas internacionais e internas por um modelo interativo, o qual reconhece que nenhuma constituição estatal seria um universo em si mesmo, mas, sim, o elemento de um “pluriverso normativo”, caracterizado pelo acoplamento entre diversos ordenamentos jurídicos (BOGDANDY, 2012).

Ao abordar o fenômeno do “transconstitucionalismo”, Neves (2014, p. 227) defende a necessidade de construção de “pontes de transição”, de maneira que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um mesmo problema-caso constitucional envolvendo direitos humanos possam buscar formas transversais de articulação, cada uma delas observando a outra, para compreender seus próprios limites e possibilidades de contribuição, em um processo frutífero pautado na premissa: “o ponto cego, o outro pode ver”.

Diante da existência de problemas comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional revela-se mais promissor na transição de um modelo de fragmentação desestruturada para uma diferenciação colaborativa entre as ordens, com suas respectivas autofundamentações, do que métodos hierárquicos, lineares e definitivos, seja no âmbito

³⁴ Ressalva-se que, a despeito de sua postura no referido caso, a Suprema Corte Brasileira obteve importantes progressos nos últimos anos para a penetração do Direito Internacional dos Direitos Humanos no plano jurídico interno, destacando-se, a título exemplificativo, os precedentes acerca da inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP) e da inexistência de diploma para o exercício da profissão de jornalista (RE 511.961/SP). Observa-se o fenômeno de passagem do *Gesetzstaat* ao *Richterstaat*, isto é, a transição da prevalência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, de modo que “o manto da Justiça tem servido para atender às singelas e complexas demandas da sociedade contemporânea” (ADAM; BÓS E SILVA; LEONETTI, 2013).

³⁵ Corte IDH. Caso *Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

internacional, estatal, supranacional ou local. Permite-se, assim, uma relação mais construtiva (ou menos destrutiva) entre as ordens jurídicas, mediante uma articulação pluridimensional de seus princípios e regras sem que haja uma “última instância decisória” (NEVES, 2010).

Nesse cenário, os agentes internos e internacionais deixam de atuar de forma independente para incorporar um sistema complexo de coordenação e complementaridade, pautado na ausência de hierarquia e na busca pela cooperação e pelo diálogo com o escopo de assegurar a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana (CALIXTO; CARVALHO, 2017).

Nas palavras de Bobbio (2004), somente será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos humanos quando uma jurisdição internacional conseguir efetivamente “impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado” (p. 23).

Desse modo, conquanto seja possível afirmar que a autoridade interpretativa da Corte de San José vem ganhando cada vez mais força nos últimos anos, percebe-se que há ainda a necessidade de aprimoramento do ambiente dialógico que se apresenta entre o sistema regional de proteção dos direitos humanos e as ordens jurídicas domésticas.

5 CONCLUSÃO

A doutrina da *res interpretata* surgiu, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, com o avanço do papel do TEDH na disseminação de padrões gerais de proteção de direitos humanos a toda a comunidade europeia, indo além da limitada eficácia vinculante subjetiva prevista no artigo 46.1 da Convenção.

Esse avanço se deu com base na compreensão da CEDH como um *living instrument*, cujo exato alcance dos direitos é definido a partir de casos concretos e encontra-se em constante evolução para acompanhar o desenvolvimento das sociedades democráticas. Assim, os Estados contratantes são demandados a assimilar e levar em conta a jurisprudência produzida pelo tribunal regional em suas decisões internas, como um dever de boa-fé e de prevenção e antecipação na execução de direitos.

No sistema interamericano, a referida doutrina emergiu associada à ideia de controle de convencionalidade, ganhando especial força na resolução de cumprimento de sentença referente ao caso *Gelman v. Uruguai* (2013). Naquele precedente, a Corte IDH estabeleceu a obrigação de todos os Estados-partes da CADH em realizar uma análise de compatibilidade de suas normas internas com a CADH, considerando as diretrizes e precedentes do tribunal, mesmo que não tenham participado do processo internacional em que foi firmada determinada jurisprudência.

Em comparação entre os sistemas, verifica-se que o mecanismo interamericano é ainda mais promissor para o reconhecimento de um efeito irradiador obrigatório da jurisprudência regional. Isso se dá diante da atual abrangência de seu discurso constitucional, da relativa homogeneidade dos países que o integram, da prerrogativa de solicitar opiniões consultivas que sempre foi concedida aos Estados-partes, da previsão de transmissão formal das sentenças do artigo 69 da CADH e da atual estrutura de processamento, que ainda impede o julgamento de um número considerável de demandas.

Nesse panorama, observa-se que a repercussão do posicionamento da Corte IDH acerca das leis de anistia sobre os países latino-americanos revela as potencialidades da aceitação da autoridade interpretativa das sentenças interamericanas. Ao mesmo tempo, tal repercussão demonstra a necessidade remanescente de se aprimorar o diálogo entre o tribunal interamericano e os atores jurídicos internos, com o escopo de evitar a provocação do organismo regional e permitir a criação de um “*ius constitutionale commune* americano”, como definido pelo juiz interamericano Mac-Gregor.

6 REFERÊNCIAS

- ADAM, Ana Paula; BÓS E SILVA, Débora; LEONETTI, Paola. Direitos humanos no Brasil: limites e possibilidades para a eficácia das sentenças prolatadas pela CIDH. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, a. 1, n. 2, p. 4-60, jul./dez. 2013.
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. p. 253-286.
- ARENDE, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law (EJIL)*, Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, 2017.
- BARBOSA, Pedro Henrique de Faria; LORETO, Sylvio. O controle de convencionalidade na relação intersistêmica entre o sistema interamericano de direitos humanos e os sistemas nacionais de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, a. 7, n. 13, p. 106-128, jan./jun. 2019.
- BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.
- BESSON, Samantha. The erga omnes effect of judgments of the European Court of Human Rights: What's in a name? In: BESSON, Samantha (ed.). *The European Court of Human Rights after Protocol 14: Preliminary Assessment and Perspectives*. Zurich: Schulthess, 2011. p. 125-175.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan; CLÁRICO, Laura. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, 2012. p. 21-40.
- CARVALHO, Luciani Coimbra de; CALIXTO, Angela Jank. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 1, e30919, jan./abr. 2019.
- CARVALHO, Luciani Coimbra de; CALIXTO, Angela Jank. Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo; GERBER, Kostantin. *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 3-24.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.
- GARLICKI, Lech. Universalism v. Regionalism? The role of the Supranational Dialog. In: ROCA, Javier García; SÁNCHEZ, Pablo Antonio Fernández; MACHETTI, Pablo Santolaya. USERA, Raúl Canosa (org.). *El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2012. p. 27-64.
- LUTZ, Maria Luiza Scherer; TOMÉ DA MATA, Edileny. El pluralismo jurídico: entrelazado de la teoría crítica de los derechos humanos con el constitucionalismo latinoamericano. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 57-74, jan./jun. 2017.

- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 617-671.
- MONTALVO, Eugeni Gay. El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales. In: MONTALVO, Eugeni Gay (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 243-275.
- NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 201-232, set./dez. 2014.
- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? (v. 2)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 717-758.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCA, Javier García. El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 219-241.
- ROCA, Javier Garcia; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. La Comunicación entre Ambos Sistemas y las Características del Diálogo. In: ROCA, Javier Garcia; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos (org.). *El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2012. p. 66-107.
- TELLO MENDOZA, Juan Alonso. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*, Argentina, n. 80, p. 197-220, 2015.
- VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia; Ministério da Justiça. Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-72.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.95-111>

Supranacionalidade e Direitos Fundamentais: Efetividade do Direito Derivado na Comunidade Andina e no Sistema Centro-Americano de Integração

Eduardo Biacchi Gomes

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1993). Doutorado (2003) e Mestrado (2000) em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialização em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Pós-Doutorado em Estudos Culturais junto a Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Desenvolveu pesquisa na Universidade de Los Andes, Chile. Realiza estágio de Pós-Doutoramento na PUCPR. Professor-adjunto integrante do quadro da UniBrasil. Professor titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor-adjunto do curso de Direito Uninter e professor-colaborador do Mestrado em Direito da mesma instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional e Direito da Integração e Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: blocos econômicos, direito comunitário, direito internacional público, direito da integração, Mercosul e direito constitucional. Vice-coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. <http://lattes.cnpq.br/0011551326068336>. <https://orcid.org/0000-0002-7721-0802>. eduardobiacchigomes@gmail.com

Luis Alexandre Carta Winter

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/Prolam (2008). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Unicuritiba. Consultor jurídico, atuando principalmente nos seguintes temas e áreas: contratos; integração regional; Mercosul; relações internacionais; direito marítimo; direitos humanos; direito humanitário; legislação aduaneira; direito internacional econômico e direito internacional. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável – Nead (www.neadi.com.br). Membro do Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. <http://lattes.cnpq.br/2297481657152874>. <https://orcid.org/0000-0002-0116-6155>. luisalexandrecartawinter@yahoo.com.br

RESUMO

A efetivação dos direitos fundamentais dentro de um bloco econômico depende dos mecanismos jurídicos e institucionais adotados internamente e da efetiva observância, por parte dos Estados, no sentido de cumprirem com o ordenamento jurídico do bloco. Nos modelos de blocos econômicos regidos pela intergovernabilidade, tendo em vista a ausência de um ordenamento jurídico supranacional, alguns entendem ser duvidoso o alcance das políticas integracionistas. Já nos blocos econômicos supranacionais, em que existe um ordenamento jurídico superior aos ordenamentos jurídicos dos Estados, a efetividade das respectivas políticas é maior, como o caso da União Europeia.

Palavras-chave: Blocos econômicos. Controle de convencionalidade. Direitos fundamentais. Integração regional.

SUPRANATIONALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE EFFECTIVITY OF THE SECONDARY LEGISLATION IN THE ANDINEAN COMMUNITY SYSTEM AND COMMUNITY AND IN THE CENTRAL AMERICAN INTEGRATION

ABSTRACT

The enforcement of fundamental rights in an economic bloc depends on the legal and institutional mechanisms that are adopted internally to make effective the compliance by the states in order to observe with the integration law. In models of economic blocks that adopted the intergovernmentalism system, in view of the absence of a supranational legal system, some understand to be doubtful reach of integrationist policies. Already, the supranational economic blocks, where there is a higher than the legal systems of States legal system, the effectiveness of their policies is greater, as the case of the European Union.

Keywords: Economic blocks. Conventionality control. Fundamental rights. Regional integration.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Adensamento do Ordenamento Jurídico Supranacional. 3 Reenvio prejudicial e o Ordenamento jurídico comunitário. 4 Comunidade Andina de Nações e Sistema Centro-Americano: Direito Supranacional Híbrido? 3.1 Controle de convencionalidade nos blocos econômicos supranacionais e a efetivação dos direitos fundamentais. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 28/9/2017

Aceito em: 29/5/2020

1 INTRODUÇÃO

Nos processos de integração supranacionais, como é o caso da União Europeia, o ordenamento jurídico comunitário pode ser considerado o modelo *ideal* para a concretização dos objetivos integracionistas, principalmente em relação às políticas voltadas para os indivíduos, que são os verdadeiros destinatários das políticas adotadas dentro do bloco econômico.

A título de exemplo, citem-se os *européistas*, que são os teóricos (cientistas políticos, juristas, filósofos, etc.), que defendem a ideia de uma integração maior da União Europeia, a qual, conseqüentemente, somente pode ser efetivada mediante um adensamento do ordenamento jurídico supranacional. De outro lado, os *eurocéticos*, ao adotarem uma política mais pessimista em relação aos rumos da integração da União Europeia, defendem a preservação das soberanias dos Estados membros do bloco, como forma de que possuam a devida autonomia para adotarem as políticas voltadas a atender aos interesses de seus nacionais.

Independentemente do posicionamento adotado dentro dos modelos de integração supranacional, como a União Europeia e em menor grau a Comunidade Andina de Nações e o Sistema de Integração Centro-americano, para que haja a efetividade das políticas integracionistas, adotadas pelas instituições do bloco, torna-se necessário o cumprimento, por parte dos Estados que compõem os blocos econômicos, do respectivo ordenamento jurídico em prol dos interesses de seus nacionais.

Como forma de materializar a efetivação e o cumprimento das referidas normas, torna-se necessário uma efetiva atuação – por parte das instituições supranacionais – no sentido de velar pela correta interpretação e aplicação das referidas normativas, dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados. A título de exemplo, cite-se a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio do reenvio prejudicial.

O reenvio prejudicial, instrumento processual adotado pelos sistemas de solução de controvérsias dos blocos econômicos supranacionais, permitem o efetivo diálogo entre as jurisdições nacionais e a supranacional, de forma a garantir a uniformidade na interpretação e na aplicação das referidas normas dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Dentro dos blocos econômicos de natureza jurídica intergovernamental, como o caso do Mercosul, torna-se necessário garantir a primazia do ordenamento jurídico do bloco perante o dos Estados-partes.

Trata-se, portanto, de se garantir a efetividade no cumprimento das normativas comunitárias, de forma a assegurar a primazia das normativas do bloco ante os ordenamentos jurídicos dos Estados.

O presente artigo tem por finalidade examinar a possibilidade de se aplicar o controle de convencionalidade dentro dos processos de integração supranacionais *híbridos*. Para tanto, torna-se necessário analisar a própria construção do direito comunitário, com a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia e a sua aplicação em outros sistemas que adotam tal ordenamento jurídico sem o mesmo sucesso, como no caso da Comunidade Andina de Nações (CAN) e do Sistema de Integração Centro-Americano (Sica).

2 O ADENSAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL

Dentre os modelos de integração supranacionais, o exemplo de maior êxito é – inquestionavelmente – o da União Europeia, o qual, pela sua originalidade, criou um sistema jurídico independente e autônomo, diante do direito interno e do direito internacional, que é o direito comunitário (ou o direito supranacional). Características principais do ordenamento jurídico comunitário são: a) primazia das normas comunitárias perante as normativas dos Estado;¹ b) aplicabilidade direta;² e c) uniformidade na interpretação e na aplicação do direito comunitário.³

Vale destacar a importante atuação, por parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no que diz respeito à própria construção dos princípios do direito comunitário. Ademais, a efetividade no cumprimento do ordenamento jurídico comunitário, dentro da União Europeia, somente tornou-se possível graças à existência de uma política institucional voltada para o fortalecimento de suas instituições.

Ao mencionar as instituições supranacionais da União Europeia, vale a pena citar, além do Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem a sua sede em Luxemburgo e por competência velar pela efetiva interpretação e aplicação do direito supranacional, os seguintes órgãos:

- a) Parlamento Europeu: composto pelos denominados *Eurodeputados*, eleitos diretamente pelos cidadãos da União Europeia e que representam os interesses nacionais dos Estados-membros do bloco;
- b) Conselho: órgão comunitário dotado de competências executivas e que representa os interesses dos Estados-membros da União Europeia. Possui o poder decisório dentro do bloco. É composto pelos representantes dos Estados-membros do bloco;
- c) Comissão: órgão de natureza jurídica supranacional, dotado de competências fiscalizatória e executiva, no que diz respeito à aplicação e execução das normativas comunitárias. É composto pelos comissários que atuam com total independência e autonomia ante os Estados que integram o bloco econômico.

Pode-se constatar, portanto, que a própria construção e evolução do direito comunitário, dentro da União Europeia, decorreram de uma conscientização, por parte dos Estados-membros daquele bloco econômico, que somente seria possível avançar dentro das políticas integracionistas e construir uma verdadeira Europa unida, capaz de superar os sofrimentos e

¹ Pelo princípio da aplicabilidade direta, as normativas emanadas pelas Instituições do bloco, como no caso da União Europeia, e os regulamentos, os mesmos não necessitam ser internalizados dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Assim que publicados no Diário Oficial da União Europeia, passam a gerar efeitos aos seus destinatários: Estados, instituições do bloco e particulares. Trata-se de um mecanismo de uniformização de temas de relevante interesse ao direito comunitário.

² Pelo princípio da primazia na hipótese de conflito entre a normativa supranacional e as normativas internas, haverá a prevalência da normativa supranacional em relação àquelas matérias de competência legislativas das instituições do bloco.

³ Pelo princípio da uniformização na interpretação e na aplicação do direito comunitário, tais normativas devem ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme dentro das 28 jurisdições dos Estados membros do bloco, de forma a permitir a primazia do respectivo ordenamento jurídico ante os nacionais. Com o intuito de se garantir a aplicação do respectivo princípio, o mecanismo processual utilizado é o do reenvio prejudicial, que será abordado neste artigo e pelo qual o estudo do controle de convencionalidade é desenvolvido. FONTOURA, Jorge. Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária. Informativo Mercosul. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Seção Brasileira*, v. 1, n. 3, p. 43, dez. 1996/jan. 1997.

as mazelas ocorridas e vivenciadas durante a Segunda Guerra Mundial e evitar novos conflitos, por meio da formação de um bloco econômico de caráter supranacional, no qual as políticas pudessem ser observadas e executadas pelos Estados-membros.⁴

No plano da integração europeia, vale a pena destacar as ideias de Habermas,⁵ em que as instituições supranacionais buscam construir a legitimidade na adoção de suas políticas comuns, mediante o constante diálogo entre o ordenamento jurídico comunitário e os nacionais.

Dentro da União Europeia, Habermas⁶ parte do pressuposto de que os Estados que integram aquele bloco econômico são economias consolidadas em que existe o respeito aos valores multiculturais, direitos sociais e democráticos.

Aliás, a construção secular do conceito de Estado-Nação surgiu dentro do sucesso daquele projeto integracionista (a despeito da crise econômica mundial vivenciada desde o ano de 2008, a consequente redução dos direitos sociais e a intervenção direta das instituições supranacionais dentro de determinados Estados-membros da União Europeia, como o caso do Banco Central Europeu que, com suas políticas macroeconômicas, juntamente com o Fundo Monetário Internacional recomendam aos Estados menos desenvolvidos, como Grécia, Espanha, Portugal e Irlanda, a redução dos direitos sociais), e conclui-se que aquele bloco econômico é resultado da adoção de um projeto arquitetado desde o final da Segunda Guerra Mundial.

A realidade do ordenamento jurídico supranacional da União Europeia certamente não encontra precedentes em qualquer outro processo de integração, uma vez que a própria construção do Direito Comunitário é decorrente, como visto anteriormente, de uma atuação direta por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, com o intuito de justificar e explicar a necessidade de os Estados-membros do bloco cumprirem com as normativas supranacionais.

Aliás, a construção do instituto da supranacionalidade, que significa a existência de um ordenamento jurídico que está acima dos ordenamentos jurídicos dos Estados e que, portanto, legitima as instituições comunitárias na aplicação do direito comunitário, justifica o adensamento do direito comunitário na União Europeia e o constante diálogo entre as ordens jurídicas (supranacional e nacional).⁷

Também dentro da União Europeia, assim como dentro dos Estados-membros do bloco, existe uma clara consciência de que o Direito Comunitário deve ser observado e cumprido nos ordenamentos jurídicos dos Estados e, na hipótese de não observância, o Tribunal de Justiça da União Europeia poderá atuar por intermédio dos mecanismos processuais vigentes.^{8,9}

⁴ A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul no cenário internacional*. Direito e Sociedade. Curitiba: Juruá, 1998. p. 293.

⁵ HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69.

⁶ HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 141.

⁷ TEIXEIRA, Antonio Fernando Dias. *A natureza jurídica das Comunidades Européias*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 193 et seq.

⁸ Ação por Incumprimento, Recurso por Omissão, Recurso de Anulação e o Reenvio Prejudicial.

⁹ CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 401 et seq. V. 2.

Ainda que o Direito Comunitário tenha sido construído por meio de uma longa construção jurisprudencial, houve uma assimilação, por parte dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros do bloco, em relação à sua aplicação e observância. Além disso, nunca é demais lembrar que as próprias instituições do bloco, que possuem a natureza jurídica verdadeiramente supranacional, adotam as políticas voltadas a atender aos interesses do próprio bloco econômico, mesmo que, muitas vezes, tais decisões possam contrariar os interesses dos Estados, de forma a garantir, assim, a independência e a autonomia na tomada das suas decisões *pró-Europa*.

Para que as políticas supranacionais, portanto, possam ser adotadas, torna-se necessário o constante diálogo entre o ordenamento jurídico supranacional e os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros do bloco que, por sua vez, devem aceitar – em seus ordenamentos jurídicos – a adoção de tais políticas e legislações.

Trata-se da adoção das chamadas cláusulas de abertura, existentes dentro dos ordenamentos constitucionais dos Estados-membros do bloco, de forma a permitir a transferência ou a delegação de competências soberanas para as instituições do bloco econômico. *Vide*, como exemplo, a Constituição da Alemanha,^{10,11} que admite, em seu ordenamento jurídico, a transferência de soberania às instituições supranacionais, de forma a observar os direitos humanos e a democracia.¹²

No caso dos ordenamentos jurídicos nacionais e o supranacional, no que diz respeito à supranacionalidade e à transferência de soberania, sempre deverão estar presentes as políticas voltadas para a proteção dos direitos humanos e da democracia que, aliás, são pilares essenciais dentro do Tratado da União Europeia, como a inclusão da Carta Europeia de Direitos Fundamentais dentro do acervo jurídico supranacional, de forma – inclusive – a reforçar o exercício das quatro liberdades existentes dentro do bloco: livre-circulação de bens, pessoas, serviços e de capitais da própria Europa e, posteriormente, devido ao processo de colonização da América, Revoluções francesa e norte-americana, tais valores influenciaram diretamente na construção das democracias sul-americanas.¹³

O Tratado Reformador de Lisboa, ademais, aperfeiçoou os mecanismos institucionais vigentes dentro da União Europeia, de forma a dar mais transparência às políticas adotadas dentro do bloco econômico, de modo a tornar o bloco econômico um espaço supranacional

¹⁰ Artículo 23.1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos y con el principio de la subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a de la presente Ley Fundamental. Para ello, la Federación podrá transferir derechos de soberanía con el consentimiento del Consejo Federal. [...].

¹¹ LLORENTE, F. R.; PÉREZ, M. D. *Constituciones de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 8.

¹² No mesmo sentido, a Constituição da Holanda, no artigo 28, §§ 2º e 3º. O § 2º do artigo 28 prevê a delegação de competências soberanas. O § 3º torna possível a limitação de sua soberania em relação a questões que sejam relevantes e de interesse nacional, desde que respeitados os direitos fundamentais do homem, o regime democrático de direito e os princípios da legalidade e reciprocidade. Ambos os institutos não se confundem, pois a delegação de competências soberanas não implica limitação de soberania. A limitação de soberania a que alude o texto constitucional grego se refere a casos específicos – desde que presente o interesse nacional – não contemplados pelo conceito de delegação de competências soberanas ora analisado. Trata-se de conceitos distintos, pois a norma regulamenta separadamente ambas as hipóteses.

¹³ BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano: considerações conceituais e epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (org.). *Crítica jurídica na América Latina*. Aguas Calientes; Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos y Sociales Mispát; Universidade Federal de Santa Catarina: 2013. p. 91-92.

mais democrático e com a adoção de políticas voltadas para a proteção dos Direitos Fundamentais, o que somente poderá ser concretizado desde que exista uma clara atuação das instituições supranacionais neste sentido, e uma própria consciência dos Estados-membros do bloco na direção de atuarem na defesa dos interesses dos cidadãos da União Europeia que, em última instância, são os verdadeiros destinatários das respectivas políticas comuns adotadas dentro daquele bloco econômico.¹⁴

Com o intuito de se concretizar as políticas da União Europeia, como supramencionado, torna-se necessário que os juízes nacionais apliquem e observem – de maneira uniforme – o direito supranacional. A concretização do princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do direito comunitário, se dá mediante o Reenvio Prejudicial, que permite uma cooperação entre as jurisdições nacionais e a supranacional.

3 REENVIO PREJUDICIAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO

Como visto anteriormente, o Direito Comunitário é um direito *sui generis* e peculiar, uma vez que foi resultado de longa construção jurisprudencial com o intuito de melhor explicar e fundamentar a vinculação dos Estados em relação ao respeito às normas supranacionais. Para que as normativas e as políticas comunitárias sejam – de fato – observadas e aplicadas dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, torna-se necessário que os juízes nacionais interpretem e apliquem as normas supranacionais de maneira uniforme.

Verifica-se inicialmente, portanto, que, antes da existência de um mecanismo e de um ordenamento jurídico efetivo, como é o caso do Direito Comunitário, torna-se necessário que exista um comprometimento político dos Estados que integram o bloco, no sentido de observarem o cumprimento das normas, assim como a existência de instituições verdadeiramente supranacionais e que possam atuar, com total independência e autonomia, na hipótese do descumprimento das respectivas normas.

Trata-se da realidade vivenciada dentro da União Europeia que, ao longo dos seus mais de 50 anos de história, logrou êxito na construção de instituições supranacionais e verdadeiramente independentes dos respectivos Estados-membros. Cumpre destacar, ademais, que o próprio Direito Comunitário e a supranacionalidade surgem dentro da União Europeia decorrendo de uma necessidade dos organismos daquele bloco econômico em justificar a obrigatoriedade no cumprimento daquele direito.

Processualmente, uma das ações típicas de Direito Comunitário e que permitem o diálogo entre as jurisdições nacionais e a supranacional, de forma a garantir a uniformidade na interpretação e aplicação do direito supranacional, é o reenvio prejudicial. Trata-se de um processo de natureza consultiva, com decisão de natureza vinculativa e obrigatória, em que o

¹⁴ Vale destacar que a realidade enfrentada pelos blocos econômicos existentes no hemisfério sul é completamente diversa daquela encontrada na União Europeia. Tal constatação se dá por inúmeros motivos, como as diferenças de questões históricas e econômicas existentes entre os países e pelo fato de que os blocos foram criados, inicialmente, como uma estratégia para buscar-se uma melhor inserção no mundo globalizado.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), mediante provocação das instâncias nacionais, é compelido a interpretar determinada disposição do Direito Comunitário, obrigando os tribunais a observá-la em sua sentença.¹⁵

Trata-se de um peculiar e engenhoso mecanismo processual criado dentro do Direito Comunitário e copiado (sem o mesmo sucesso) dentro de outros blocos econômicos que tentam adotar a supranacionalidade (como a Comunidade Andina de Nações e o Sistema Centro-americano de Integração), e que permite às instâncias jurisdicionais nacionais aplicar, de forma homogênea, o Direito Comunitário, possibilitando a sua inter-relação com o TJUE.

No presente caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias atua como uma espécie de corte constitucional, de forma a garantir e controlar a legalidade na aplicação e interpretação das normas comunitárias.¹⁶No que diz respeito à legitimidade ativa, somente as partes integrantes em uma ação judicial que tramite na jurisdição nacional é que poderão suscitar o reenvio. Excepcionalmente poderão intervir os Estados-membros, Parlamento Europeu, Comissão e o Conselho.

Vale destacar que o processamento do reenvio, por parte do juiz nacional, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, é facultativo nas instâncias em que cabem recursos e nas em que não cabe mais recurso, o processamento do reenvio é obrigatório. Ainda que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em relação à interpretação de uma normativa do bloco seja vinculante, caberá ao juiz nacional julgar a questão.

Na hipótese de aplicação equivocada por parte do juiz nacional, em relação ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Estado poderá ser responsabilizado, mediante a Ação por Incumprimento,¹⁷ oportunidade na qual o particular, concretamente, poderá solicitar o pronunciamento do TJUE para que seja constatado o descumprimento do Estado em relação a não observância de uma norma de Direito Comunitário, cabendo o pagamento de uma indenização em favor do particular.

¹⁵ CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 404. V. 2.

¹⁶ No sistema do Reenvio Prejudicial, o TJUE é competente para se pronunciar sobre as questões advindas de interpretação do tratado; sobre a validade e interpretação dos atos praticados pelas instituições comunitárias e pelo Banco Central Europeu, e sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados pelo Conselho.

¹⁷ Artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4 COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES E SISTEMA CENTRO-AMERICANO: DIREITO SUPRANACIONAL HÍBRIDO?

Se dentro da União Europeia o respectivo direito é aplicado de maneira efetiva, o mesmo não acontece na Comunidade Andina de Nações e no Sistema Interamericano de Integração, que são processos de integração que, pura e simplesmente, copiaram para os respectivos ordenamentos jurídicos dos blocos o modelo adotado no Velho Continente, sem levar em consideração as diferenças econômicas, sociais, culturais e políticas de seus membros.

O que se tem são *sistemas híbridos* de integração, isto é, que juridicamente adotam o Direito Comunitário, mas que na prática não é efetivo, quer pela ausência de vontade política de seus parceiros, quer pela falta de efetivas instituições supranacionais.

A Comunidade Andina (CAN), bloco de integração regional de natureza jurídica supranacional, foi criada com o intuito de consolidar-se em um mercado comum. É composta pela Bolívia, Colômbia, Equador e Peru, tendo sido fundada no ano de 1969 por meio do Acordo de Cartagena. No ano de 1979 foram instituídos o Tribunal e o Parlamento Andino, com a assinatura do Tratado do Tribunal de Justiça, em Cartagena, em 28 de maio, e do Tratado Constitutivo do Parlamento, em La Paz, em 25 de outubro.

O Protocolo de Trujillo, 1996, e o Protocolo de Sucre, 1997, alterou a estrutura do processo de integração e a denominação de Pacto Andino para a sua denominação e estrutura atual: Comunidade Andina de Nações.

Dentro da Comunidade Andina de Nações, ainda que os Estados-membros aceitem a aplicação e a observância do Direito Comunitário, pode-se constatar que a sua aplicação não se dá de forma efetiva, tendo em vista a ausência de instituições supranacionais que possam verdadeiramente fiscalizar o cumprimento das normativas supranacionais, assim como a ausência de uma verdadeira vontade política dos respectivos Estados, no sentido de verticalizarem a integração para a formação do mercado comum (ver em Arroyave-Quintero).²¹

Já o antigo Mercado Comum Centro-Americano foi criado pelo Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, Tratado de Manágua (1960), e reformulado pelo Protocolo de Tegucigalpa, em 13.12.1991, que criou o Sistema de Integração Centro-Americano (Sica). É composto de sete Estados: Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá. Esse Protocolo, fonte originária do bloco econômico, situa-se em grau de hierarquia superior ao dos demais tratados.

No que diz respeito à efetividade das normativas supranacionais, dentro do Sica, as críticas apresentadas em relação à Comunidade Andina também são aplicadas no presente caso.

²¹ ARROYAVE-QUINTERO, M. A. *Ineficacia crónica del derecho andino: uno de los factores importantes para el ocaso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)*. *Papel Político*, [on-line], 13, enero/jun. 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77716563009>. Acesso em: 4 marzo 2014.

Conforme esclarecem César Ernesto Salazar Grande e Enrique Napoleón Ulate Chacón,²² a observância do direito supranacional depende da vontade política dos representantes dos Estados que integram o bloco ante a ausência de instituições fortes, capazes de fiscalizar o cumprimento das normativas, que se traduz na insegurança jurídica comunitária.

Diferentemente do modelo supranacional da União Europeia, portanto, o Direito Comunitário, adotado tanto pela Comunidade Andina de Nações quanto pelo Sistema Centro-Americano de Integração, depende da atuação dos funcionários e agentes nacionais e das próprias Cortes Nacionais, no sentido de velar pelo correto cumprimento das normativas supranacionais, podendo-se falar, aqui, do Controle de Convencionalidade, por se tratarem de *sistemas híbridos* de integração, pois, muito embora adotem o Direito Comunitário, a sua aplicação e observância não é efetiva.

3.1 Controle de convencionalidade nos blocos econômicos supranacionais e a efetivação dos direitos fundamentais

A realidade dos processos de integração da Comunidade Andina de Nações e do Sistema Centro-Americano de Integração, ainda que adotem o Direito Comunitário como pressuposto para concretizar os objetivos do mercado comum, é totalmente diferente daquela encontrada dentro da União Europeia, como visto anteriormente.

Muito embora as jurisprudências, tanto da Corte Centro-Americana de Justiça quanto do Tribunal de Justiça Andino, reconheçam a existência do Direito Comunitário dentro dos respectivos processos de integração e todos os seus efeitos jurídicos, daí decorrentes da aplicação de suas normas, como o primado da norma comunitária ante o ordenamento jurídico nacional dos Estados, a uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito Comunitário e a aplicabilidade direta das respectivas normas, o grande problema reside na ausência de efetividade no cumprimento e na observância do Direito Comunitário dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, e pela ausência de verdadeiras instituições supranacionais.

Aliás, diga-se de passagem, a realidade europeia, com a existência de instituições supranacionais, é totalmente diferente daquela encontrada tanto no Sistema Centro-Americano de Integração quanto na Comunidade Andina de Nações, tendo em vista que nestes modelos de integração, por fatores políticos, financeiros e por razões de Estado, não existe um campo fértil para a construção de verdadeiras instituições supranacionais, dotadas de competências para adotarem políticas de acordo com os interesses do bloco econômico.

Cumprir destacar que os Estados latino-americanos e os dos centro-americanos, colonizados pelos países ibero-americanos, ainda guardam resquícios da soberania em seu grau absoluto, o que desfavorece a qualquer política integracionista em maior grau.

Assim, manifesta-se a doutrina sobre a referida dualidade, que são os blocos econômicos supranacionais e a questão da soberania dos Estados.

Conforme Luis Alexandre Carta Winter e Marcos Waschowski,²³

²² GRANDE, C. E. S.; CHACÓN, E. N. U. *Manual de Derecho Comunitário Centroamericano*. 2. ed. El Salvador: El Dorado de Talleres Impresiones, 2013. p. 245.

²³ WINTER, L. A. C.; WASCHOWSKI, M. Estado: construção de uma identidade. CONPEDI DE MANAUS. *Anais* [...]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter.pdf. Acesso em: 5 mar. 2014.

A criação de um ordenamento jurídico dentro de um bloco econômico desenvolvido por órgãos funcionando com caráter permanente, tomando decisões vinculantes não só para os Estados, como também para cidadãos e empresas, leva a que os sistemas jurídicos se sobreponham num mesmo espaço territorial e a que os indivíduos se sintam duplamente vinculados. O Estado deixa de ser dono de algumas das suas políticas, que, historicamente, eram suas, perde a jurisdição sobre certas matérias, é obrigado a harmonizar a sua legislação com a dos restantes Estados, parte do fenômeno de integração, e, isto é o mais importante, muitas vezes, sem o seu consentimento (caso das decisões tomadas por maioria quando se defronta com a supranacionalidade).

Veja-se que o próprio conceito de soberania é resultante da necessidade que surgiu a partir da criação do Estado moderno (Paz de Vestfália, 1648) como forma de justificar e fundamentar o império do agora soberano sobre os seus jurisdicionados. A partir da Revolução Francesa (1789) surge o conceito de Estado-nação, com o conseqüente deslocamento da titularidade do poder soberano, que, antes, era do monarca e, agora, passa ao povo. Justamente com o intuito de o monarca preservar a sua unidade territorial e jurisdicional, são criados alguns elementos que passam a identificar o povo ao Estado, como a nacionalidade, a cidadania, a bandeira, o hino, o idioma, etc., conforme citado na obra “Democracia e Direitos Fundamentais na União Européia: a questão do multiculturalismo” de Eduardo Biacchi Gomes (2011).

Dentro da mesma lógica do raciocínio, os Estados do Continente Americano foram colonizados a partir da matriz europeia, e, assim, todos aqueles valores alusivos ao conceito de Estado moderno, Estado-nação e, principalmente, os relativos à soberania, foram introduzidos do Velho Continente, para o Novo Mundo.

Diferentemente, todavia, da Europa, que atravessou duas grandes guerras e, por necessidade de se reconstruir e de repensar o conceito de soberania na América, os valores soberanos permaneceram os mesmos, o que faz com que os Estados não adotem políticas comuns em prol de interesses supranacionais pelo simples motivo de que o poder soberano ainda permanece como um elemento central para as respectivas nações.

Assim, retomando-se a ideia central do presente artigo, ainda que nos sistemas regionais de integração, ora analisados, admita-se a existência do Direito Comunitário,²⁴ como no caso das jurisprudências da Corte Centro-Americana, cujos pronunciamentos, diga-se de passagem, são louváveis, torna-se difícil colocar as respectivas decisões, tendo em vista o resquício do conceito absoluto de soberania existente entre os respectivos Estados.

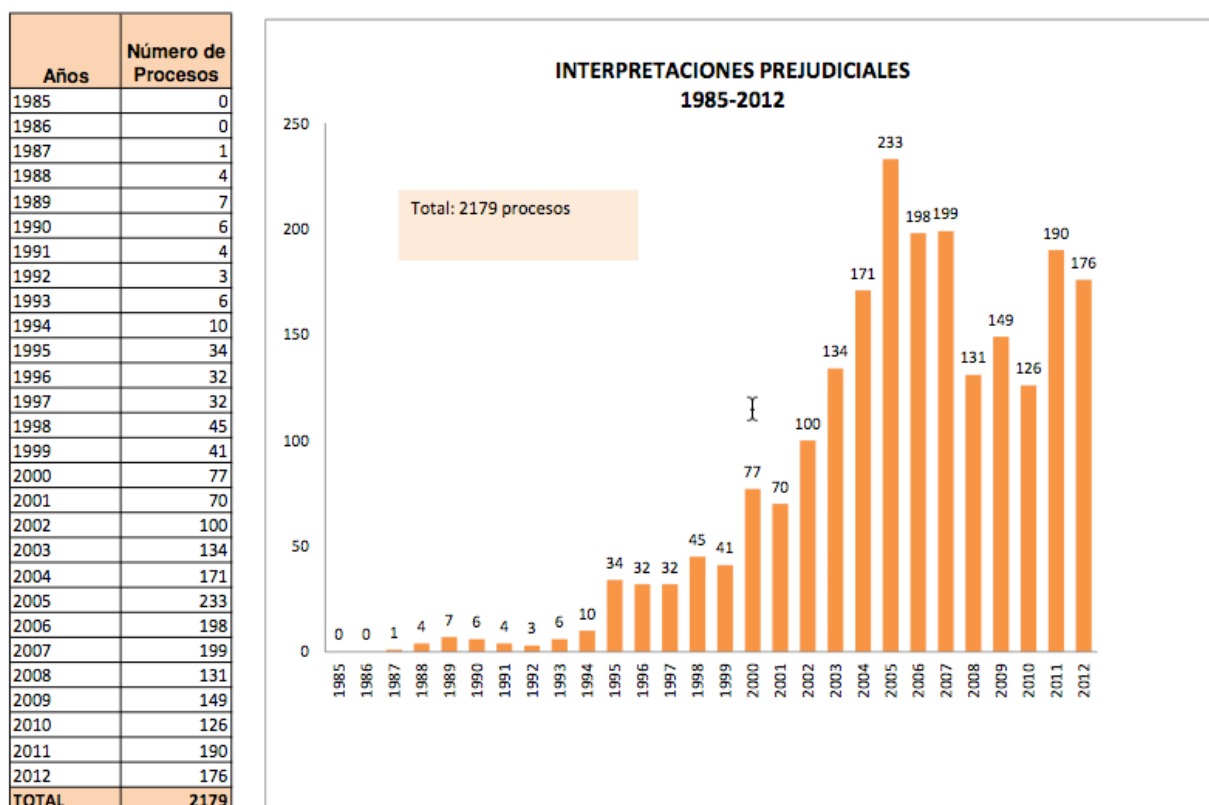
²⁴ Expediente 23.9.2009 publicado pela Corte Centro-Americana de Justiça em 28.10.2009, em pronunciamento a título prejudicial em que reconheceu-se que é de competência da Corte garantir o respeito à interpretação e aplicação do Direito Comunitário na América Central, assim como a obrigatoriedade do Direito Comunitário em relação aos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes do Sica, cujas normas prevalecem sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, garantindo-se a aplicação do princípio do primado. Na hipótese de descumprimento das normativas, os tribunais nacionais podem aplicar as respectivas sanções ao Estado. Disponível em: <http://portal.ccj.org.ni/CCJ2/Default.aspx?tabid=114>. Acesso em: 5 mar. 2014.

Dentro do Sistema Centro-Americano de integração existem as condições jurídicas para a adoção do Direito Comunitário, uma vez que existem cláusulas de abertura nas respectivas constituições dos Estados-partes, de forma – a exemplo das Constituições dos Estados-membros da União Europeia – a admitir a respectiva transferência de soberania às instituições supranacionais.²⁵

²⁵ Neste sentido *vide* Cesar Ernesto Salazar Grande e Enrique Napoleón Ulalte Chacón (*Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*. 2. ed. El Salvador: El Dorado de Talleres Impresiones, 2013. p. 116 *et seq.*), que, ao examinar os dispositivos das Constituições dos Estados-partes do Sica, esclarecem que: “*La Constitución Política de Costa Rica presenta importantes reformas constitucionales en 1968, cuando se reforman los artículos 7 y 121 (reformados por Ley n. 4.123, del 31 de mayo de 1968). En el primero, se reconoce que los Tratados internacionales tienen autoridad superior a las leyes, y la Jurisprudencia admite en materia de derechos humanos su primacía sobre la misma Constitución (Sala Constitucional, Voto 3435-92). En el segundo (art. 121, inciso 4) autoriza la posibilidad de atribuir o transferir competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, para cuya aprobación se requiere una mayoría calificada, es decir, dos tercios de los votos del Parlamento; sin embargo, los Protocolos de menor rango derivados de tratados públicos no requieren aprobación legislativa, cuando los tratados autoricen de modo expreso tal derivación.*” (...) «*La Constitución salvadoreña del 15 de diciembre de 1983 y sus reformas alienta y promueve una integración global, establece la posibilidad de crear mediante tratados ‘organismos con funciones supranacionales’ (artículo 89) abriendo así las puertas a la reconstrucción de la República de Centro América ‘en forma unitaria, federal o confederada’, bajo el respeto de los principios democráticos y los derechos fundamentales, sujetando el proyecto y bases de la unión a consulta popular. En las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, del 22 de setiembre de 1983 (pág 64 sgts), se evidencia de manera clara los aportes del Diputado González Camacho, hablando del carácter supranacional del Comité Ejecutivo y del Consejo, y también se refirió al Proyecto del Tratado de la Comunidad Económica y Social Centroamericana indicando que éste ‘... sigue muy de cerca la política y los lineamientos del Tratado de la Comunidad Económica Europea...’. Por ello sugirió en su intervención la incorporación de la frase relativa a la creación de organismos con funciones supranacionales, para hacer funcionar verdaderamente el proceso de integración Centroamericana.*” (...) «*La Carta Magna de Guatemala, del 31 de mayo de 1985 y sus reformas, reconoce expresamente la Comunidad Centroamericana en el artículo 150, estableciéndose el deber de adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica la unión política o económica de la antigua Federación Centroamericana. Para tal fin, el Congreso debe aprobar, previamente a su ratificación, los Tratados que ‘atribuyan o transferían competencias a organismos, creados dentro de un ordenamiento jurídico-comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes’ (art. 171, I, 2).*” (...) *En los otros países hay disposiciones más o menos explícitas, o bien implícitas, a favor de la integración, sin hacer referencia expresa a la atribución de competencias supranacionales. La Constitución de Nicaragua, del 19 de noviembre de 1986 y sus reformas al establecer en el Título I los principios fundamentales ‘privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana’, disponiendo además que el pueblo de Nicaragua es ‘parte integrante de la nación centroamericana’ (art. 5 in fine y 8). En el reconocimiento y defensa de la unidad centroamericana, apoya y promueve los esfuerzos encaminados a la integración política y económica y, además, “participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de organismos necesarios para tales fines (art. 9).*” (...) «*La Constitución Política de Honduras (Decreto n. 131, del 11 de enero de 1982) se refiere en su Preámbulo a ‘la fe puesta en la restauración de la unión centroamericana’. No contiene normas expresas sobre la creación de Órganos comunitarios. Sin embargo, al referirse a las relaciones económicas con otros países, reconoce el proceso de integración económica centroamericana y el respeto a los tratados y convenios que suscriba (art. 335), los cuales una vez aprobados por el Congreso y ratificados por el Ejecutivo entran a formar parte del derecho interno y prevalecen sobre la legislación interna (artículos 16 y 18).*” (...) “*En Panamá, la Constitución Política, del 11 de octubre de 1972 y sus reformas, hace referencia únicamente en su Preámbulo a la promoción de la integración regional como fin del Estado. Las disposiciones relativas a los Tratados internacionales no establecen nada específico sobre la creación de órganos supranacionales, y por ende existen verdaderas limitaciones constitucionales para que este país pueda avanzar en el proceso.*” (...) “*La Constitución Política de Belice, adoptada el 21 de setiembre de 1982, establece en su artículo 1, inciso 1, que Belice aspira a conformar un Estado soberano y democrático de América Central en la región del Caribe, con lo cual existe una proclamación expresa de su interés por formar parte de la Comunidad Centroamericana. Posteriormente, en el inciso 2, incorpora el principio de supremacía constitucional.*” (...) “*En la Constitución adoptada el 26 de enero del 2010, República Dominicana ingresa al proceso de constitucionalización del Derecho Internacional y, en tal reforma, incorpora normas relativas al proceso de integración. Si bien en su artículo 6 afirma el principio de supremacía constitucional, en el artículo 26 contiene una serie de disposiciones a favor de los procesos de integración regional, al respecto, es importante citar los incisos 4, 5 y 6 de dicha norma constitucional.*”

Dentro da Comunidade Andina de Nações, a situação não é diferente. Muito embora a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina reconheça a existência de um Direito Comunitário em seus Acórdãos proferidos nos pedidos de Interpretação Prejudicial,²⁶ constata-se que o número de pronunciamentos do Tribunal Andino, nos últimos anos, não foi muito grande, conforme mostra o Gráfico 1.²⁷

Gráfico 1 – Número de pronunciamentos do Tribunal Andino nos últimos anos



A existência, no ano de 2012, de um total de 176 Ações de Interpretação Prejudicial, bem demonstra a ineficácia do sistema do Direito Comunitário dentro da Comunidade Andina de Nações, posto que, no período de 1985 até 2012, foram julgados somente um total de 2.179 casos de Interpretação Prejudicial, o que, por si só, já comprova a tese desenvolvida

²⁶ Disponível em: http://server.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=34. Acesso em: 5 mar. 2014.

²⁷ Disponível em: http://server.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24. Acesso em: 5 mar. 2014.

no presente artigo.²⁸ De um lado, nos ordenamentos constitucionais dos Estados-partes da Comunidade Andina de Nações, contrariamente dos Estados que integram o Sistema Centro-Americano de Integração, inexistem dispositivos expressos, de forma a admitir a existência do Direito Comunitário; por outro, os respectivos ordenamentos constitucionais adotam a primazia das normas constitucionais.

Assim, muito embora reconheça-se a existência de um “Direito Comunitário derivado” nos respectivos processos de integração, a sua eficácia é totalmente questionável, e, diferentemente do verdadeiro “Direito Comunitário europeu”, no qual, em razão da sua própria

²⁸ Vale destacar os dispositivos constitucionais dos Estados-partes da CAN, a saber: Bolívia (adotada em 24.11.2007): Artículo 256. I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: (...)

2. Integración monetaria.

3. Integración económica estructural.

4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.

Constituição da Colômbia, adotada no ano de 1991:

Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Constituição do Equador, adotada no ano de 2008:

Art. 423. La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

Constituição do Peru, adotada no ano de 1993:

Artículo 55°. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 56°. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: (...)

2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste. (...)

4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.

6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

eficácia e autonomia, não é necessário o chamado controle de convencionalidade (em virtude da aplicação e observância de suas normas), nos casos da CAN e do Sica o cumprimento das normativas supranacionais depende de ações positivas dos respectivos Estados.

Por se tratar, conforme mencionado no presente artigo, de um *Direito Comunitário híbrido* ou imperfeito, uma vez que as Constituições dos Estados não contemplam dispositivos constitucionais de forma a contemplar a supranacionalidade (como nos casos dos Estados que integram a CAN), quer pela ausência da vontade política dos Estados e pela falta de verdadeiras instituições supranacionais (como nos casos de ambos os blocos econômicos), sempre haverá a supremacia da constituição ante os tratados.

Assim, como forma de se buscar compatibilizar as normas emanadas pelas instituições de ambos os blocos econômicos, dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados, de forma a garantir a efetividade no cumprimento das respectivas normas, torna-se necessário a retomada do processo de controle de convencionalidade adotado dentro do Direito Internacional Público, de forma a garantir o primado do chamado “Direito Comunitário” perante os ordenamentos jurídicos dos Estados.

O referido controle de convencionalidade, nas palavras de Valério Mazzuoli, tem por objetivo assegurar, no campo dos Direitos Humanos, a primazia da norma internacional diante dos ordenamentos jurídicos dos Estados e a sua compatibilidade, sob pena de ensejar a responsabilidade internacional do Estado.

Nos casos da Comunidade Andina de Nações e do Sistema Centro-Americano de Integração, a questão torna-se muito nebulosa e caminha-se por temas e conceitos controversos, pois, ainda que se admita a existência de um ordenamento jurídico comunitário dentro desses blocos econômicos, parece-nos que o seu direito derivado não é efetivo.

Assim, resta uma pergunta a ser respondida: Se os instrumentos construídos a partir do Direito Comunitário europeu comprovaram que não podem ser aplicados dentro da CAN e do Sica, como garantir a efetividade na aplicação do respectivo *Direito Comunitário híbrido*? Concretamente, tendo em vista as realidades constitucionais dos respectivos Estados, a ausência de instituições verdadeiramente supranacionais e o fato de os países adotarem o conceito clássico de soberania, a resposta não deve ser outra, a não ser a necessidade de as Cortes Constitucionais garantirem a aplicação das normas em seus ordenamentos jurídicos internos.

Ou seja: ainda que as Cortes supranacionais de ambos os blocos econômicos reconheçam a existência e a obrigatoriedade do Direito Comunitário, o seu cumprimento dependerá da vontade política dos respectivos Estados.

Levando-se em consideração que, mesmo dentro dos blocos econômicos supranacionais, ora analisados, os objetivos integracionistas são voltados para atender aos interesses da pessoa humana e, conseqüentemente, os direitos fundamentais de seus jurisdicionados, e dentro do modelo jurídico construído pelos Estados, tanto na CAN quanto no Sica, é necessário render-se à realidade quanto à existência de um *modelo supranacional híbrido* e reconhecer que, dentro do sistema proposto, diferentemente da União Europeia, para garantir a efetividade na aplicação das normas dos blocos torna-se necessário admitir o controle de convencionalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incontestável é a realidade inexorável da formação dos blocos econômicos e a necessidade de os Estados adotarem políticas voltadas à concretização dos objetivos comuns estabelecidos dentro dos tratados institucionais. Para tanto, cria-se um direito derivado com a adoção de normas comuns, com vistas à concretização das políticas a serem efetivadas dentro da integração.

Nas políticas integracionistas torna-se mais comum a adoção das questões voltadas ao principal sujeito da integração, que é a pessoa humana. A grande dificuldade, todavia, encontrada em qualquer processo de integração, diz respeito ao cumprimento de tais normativas (representadas pelo direito derivado).

No caso da União Europeia, criou-se um direito peculiar a partir do Direito Internacional Público, que é, ao mesmo tempo, independente e autônomo ante o direito interno e diante do direito internacional, de forma a garantir a maior eficácia no cumprimento das decisões, o chamado Direito Comunitário ou Direito da União Europeia.

O grande sucesso do Direito supranacional da União Europeia reside no próprio histórico da construção daquele bloco econômico, assim como na existência de umas verdadeiras instituições supranacionais e na abertura constitucional, existente nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, que admitem a transferência de soberania às instituições supranacionais.

Esta, entretanto, não é a realidade encontrada dentro da Comunidade Andina de Nações e no Sistema Centro-Americano de Integração, pois, a despeito de ambos os blocos econômicos aplicarem o Direito Comunitário, como visto anteriormente, a efetividade no cumprimento do chamado direito derivado é duvidosa.

Por isso, procurou-se denominar o ordenamento jurídico adotado em ambos os blocos econômicos como um *Direito Comunitário híbrido*, tendo em vista as grandes diferenças entre a realidade existente na União Europeia ante a CAN e o Sica. No caso dos dois últimos blocos econômicos, em que a efetividade no cumprimento das normativas é duvidosa, torna-se importante utilizar-se da teoria do Direito Internacional Público, com o intuito de garantir a aplicação do direito derivado.

Assim, defende-se a ideia e a necessidade da utilização do conhecido controle de convencionalidade dentro dos respectivos processos de integração, como forma de garantir o constante diálogo entre a Corte Centro-Americana de Justiça e o Tribunal de Justiça Andino com as jurisdições nacionais dos Estados que integram os blocos econômicos, cabendo ao juiz nacional, de forma efetiva, aplicar o direito *comunitário* derivado.

5 REFERÊNCIAS

ARROYAVE-QUINTERO, M. A. Ineficacia crónica del derecho andino: uno de los factores importantes para el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). *Papel Político*, [on-line], 13, enero/jun. 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77716563009>. Acesso em: 4 marzo 2014.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano: considerações conceituais e epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (org.). *Crítica jurídica na América Latina*. Aguas Calientes; Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát; Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. V. 2.

- FONTOURA, Jorge. Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária. Informativo Mercosul, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Seção Brasileira*, v. 1, n. 3, p. 43, dez. 1996/jan. 1997.
- FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul no cenário internacional*. Direito e sociedade. Curitiba: Juruá, 1998. p. 293.
- GOMES, E. B. *Democracia e direitos fundamentais na União Européia: a questão do multiculturalismo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- GRANDE, C. E. S.; CHACÓN, E. N. U. *Manual de Derecho Comunitário Centroamericano*. 2. ed. El Salvador: El Dorado de Talleres Impresiones, 2013.
- HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- LLORENTE, F. R.; PÉREZ, M. D. *Constituciones de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997.
- TEIXEIRA, Antonio Fernando Dias. *A natureza jurídica das Comunidades Européias*. Coimbra: Almedina, 1993.
- WINTER, L. A. C.; WASCHOWSKI, M. Estado: construção de uma identidade. CONPEDI DE MANAUS. *Anais* [...]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter.pdf. Acesso em: 5 mar. 2014.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.112-121>

Pele Negra/Vermelha, Máscaras Brancas: Contribuições à Descolonização das Teorias do Reconhecimento¹

Marcos de Jesus Oliveira

Doutor em Sociologia. Docente do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-Iela) da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (Unila). <http://lattes.cnpq.br/2883020573246390>.
<https://orcid.org/0000-0002-0478-3941>. oliveiramark@yahoo.com.br

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar alguns dos limites das teorias do reconhecimento quando pensadas desde a perspectiva pós-colonial e em contextos não europeus. No percalço deste objetivo, dividiu-se o texto em quatro partes, iniciando-o com uma breve exposição da problemática para, em seguida, discutir a proposta de Frantz Fanon como uma das mais paradigmáticas e influentes nos estudos pós-coloniais. Feito isso, passa-se à contribuição de Glean Sean Coulthard, com o intuito de aprofundar alguns dos problemas das correntes hegemônicas sobre o reconhecimento. Ao final, discute-se os desafios colocados pelas teorias pós-coloniais às teorias do reconhecimento na superação do “déficit colonial” das tendências hegemônicas.

Palavras-chave: Reconhecimento. Colonialidade. Fanon. Coulthard.

BLACK/RED SKIN, WHITE MASKS: CONTRIBUTIONS TO THE DECOLONIZATION OF RECOGNITION THEORIES

ABSTRACT

The aim of this essay is to present some of the limits of the theories of recognition when thought from a postcolonial perspective and in non-European contexts. Following this objective, the text was divided into four parts: we begin with a brief exposition of the hegemonic visions on recognition and then discuss Frantz Fanon's proposal as an important one in contemporary postcolonial debates. Next, Glean Sean Coulthard's contribution is presented in order to highlight some of the problems of hegemonic conceptions on recognition. Finally, we discuss the challenges posed by postcolonial theories to the theories of recognition in overcoming the so-called “colonial deficit” of hegemonic tendency.

Keywords: Recognition. Coloniality. Fanon. Coulthard.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Os condenados da terra e os limites das teorias do reconhecimento segundo Frantz Fanon. 3 As (des)continuidades do colonialismo no marco do Estado liberal segundo Glean Sean Coulthard. 4 O “déficit colonial” e a descolonização das teorias do reconhecimento. 5 Referências.

Recebido em: 9/10/2017

Aceito em: 29/5/2020

¹ A primeira versão deste ensaio foi lida no painel “Epistemologias do Sul: Rumo à descolonização das estruturas de saber/poder nas Relações Internacionais” do 4º Seminário de Relações Internacionais (Abri), realizado nos dias 27 e 28 de setembro de 2018 na Universidade Federal da Integração Latino-Americana.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeras correntes e tradições teóricas têm criticado a concepção de sujeito cartesiano elaborado pela chamada modernidade filosófica ocidental. Em “Fenomenologia do Espírito”, Friedrich Hegel (2014), na aurora do século 19, insurgia com um trabalho de fissura na concepção cartesiana de sujeito já evidente nos chamados “anos de Jena”, ensejando um horizonte crítico em relação ao monismo subjetivo de Descartes, embora, é bom lembrar, ainda compartilhasse com ele certas premissas, posto que ambos faziam parte de um projeto histórico-filosófico semelhante. Nos últimos 50 anos, cresceram as discussões sobre o conflito social a partir do paradigma intersubjetivo aberto por Hegel, sobretudo com o conceito de reconhecimento de seus primeiros escritos filosóficos ou, ainda, com a dialética do senhor/escravo de anos mais tarde.

Charles Taylor, Axel Honneth, Nancy Fraser, Will Kymlicka, Michael Sandel, Rainer Foster e Judith Butler,² não obstante as diferenças e divergências, representam alguns dos esforços teóricos contemporâneos de reconstrução do paradigma do reconhecimento. Seus trabalhos têm realizado, de distintas formas, e, por vezes, em confronto aberto, críticas aos limites e às possibilidades do reconhecimento como categoria analítica, revelando a produtividade de tal paradigma. A despeito desse esforço, parecem ainda falar desde um ponto de vista eurocentrado, ainda que alguns deles tenham se envolvido na discussão dos direitos e reivindicações de indígenas e/ou de sujeitos em situação diaspórica. Aqui pretende-se operar um “giro na geografia da razão” (GORDON, 2006), trazendo as críticas aos limites do paradigma do reconhecimento ou, mesmo, de sua impossibilidade em contextos não europeus ou em contextos (pós)coloniais, sobretudo pelas contribuições de Frantz Fanon e Glean Sean Coulthard.

Situando-se, portanto, no interior dos debates sobre as teorias do reconhecimento, o presente ensaio pretende identificar alguns dos limites dessas teorias quando pensadas desde a perspectiva (pós)colonial e em contextos não europeus, onde têm sido hegemonicamente elaboradas, assumindo a premissa dusseliana, segundo a qual o “ego conquiro” antecede ao “ego cogito” cartesiano como condição de possibilidade da modernidade ocidental e, portanto, das teorias do reconhecimento. No percalço deste objetivo, dividiu-se o texto em quatro partes. Ademais desta sucinta introdução, o trabalho segue com uma breve exposição da problemática com ênfase na tese de que, a despeito do esforço de inúmeros/as pensadores/as contemporâneos/as na redefinição do paradigma do reconhecimento, estes/as veem a colonização como um “mero” acontecimento histórico sem implicações teórico-metodológicas.

Em seguida, discute-se a proposta de Frantz Fanon como uma das mais paradigmáticas e influentes nos estudos (pós)coloniais, destacando sua contribuição acerca da existência de uma esfera sub-ontológica à qual sujeitos racializados estão circunscritos e que bloqueia o movimento de reconhecimento de suas subjetividades. Feito isso, passa-se aos aportes teóricos de Glean Sean Coulthard, com o intuito de evidenciar que a ausência de um debate sobre o colonialismo contribui para sua continuidade nas práticas estatais contemporâneas de reconhecimento de grupos historicamente marginalizados e/ou excluídos. Ao final, enfatizam-se

² Para não sobrecarregar o texto, cito aqui apenas alguns trabalhos mais representativos: Charles Taylor (1994), Axel Honneth (2009), Nancy Fraser (2001), Will Kymlicka (1989), Michael Sandel (2011), Rainer Foster (2010) e Judith Butler (2015).

os desafios colocados pelas teorias (pós)coloniais às teorias do reconhecimento na superação do que qualifico como “déficit colonial” das tendências hegemônicas. Conforme se argumentará, o déficit está em não teorizar a colonialidade como a face necessária da modernidade, a relação entre modernidade e extermínio/terror.

2 OS CONDENADOS DA TERRA E OS LIMITES DAS TEORIAS DO RECONHECIMENTO SEGUNDO FRANTZ FANON

Em “1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)”, Enrique Dussel (1993) elabora a tese segundo a qual o cogito cartesiano só se tornou possível em razão da conquista da América. Sem o acúmulo material permitido pelos primeiros séculos de exploração do continente latino-americano e do Caribe, Descartes não poderia ter publicado, na Holanda, seu *Discurso do método* em 1637. O *conquistado* é, portanto, condição de possibilidade do *cogito*. Esse aspecto do pensamento de Dussel interessa porque põe em cena uma dimensão não teorizada pelos saberes europeus, ou melhor, eurocêntricos: a colonialidade. Embora o conceito seja comumente atribuído a Aníbal Quijano (2014), parte de sua elaboração está atrelada a uma série de debates construídos por décadas no continente. W. E. B. Du Bois, Aimé Césaire, Angela Davis, Abdias Nascimento, Lélia Gonzalez,³ apenas para citar alguns, revelaram, de distintos modos e com diferentes ênfases, certa indissociabilidade entre modernidade e extermínio, ou, em outras palavras, entre modernidade e colonialidade.

Não se pretende imprimir aos autores citados o título de “pais-fundadores” da ideia de colonialidade *avant la lettre*, instituindo um cânone. A própria ideia de “origem” e de “fundação” deve ser questionada (cf. DERRIDA, 2008) se quisermos construir genealogias informadas por uma problematização geopolítica e corpo-política do conhecimento. O gesto almeja, antes de mais nada, colocar em cena que os conceitos não são meras elaborações solitárias de determinados sujeitos, exceto na ficção cartesiana do ego cogito ou na kantiana do gênio do romantismo alemão, mas integram uma teia de debates, de disputas e de práticas de saber/poder cuja referência é necessária para elucidar a inteligibilidade pela qual seu sentido é possível. Para dizê-lo de outro modo, a escolha dos autores e autoras aqui apresentadas é resultado de uma trajetória pessoal de leitura cujos sentido e significado são indissociáveis de uma relação com uma comunidade mais ampla de debate, de uma geopolítica do conhecimento e, portanto, das condições materiais e simbólicas de quem fala desde a periferia do mundo globalizado e racializado.

Posto isto, a colonialidade, entendida como subjugação do outro, seria uma dimensão coconstitutiva da história europeia embora seja repudiada por sua retórica. Descartes jamais reconheceu a conquista – leia-se também violência, extermínio e exploração dos povos ameríndios, africanos e asiáticos – como condição de seu fazer filosófico. A elaboração de uma reflexão geolocalizada, de uma perspectiva desde o Sul global, pretende trazer à tona os elementos repudiados para que disso seja possível entrever o mundo desde outros lugares, desde outras geografias da razão, memórias e corporalidades. Quando Dussel (1996) recupera a noção de totalidade de Emmanuel Lévinas no contexto de sua filosofia da libertação, o faz

³ Para não sobrecarregar o texto, cito aqui apenas alguns trabalhos mais representativos: W. E. B. Du Bois (1999), Aimé Césaire (1978), Angela Davis (2016), Abdias Nascimento (2016) e Lélia Gonzalez (1988).

com o intuito de apontar os limites do pensamento europeu. Os povos latino-americanos, assim como os asiáticos e africanos, habitam esse espaço para além da totalidade e da completude europeia. A analética – não prevista pela dialética hegeliana – é o momento pelo qual se pode interpretar a realidade dos povos do Sul, sobretudo porque parte da experiência cotidiana do/a oprimido/a e de sua dominação desde o processo de conquista.

O processo de colonização e a raça como categoria fundamental da modernidade (cf. QUIJANO, 2014), apontados anteriormente, estão ausentes dos debates sobre reconhecimento. Nem mesmo Hegel, cuja dialética do senhor/escravo parece ter sido retirada do impacto da Revolução Haitiana no início do século 19 (cf. BUCK-MORSS, 2013), preocupou-se em teorizar a questão, transformando-a em categoria abstrata desde a qual compreende o processo de constituição da subjetividade e sem referência à concretude da revolta dos “jacobinos negros” (JAMES, 2010). A produção teórica de Frantz Fanon não passou incólume à problemática da colonização; seu saber/fazer teórico constrói-se por uma corpo-política, em que a memória corporal assume centralidade: “Ô meu corpo, faça sempre de mim um homem que questiona!” (FANON, 2008, p. 191).

Sem dúvida, uma das maiores contribuições de Fanon está em tratar a colonização como uma categoria de análise explicativa com implicações teórico-metodológicas importantes e singulares, e não como um “mero” acontecimento histórico datado e acabado. Dentre as consequências está, certamente, a necessidade de autorreflexividade do pesquisador e da pesquisadora para que o mecanismo colonizador não colonize a teoria pela qual se pretende explicar a colonização (cf. GORDON, 2008). A descrição da sociogênese pela qual homens e mulheres se constituem como sujeitos de uma dada realidade histórico-social, é uma das estratégias para contornar os meandros que condicionam o horizonte das experiências do colonizado e suas chances de libertação.

Segundo Fanon (1968), o mundo colonial é dividido em dois, duas zonas: a do colonizado e a do colonizador. As fronteiras estão guardadas pelas forças policiais cuja principal estratégia para preservar sua integridade simbólica e material é a violência física direta e frontal. São dois mundos tão irreduzivelmente diferentes que seu maniqueísmo funda uma ontologia irreconciliável, uma diferença incomensurável com a qual se pretende garantir a submissão de um em relação ao outro. Esses universos simbólicos e materiais paralelos coexistem da necessidade de dominação e exploração, mas não se misturam ou se tocam, não permitem um movimento de síntese, no sentido dialético do termo. A mistura é algo socialmente condenado e condenável. Os sujeitos que habitam essas zonas estão fadados a ficar nelas; o trânsito não é autorizado, uma vez que impossível por conta da irreduzibilidade de sua própria configuração.

Dialogando com a dialética cuja discussão estava em voga nas décadas de 50 e 60 na América Latina e Caribe e também na França, Fanon se esforçará por mostrar os limites desta dialética quando pensada desde contextos coloniais. No mundo colonial maniqueísta não há dialética, pois o negro escravizado está destituído de toda sua humanidade, o que impede movimento e transformação:

A crítica de Fanon à circularidade ontológica da dialética hegeliana do senhor/escravo – sua presumida reciprocidade, simetria e reversibilidade – prepara o cenário não para rejeitar a dialética, mas sim para a descolonização total e a reconstrução da abordagem de Hegel desde o início. Ou mais precisamente, desde abaixo do fundamento: diagnosticar a

existência de um domínio sub-ontológico ao qual os racializados são condenados aponta para a necessidade de luta pré-dialética, para uma violência contra-ontológica que cria a base para a oposição verdadeiramente dialética (CICCARIELLO-MAHER, 2017, p. 70).

Hegel (2010), em “Filosofia da história”, recusa-se a tratar do continente africano em sua discussão sobre a história-mundo, preferindo centrar-se no apogeu onde esta história supostamente se desenvolve – a Europa –, ou, mais especificamente, a Alemanha, pois, para ele, os africanos ainda não saíram do estágio da natureza. O filósofo está, ainda que não reconheça, relegando os africanos à zona dos colonizados, à zona daqueles destituídos de humanidade, a uma subontologia. Na dialética da manifestação do espírito absoluto, o continente africano não tem nada a agregar porque é ontologicamente inferior, restando a ele apenas uma assimilação forçada ou uma submissão inquestionável. Fanon aponta, pois, os limites da dialética no reconhecimento de sujeitos racializados, posto que, décadas depois de Hegel escrever sua obra mais famosa – “Fenomenologia do espírito” (1807) –, acontecerá o Congresso de Berlin (1878), em que as potências europeias partilham a África entre si, atestando o sentido instrumental dos povos do continente. De acordo com Fanon (1968),

A zona habitada pelos colonizados não é complementar da zona habitada pelos colonos. Estas duas zonas se opõem, mas não em função de uma unidade superior. Regidas por uma lógica puramente aristotélica, obedecem ao princípio da exclusão recíproca: não há conciliação possível, um dos termos é demais (p. 28).

Na visão de Fanon, tal como apresentada por George Ciccariello-Maher (2017), a dialética hegeliana pressupõe reciprocidade, circularidade e simetria, além de estar ancorada em uma concepção teleológica, progressiva e determinista de mundo. A dialética hegeliana encena a força de uma contingência histórica que quer se tornar necessária ou, para dizê-lo de outro modo, trata-se da necessidade europeia em se posicionar não apenas como potência econômica e militar, mas também epistêmica, em construir uma ordem simbólica que afirme e confirme sua superioridade. A dialética hegeliana é a dialética do ponto de vista do senhor que se crê soberano e independente de uma referência ao outro, ou melhor:

O nome dado à dialética do senhor/escravo de Hegel é enganador, já que não começa nem com mestres nem com escravos. Em vez disso, prevê uma autoconsciência simples em busca de uma autoconsciência mais verdadeira, autonomia e auto-suficiência (*Selbstständigkeit*). O caminho para a autoconsciência passa inevitavelmente pelo outro, que, como tal, parece ser magneticamente: uma ameaça a ser superada, mas não evitada (CICCARIELLO-MAHER, 2017, p. 54).

Provincializar (cf. CHAKRABARTY, 2000) o paradigma do reconhecimento significa evidenciar que a dialética é corpo-localizada e geossituada, uma dialética cuja pretensão de universalidade deixa revelar, inadvertidamente, sua “vontade de poder” e seu querer teleológico por produzir certos efeitos sobre a realidade. Ao ser obstruída em contextos coloniais, a dialética torna-se uma retórica europeia cuja finalidade é criar uma ilusão de movimento, posto que os sujeitos escravizados e, portanto, racializados, não são considerados propriamente humanos, relegados à zona do mundo colonial destinada a sujeitos destituídos de humanidade. A violência como forma de libertação parte da ideia de que a entrada do colonizado na dialética do reconhecimento se faz por uma ruptura. Algo assim levou Fanon a criticar os movimentos nacionalistas africanos que não traziam em seu bojo a radicalização do huma-

nismo. Os movimentos de libertação nacional na África corriam o risco de reproduzir os erros que criticavam, caso não conseguissem operar uma ruptura da ordem que limita a entrada do negro na dialética do reconhecimento.

3 AS (DES)CONTINUIDADES DO COLONIALISMO NO MARCO DO ESTADO LIBERAL SEGUNDO GLEAN SEAN COULTHARD

De imediato, o título *Pele vermelha, máscaras brancas*, de Glean Sean Coulthard (2014), sugere uma alusão ao famoso *Pele negra, máscaras brancas* de Fanon, com o qual dialogará intensamente; seu subtítulo, *rejeitando a política colonial do reconhecimento*, uma crítica veemente a um modelo de política do reconhecimento existente cuja promessa de consideração e de respeito é o mecanismo pelo qual o Estado liberal contemporâneo coopta as demandas e reivindicações dos povos e comunidades indígenas do Canadá, acomodando-as a seu ímpeto colonialista. A imagem oferecida é, portanto, bem distante daquela consagrada pela visão idílica oferecida pelas teorias tradicionais do reconhecimento, situando alguns dos limites das correntes hegemônicas, sobretudo no marco do Estado moderno/colonial e seus desdobramentos contemporâneos.

No interior deste debate, *Pele vermelha, máscaras brancas* é um ponto de inflexão interessante, sobretudo porque sai da polarização entre “liberais” versus “comunitaristas”, quando o debate sobre o reconhecimento se vê, muitas vezes, limitado, e cujos contornos impedem entrever o caráter colonial das formações estatais contemporâneas. Além da influência fanoniana, suas contribuições alinham-se, em alguma medida, aos trabalhos de Taiaiake Alfred, cujo pensamento combativo é uma forma de insurgência contra os legados coloniais contemporâneos de violência a indígenas.⁴ O livro de Coulthard está dividido em cinco capítulos, ademais da introdução e da conclusão. No final, apresenta, de modo resumido, cinco teses sobre o ativismo indígena do futuro, e é por elas que se pretende aqui demonstrar os aportes teóricos à rediscussão das teorias do reconhecimento. A conclusão é aberta da seguinte forma:

Ao escrever este livro, propus-me a problematizar a suposição cada vez mais comum de que a relação colonial entre povos indígenas e o Estado canadense pode ser reconciliada através da “política de reconhecimento” liberal. Caracterizei a “política de reconhecimento” como uma abordagem baseada no reconhecimento para conciliar as afirmações dos povos indígenas com a soberania do Estado colonial por meio da acomodação de reivindicações relacionadas à identidade indígena através da negociação de assentamentos em detrimento de questões como terra, desenvolvimento econômico e autogoverno. Argumentei que essa orientação para a reconciliação da nacionalidade indígena com a soberania do Estado ainda é *colonial* na medida em que permanece estruturalmente comprometida com a desapropriação de povos indígenas de nossas terras e autoridade autodeterminada (COULTHARD, 2014, p. 151, grifos do autor).

⁴ Confira, por exemplo, TAIAlAKE, 2005, 2009, ou TAIAlAKE; REGAN, 2011.

Mais adiante, Coulthard explica que as formas de violência assumidas pelas formações sociais modernas contemporâneas não são necessariamente marcadas pelo uso da força ou pela coerção, mas por formas mais sutis de extermínio físico e simbólico do outro. Nem por isso essas formas são menos ruins e menos nefastas em suas consequências:

E, finalmente, argumentei que as formas de poder colonial associadas à acumulação primitiva não precisam ser entendidas como estritamente coercitivas, repressivas ou de natureza explicitamente violenta; em vez disso, as práticas de expropriação central à manutenção do colonialismo dos colonos em contextos democráticos liberais, como o Canadá, dependem muito do caráter de produção do poder colonial como acontece com a autoridade coercitiva do Estado colonizador (COULTHARD, 2014, p. 152).

A primeira tese “Sobre a necessidade de uma ação direta” fala da necessidade de práticas mais incisivas de luta por libertação baseada na premissa de que, conforme Coulthard mesmo afirma, citando Fanon, o mestre não quer o reconhecimento por parte do escravo, mas trabalho. Tal compreensão ancora-se na ideia de que a política liberal de reconhecimento é cúmplice de práticas de expropriação das terras indígenas e da negação de suas existências singulares. O reconhecimento estatal liberal não implica mudanças ou transformações em sua estrutura, mas uma acomodação das demandas e reivindicações indígenas àquela estrutura colonial. Para dizê-lo de outro modo, o Estado liberal contemporâneo caracteriza-se por um conjunto de mecanismos pelos quais o genocídio físico e cultural daquele que, desde a formação da modernidade, é considerado seu outro, se manifesta.

Há, conforme Coulthard, três núcleos argumentativos contra as formas de insurgência indígena mais incisivas e mais assertivas com o intuito de bloqueá-las ou impedi-las. O primeiro ressalta que, para garantir e assegurar os direitos das comunidades indígenas, a negociação e o diálogo não violento são sempre os melhores caminhos. O segundo núcleo argumenta que o uso de força é uma forma de alienação indígena, contribuindo para aumentar a hostilidade de grupos que, a princípio, poderiam trabalhar pela sua causa. Finalmente, o último núcleo descreveria a luta indígena de pendor mais contundente, na esteira de uma perspectiva nietzschiana, como essencialmente reativa. Para estes, o ressentimento e a raiva são apenas manifestações da incapacidade dos fracos de agir e de transformar sua própria realidade, de ser propositivo. Para Coulthard, o essencial seria canalizar tais sentimentos, uma vez que também são portadores de moralidade, motores essenciais à luta por justiça e por autonomia indígenas.

“Capitalismo, não mais” representa uma incisiva e incontornável crítica ao modo de produção capitalista. Algo assim é importante de relatar, uma vez que os estudos (pós)coloniais são, amiúde, acusados de não levar o capitalismo a sério. Em suas melhores expressões, a pós-colonialidade nunca renunciou a uma discussão crítica em relação à exploração capitalista; propôs-se apenas a pensá-la desde um marco teórico mais amplo ou desde sua relação com fenômenos diversos sem reduzi-la a manifestações epifenomênicas. Para Coulthard, a “acumulação primitiva” de Marx não é apenas um mero estágio inicial do capitalismo, mas algo que se reatualiza constantemente nos diferentes momentos de sua trajetória de acumulação. Nesse sentido, a saída é a construção de economias alternativas à produção capitalista, bem como o fortalecimento de mecanismos contra a exploração das pessoas. Coulthard tem,

em seu horizonte, os inúmeros desafios implicados nessa sua escolha. A demissão de formas capitalistas não é um mero ato da vontade, envolvendo a construção de relações de solidariedades e de redes de trocas em âmbitos nacional e transnacional.

Ao descrever o processo histórico pelo qual os indígenas têm suas terras usurpadas pelos colonizadores, a tese exposta em “Expropriação e soberania indígena na cidade” (COULTHARD, 2014) reitera alguns dos elementos aludidos na defesa de formas de insurgência indígena. Tal processo não se finda com a independência ou com a construção do Estado-nação cujo *locus* de controle político passa a ser interno. Conforme colocado anteriormente, a contribuição de Coulthard está em mostrar como o processo de expropriação indígena continua e como as políticas do reconhecimento no marco do Estado liberal tende a impedir a construção de uma autonomia indígena. Atualmente, inúmeros indígenas vivem na cidade; no entanto, o discurso supremacista branco operou uma assimilação por meio de processos de higienização social e cultural. Isso contribuiu para ofuscar as relações entre “colonizadores” e “colonizados”, destituindo a luta de seu ímpeto por uma transformação mais radical.

“Justiça de gênero e descolonização” (COULTHARD, 2014) coloca, no cerne da discussão, a necessidade de avaliar a violência simbólica e misógina do colonizador e das sociedades ocidentais de modo mais amplo. Esse processo histórico, no qual as mulheres indígenas têm sido vítimas, acentua o fosso de assimetrias que marca a vida e a existência indígenas. Para Coulthard, as mulheres indígenas sofrem com inúmeras privações sociais e econômicas; algumas delas bastante elementares, como a falta de acesso à água potável. A necessidade de uma revolução cultural como resistência às diferentes formas de violência e desigualdades de gênero é parte da estratégia de luta, na medida em que o simbólico que ordena as relações sociais de gênero tende a privilegiar os homens brancos canadenses.

Fechando sua linha argumentativa com “Para além do Estado-nação” (COULTHARD, 2014), o Estado moderno é tomado como uma forma política, uma condição necessária ao processo de acumulação capitalista. A forma estatal contemporânea reafirma a ordem da desigualdade, uma vez que o Estado não representa apenas aquele que detém o monopólio da violência física legítima, mas também simbólica, posto que inseparáveis. Violência física e simbólica misturam-se e fazem parte dos processos de exclusão de determinados grupos, populações ou indivíduos, pois seu funcionamento ancora-se em uma administração da diferença e da identidade em perspectiva de conciliação. A superação da dominação branco colonial-burguesa implica a política como “prática decolonial, emancipadora de gênero, e lei e autoridade soberana sobre estruturas econômicas alternativas de não exploração fundamentada na reformulação crítica das melhores tradições legais e políticas indígenas” (COULTHARD, 2014, p. 179).

4 O “DÉFICIT COLONIAL” E A DESCOLONIZAÇÃO DAS TEORIAS DO RECONHECIMENTO

Situar o Estado moderno no horizonte histórico do processo de colonização e do racismo impõe inúmeros desafios à discussão sobre o reconhecimento de sujeitos racializados. Seria o Estado moderno/colonial capaz de garantir o reconhecimento das identidades indígenas quando este foi historicamente instituído para manter as fronteiras muito bem delimitadas entre zonas do colonizado e do colonizador? O agente histórico da civilização branca cristã

ocidental seria capaz de ouvir outras gramáticas da justiça e da dignidade humana? Pode o subalterno falar diante de um tribunal do reconhecimento forjado pelo *conquiro/cogito*? Estas são problemáticas às quais quem trabalha com a perspectiva (pós)colonial não podem se furtar, posto que, historicamente, o Estado é perpetrador do extermínio daqueles que são considerados o outro da nação: indígenas e afrodescendentes, sobretudo.

As teorias de Fanon e Coulthard, mas não apenas deles, trazem inúmeros desafios para os debates contemporâneos sobre as teorias e políticas do reconhecimento, ultrapassando os limites a que tais discussões se viram circunscritas nas últimas décadas, sobretudo por conta da polarização em torno de “liberais” e “comunitaristas”. A entrada do subalterno na dialética do reconhecimento implica situar a sociedade branco-colonial-burguesa em suas inúmeras estratégias para assegurar seus privilégios históricos pelos quais a ordem da desigualdade e da violência se reproduz. O marco teórico-político pós-colonial situa as formações sociais modernas em sua intrínseca relação com o colonialismo e o imperialismo, tornando factível compreender o processo pelo qual as lutas por justiça e por igualdade acabam sendo acomodadas às estruturas de dominação.

Um conjunto de pensadores consagrados no âmbito da discussão sobre reconhecimento têm chamado a atenção para a necessidade de superação do “déficit sociológico” (cf. HONNETH, 1990, 2015) na compreensão das dinâmicas de conflito na atualidade, bem como das energias utópicas e emancipadoras do presente. A despeito disso, parecem não ter conseguido dar uma resposta totalmente adequada, pois o que está em jogo é justamente o que conta como “déficit”. Desde a perspectiva das teorias pós-coloniais aqui apontadas, o déficit está em não teorizar a colonialidade como a face necessária da modernidade, a relação entre modernidade e extermínio/terror. Fazê-lo significa qualificar o “déficit sociológico” como um “déficit colonial”, com o qual se pode abrir novos horizontes de interpretação acerca da temática do reconhecimento, seus limites e seus desafios.

Os pensadores aqui brevemente apresentados são, certamente, caminhos possíveis para a realização de tal empreitada. Todos eles apresentam, de distintos modos e com ênfases diversas, aportes teóricos essenciais para pensar a “linha de cor”, o problema central do século 20 na visão de W. E. B. Du Bois (1999). O desafio da linha de cor, ou melhor, da linha colonial, segue no século 21 com nuances próprias e matizes específicos, posto que, embora os processos de descolonização tenham se efetivado, a divisão maniqueísta e racializada do mundo continua como efeito mais duradouro e deletério na conformação de instituições e práticas sociais. Reconhecer esse legado implica considerar os meandros pelos quais a sociedade se organiza, favorecendo o debate acerca de suas continuidades e rupturas com o processo de colonização e de racialização com vistas à transformação futura de suas estruturas de dominação e de desumanização.

5 REFERÊNCIAS

- BUCK-MORSS, Susan. *Hegel, Haiti y la historia universal*. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Portugal: Livraria Sá da Costa Editora, 1978.
- CHAKRABARTY, Dipesh. *Provincializing Europe: postcolonial thought and historical difference*. USA: Princeton University Press, 2000.
- CICCARIELLO-MAHER, George. *Decolonizing dialectics*. Durham: Duke University Press, 2017.

- COULTHARD, Glen Sean. *Red skin, white masks: rejecting the colonial politics of recognition*. Minnesota: University of Minnesota Press, 2014.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DERRIDA, Jacques. *Da gramatologia*. São Paulo: Perspectivas, 2008.
- DU BOIS, W. E. B. *As almas da gente negra*. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.
- DUSSEL, Enrique. *The underside of modernity: Apel, Ricoeur, Rorty, Taylor, and the philosophy of liberation*. New York: Humanity Books, 1996.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1968.
- FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Edufba, 2008.
- FOSTER, Rainer. *Contextos da justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Edunb, 2001.
- GONZÁLEZ, Lélia. A categoria político-cultural da amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92-93, p. 69-82, jan./jun. 1988.
- GORDON, Lewis. *Disciplinary decadence: living thought in trying times*. London: Paradigms Publishers, 2006.
- GORDON, Lewis. *An introduction to Africana philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- HEGEL, Friedrich. *Filosofia da história*. Brasília: Edunb, 2010.
- HEGEL, Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- JAMES, C. L. R. *Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingo*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- KYMLICKA, Will. *Liberalism, community and culture*. New York: Oxford University Press, 1989.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Madrid: Ediciones Melusina, 2011.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectivas, 2016.
- QUIJANO, Anibal. "Colonialidade del poder, eurocentrismo y América Latina". In: *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2014.
- SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- TAIAIAKE, Alfred. *Wasase: indigenous pathways of action and freedom*. Toronto: University of Toronto Press, 2005.
- TAIAIAKE, Alfred. *Peace, power, righteousness: an indigenous manifesto*. New York: Oxford University Press, 2009.
- TAIAIAKE, Alfred; REGAN, Paulette. *Unsettling the settler within: indian residential schools, truth telling, and reconciliation in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2011.
- TAYLOR, Charles. "The politics of recognition". In: GUTMANN, Amy (org.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- TROUILLOT, Michel-Trouillot. *Silencing the past: power and the production of history*. Boston: Beacon Press, 1995.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.122-137>

Direito à Morte Digna¹

Reis Friede

Doutor em Direito Público (UFRJ). Mestre em Direito do Estado (UGF) e em Direito Público (UFRJ). Desembargador Federal. Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Membro Efetivo do Conselho da Justiça Federal (CJF). Professor titular e Membro do Conselho Consultivo do Mestrado Profissional Multidisciplinar em Desenvolvimento Local e do Programa de Mestrado em Direito da Unisuam. Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme). Professor Honoris Causa da Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (Ecomar). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Professor-adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e fundador do Mestrado em Direito da Unesa/RJ. Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) e Conselheiro do Conselho da Justiça Federal – CJF (Brasília/DF) – biênio 2019/2021. Possui 62 livros e 430 artigos publicados, além de 26 condecorações civis e militares. Desembargador Federal e ex-membro do Ministério Público. <http://lattes.cnpq.br/6180019303336522>. <http://orcid.org/0000-0001-9316-3690>. reisfriede@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de discussão “o direito à morte digna”. O texto busca refletir acerca de questões culturais da sociedade brasileira, herdadas do pensamento ocidental judaico-cristão, vistas como entrave ao avanço social e jurídico de temas considerados tabu,² como a morte, e mostra que o Direito à vida é um direito fundamental, mas não é um direito absoluto, posto que nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. Por fim, o artigo defende a ideia de que a vida pertence a cada um de nós, não ao Estado, não à sociedade e, como o Estado brasileiro é laico, não há como, logicamente, sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida. A conclusão é que, assim como ninguém pode ser condenado a morrer também não pode ser condenado a viver uma existência sem sentido.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito fundamental. Direito à existência digna. Direito de morrer.

THE RIGHT TO DIE WITH DIGNITY

ABSTRACT

The current article aims to analyze “the right to die with dignity”. It tries to reflect about the Brazilian society cultural issues inherited from the Western World Judeo-Christian Values, seen as an obstacle to the social and legal development of subjects which are considered taboo, like death. It shows that the right to life is a fundamental right, but it is not considered absolute, given that no right must be considered absolute. Finally, it defends the idea that life belongs to each one of us, not to the State, not to the society and, since the Brazilian State is secular, it is not possible, logically, to sustain the thesis that nobody has the right to dispose of its own life. Like no one can be condemned to die, the same goes for the opposite situation, and, still, it is not licit to nobody to condemn another human being to live a senseless existence.

Keywords: Euthanasia. Fundamental right. The right to a decent existence. The right to die.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Atavismos Teocráticos. 3 O direito à vida e à morte. 4 O direito à existência digna. 5 O direito à morte assistida. 6 Considerações finais. 7 Referências.

Recebido em: 14/12/2017

Aceito em: 2/6/2020

¹ Este artigo vincula-se ao projeto de pesquisa denominado “Direitos Humanos e Cidadania” em curso, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local (PPGDL) e ao curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta (Unisuam), desde fevereiro de 2014.

² O termo refere-se a um conceito cunhado por Sigmund Freud em sua obra *Totem e Tabu* (volume 11 das *Obras completas*). Neste trabalho, o pai da Psicanálise elabora uma reflexão a respeito dos tabus na regulamentação da sociedade. Tal obra é, a princípio, uma leitura endereçada aos antropólogos, em que Freud busca analisar a gênese dos totens – símbolos sagrados e respeitados – e dos tabus – proibições de origem incerta – que cercam e cerceiam as liberdades individuais e coletivas de uma determinada sociedade.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é produto de debates e reflexões realizadas no projeto de pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania”, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local (PPGDL), e ao curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta (Unisuam), desde 2014.

O tema “Direito à morte Digna” tem sido debatido em vários espaços de atuação deste pesquisador, principalmente em seminários do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” e em aulas da disciplina “Ciência Política e Teoria Geral do Estado”.

O tema é recorrente na sociedade brasileira, mas quase sempre escamoteado pelas esferas político-jurídicas, de modo que é fundamental debatê-lo no ambiente acadêmico para a formação de massa crítica com vistas à defesa de um direito humano essencial, que é o direito de morrer com dignidade. O que motivou a pesquisa e a escrita do artigo foi exatamente a necessidade de debater o assunto e oferecer um ponto de vista diferente daqueles que não permitem a evolução normativa em direção ao livre-arbítrio.

O objetivo primordial é mostrar que o pensamento ocidental judaico-cristão, arraigado na sociedade brasileira, é um dos principais entraves ao debate e à efetivação do direito de morrer com dignidade. O artigo também busca evidenciar que o direito à vida é um direito fundamental, mas não um direito absoluto, posto que nenhum direito o é. Ainda, que a vida pertence a cada um de nós e que o livre-arbítrio nos permite, sim, dispor da própria vida.

Para dinamizar a exposição do tema e debatê-lo de maneira organizada e com mais profundidade, optou-se por dividir o artigo em quatro partes: na primeira, discute-se a raiz teológica do problema, isto é, os atavismos teocráticos que não permitem, em vários espaços públicos, sequer debater assuntos considerados da “ordem do sagrado”, e a morte é um deles. Na segunda parte se estabelece relações entre o direito à vida e o direito à morte e as implicações entre o direito e a moral e suas correlações com as esferas pública e privada. Em seguida, aprofundam-se questões jurídicas atinentes ao direito à vida, como bem tutelado que é, para concluir que o homem não somente possui o direito à vida, mas também à dignidade relativamente a ela, sob pena de fazer suplantado o correlato direito à liberdade. Por fim, na última parte discute-se o direito à morte assistida e as consequências jurídicas dela decorrentes, tal como a previsão contida no Código Penal de 1940, cujo artigo 122 prevê a pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Mesmo assim, porém, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente manifestar-se previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade.

O fecho do artigo não significa obviamente o fim do debate, mas uma pausa, antes de encadear discussões de outros aspectos inerentes ao tema e que a pesquisa irá apontar.

2 ATAVISMOS TEOCRÁTICOS

Como afirma Rabelo (2006), a história, como tecido cultural, ocupa importante papel na compreensão da expressão do “ser-no-mundo” diante do fenômeno da morte. A autora vê o passado como testemunha do vivido que, recuperado pela historiografia, permite revelar nas

diferentes épocas o modo pelo qual esse evento (a morte) vem sendo interpretado no decorrer dos tempos. Tal visão histórica, ou diacrônica, contribui para o entendimento do morrer na sociedade urbana e tecnológica em que vivemos.

A humanidade vive, hoje, tempos em que os expressivos avanços da medicina e o desenvolvimento das ciências da vida, numa perspectiva ampla, transformaram as condições de vida e, por consequência, a forma como a sociedade avalia a questão do que seria uma morte digna.

Em suas reflexões, a teoria busca entender as razões do silenciamento e do pouco debate sobre a morte, afirmando que inexistem um espaço subjetivo que possibilite a expressão da ausência do outro. “Um ‘lugar’ em que a negação não se imponha majestosa e altiva, forjando ações que afastam o ser humano daquela que lhe é intrínseca, a morte” (RABELO, 2006, p. 6).

Tal pensamento reforça a teorização de Freud (1974), que afirma que o ser humano é dividido entre a pulsão de vida e a pulsão de morte: Eros e Tânatos. Se, por um lado, pulsa o desejo de viver em nós, por outro há uma busca, ainda que inconsciente, pelo fim das angústias, pela sensação inorgânica anterior ao nascimento.

Não parece elucidativo discutir o tema “direito de morrer com dignidade” sem tentar entender as suas implicações nas várias esferas subjetivas dos indivíduos, uma vez que a cultura ocidental judaico-cristã em que estamos inseridos, do modo como se apresenta hoje, regida pela aparência, pelo individualismo e, especialmente, sustentada pelo culto ao belo e ao novo e que “embala Narciso³ em berço esplendido”, recorrentemente (desde Aristóteles) procura negar o debate objetivo sobre o direito de morrer. É como se a morte (transformada em tabu) não fizesse parte da vida, não fosse intrínseca a ela. Na sociedade atual, a vida, em consonância com as ideias de Castro (2009), já não se organiza sobre bases éticas, mas estéticas. Priorizam-se a gratificação imediata, o presente e as aparências, e isso também afasta a ideia da morte.

No Brasil, o avanço do debate político-jurídico acerca de temáticas consideradas tabus, bem como a efetivação de direitos neste âmbito, é muito lento. O tema “direito à morte digna”, como muitos outros, esbarra na questão da sacralidade (componente formador do tabu), que, sob o manto da religiosidade, questiona o livre-arbítrio.

Não há como não reconhecer que a sociedade brasileira nunca deixou de se caracterizar, pelo menos em alguma medida, como uma metrópole de nítidas feições medievais, por viver permanentemente atrelada a um autêntico fundamentalismo religioso, particularmente de índole cristã, tão rigoroso e extremado (ainda que mais dissimulado em relação aos clássicos radicalismos religiosos, de feição mulçumano xiita ou de qualquer outra natureza) que simplesmente vem, reconhecida e sistematicamente, impedindo qualquer tipo de avanço social perceptível sobre temas importantes e de fácil “negociação” em outras localidades mais desenvolvidas.

³ Narciso é um personagem da mitologia grega que se apaixona pela sua própria imagem. Castro (2009) faz uma analogia entre essa figura arquetípica, incapaz de ver além de sua própria sombra refletida no espelho d’água, e o consumidor da atualidade. Afirma que, do ponto de vista psicanalítico, pode-se afirmar que a sociedade pós-industrial, fundada no consumo e na sedução, opera com base numa economia psíquica bastante diferente da sociedade industrial fundada na produção e na disciplina. O superego clássico, paterno, repressor, segundo a descrição de Freud, dá espaço a um superego arcaico, materno, permissivo, segundo a hipótese de Lacan.

Há, na verdade, uma grande dificuldade sobre qualquer debate sóbrio e desapaixonado sobre assuntos que, em países democráticos (democracias reconhecidamente qualificadas como de “conteúdo”),⁴ traduzem, sobremaneira, a genuína e almejada garantia de proteção aos direitos invioláveis relativos à dignidade humana, entre os quais o direito inalienável a uma morte digna.

Neste sentido, é forçoso verificar que, se, por um lado, o “cristianismo brasileiro” (ou qualquer outra crença verde e amarela) revela-se, por imperativo constitucional, um incontestado direito, no âmbito da ampla liberdade religiosa que rege o regime democrático nacional, não pode ser, por outro, uma verdadeira (e sutil) realidade impositiva (em forma, inclusive, de inaceitável desafio aos ditames legais vigentes), ao ponto extremado de simplesmente determinar como e quando devemos morrer.

Tal “cristianismo” irracionalmente pugna pela morte como uma espécie de espetáculo trágico, que envolve atores em graus diferenciados de purgação (mas em que todos sofrem), conduzindo, por fim, a ideia de “remissão dos pecados”. A dor e o sofrimento buscam, neste sentido, reproduzir, impositivamente para todos, o exemplo da redenção de Cristo. Essa conduta autoritária deve ser debatida e rejeitada, posto que todos devam ter de *per si* o direito inalienável de, na qualidade de indivíduos-cidadãos, confessarem outras crenças (inclusive a própria ausência de crenças), e, desta feita, o correspondente direito de escolher o momento e o tipo de morte que interpretar como mais digno e adequado em relação à breve e controlada existência no planeta.

⁴ O filósofo italiano Paolo Flores D’Arcais (*El país*, 2000), ainda que sem citar a expressão “*democracia de conteúdo*”, já alertava sobre a efetiva importância dos valores democráticos, assinalando que, “na verdadeira democracia, o consenso eleitoral, o princípio da maioria, é importante, mas não fundamental [...]”, para concluir, em seguida, que o fundamento do verdadeiro regime democrático se encontra “no sublime respeito aos direitos civis”.

Carlos Pagni (em “O poder absoluto das maiorias”, *O Globo*, 2015), em adição, adverte que o *poder das maiorias não é absoluto em uma democracia*, para, em ato contínuo, em tom de questionamento reflexivo, registrar a ideia, segundo a qual não é o povo que é soberano, *mas os valores nos quais a democracia se encontra fundamentada*.

Ainda que a atual Constituição Brasileira, de 1988, em sua redação textual aluda à soberania (artigo 1º, I) como fundamento do Estado brasileiro, continua a vigor em nosso país, a equivocada “soberania popular”, que, sob certo ângulo analítico, permite a conclusão hermenêutica de que os *valores democráticos* – notadamente a “*dignidade da pessoa humana*” (artigo 1º, III) – podem, de alguma forma, ser desrespeitadas (como de fato o são) por uma pretensa vontade da maioria, expressa ou não por representantes legislativos.

Esta simples possibilidade – independente de se constituir em uma efetiva realidade –, por si só, já denota o quão frágil é a democracia brasileira (qualificada como de simples continente formalizante), em comparação com aquelas existentes, sobretudo, em países europeus desenvolvidos (*ex vi*, Holanda, Dinamarca, Suécia, Alemanha, etc.).

Pensar de modo diverso é simplesmente obrigar todos os cidadãos brasileiros a viver sob o manto de uma pseudo democracia, em um regime meramente “contingente” e “formal”, que apenas reproduz uma enganosa aparência democrática⁵ (e secularmente laica), desmedidamente reveladora, neste sentido, quando afirma, em palavras vazias, uma suposta, porém frágil e falseada defesa dos direitos individuais, ainda que estes se apresentem expressa e formalmente consignados na Constituição.

Nesse contexto analítico, o mais importante dos direitos humanos que se falseia é o sublime respeito à dignidade humana, considerando, sobretudo, que não há nada mais indigno, desrespeitoso e ultrajante do que obrigar qualquer ser humano a submeter-se aos verdadeiros rituais religiosos (mesmo quando estes possam se apresentar chancelados por expressiva parcela da sociedade que os entenda como corretos e insuperáveis) que, desta feita, nos são impostos à nossa própria vida, ditando e orientando nossos comportamentos e impedindo que possamos, minimamente, decidir aspectos próprios e particulares, de indiscutível natureza de foro íntimo, relativos à nossa própria existência e ao sentimento morte.

Resta extremamente penoso constatar, por este ângulo, que o nosso país continua a ser – não obstante todos os alardeados avanços sociais e políticos –, uma simples democracia formal,⁶ não tendo logrado atingir, até o presente momento, o almejado patamar evolutivo de uma autêntica democracia material que, em última análise, se caracteriza, acima de tudo, pela real e efetiva instituição de um Estado laico, bem como pelo absoluto respeito aos direitos fundamentais, especialmente os associados à dignidade humana.

⁵ Há uma grande e reconhecida diferença entre o *regime democrático material* (substantivo ou de “conteúdo”) e o *regime democrático formal* (aparente ou “contingente”). Em nossa obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. 245 p., já ousamos advertir que a permanente omissão do dever estatal de agir na defesa dos valores democráticos assegurados no texto constitucional (de forma expressa ou implícita), compromete a sinérgica possibilidade de se reconhecer o Brasil como um verdadeiro exemplo de *democracia*. É exatamente desta virtual omissão do dever estatal de agir que, em muitos casos, mesmo existindo um indiscutível Estado democrático de direito (pelo menos sob a ótica formal), a democracia (na qualidade de império da lei e da ordem jurídica), não se realiza em sua plenitude (democracia material ou substantiva) forjando o que, nos últimos anos, convencionamos chamar de democracia formal (ou aparente). Neste regime, ainda que possa existir *ampla liberdade*, efetivo *respeito formal* (por parte do Estado) *aos direitos individuais e coletivos* e outras características próprias da *democracia*, não há a efetividade plena da *lei* e da *ordem jurídica*, existindo um Estado que, em essência, não consegue, por simples omissão (de seus governantes) e/ou sinérgica impotência de meios, concretizar, na prática, o próprio direito positivo (constitucional e infraconstitucional) que produz e continua legitimamente (consensualmente). Em grande medida, este é, para muitos estudiosos, o retrato do *Estado brasileiro* que, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e de outros matizes, não consegue fazer valer, em termos práticos e concretos, para todos os cidadãos e em todos os casos, como determina a Constituição, elementos legais básicos, muitas vezes relativos a direitos fundamentais (de natureza constitucional) e que, neste aspecto, apenas aparentemente se encontram assegurados.

⁶ Deve ser observado que o texto constitucional vigente enquadra o Brasil como um “*Estado Democrático de Direito*” (e não um simples “*Estado de Direito*”, ou seja, um estado que se submete às leis que edita, independentemente da existência dos valores democráticos que devem, necessariamente, aceitá-los) mencionando expressamente cinco fundamentos que o caracterizam como tal, dentre os quais, com devido destaque, o sublime respeito à “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III).

A *formalização* do objeto de se criar um *Estado democrático* parece clara, inclusive pelo próprio preâmbulo da constituição, que textualmente menciona o propósito dos constituintes, representando o povo brasileiro, de “*instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]*” (Grifos nossos).

Passados mais de 25 anos de sua vigência, todavia, não se pode negar a absoluta falência em relação à efetiva *materialização* de seus *valores democráticos fundamentais*, obrigando-nos a categorizar o atual estágio democrático brasileiro como uma simples “*democracia formal*”, ainda refém de postulados importantes, particularmente de caráter religioso.

3 O DIREITO À VIDA E À MORTE

Embora a morte seja intrínseca à vida, o debate sobre o direito à morte digna é muito recente. Se o direito à vida sempre existiu, ainda que não fosse positivado ou respeitado, e se a morte é indissociável da vida, como se poderia cogitar uma vida digna sem que houvesse uma morte digna? A nosso ver, a vida deve ser digna do começo ao fim.

Como é sabido, as ideias de Aristóteles foram difundidas e perpetuadas, a partir da Idade Média, por São Tomás de Aquino. Tal pensador foi considerado o mais importante filósofo durante todo o período medieval, e sua doutrina vista como verdade inatacável. Foi com base em sua obra que São Tomás de Aquino buscou harmonizar as noções de verdade e fé.

A preocupação com o direito de morrer volta a ser debatida (reaparecendo na literatura) no século 17 pelo filósofo Francis Bacon,⁷ que, obviamente, estava preocupado com o sofrimento das pessoas diante de doenças para as quais não havia cura. Foi este pensador que cunhou o vocábulo “eutanásia” para designar o tratamento adequado de doenças incuráveis. Etimologicamente, o termo significa “boa morte” – “eu” (boa ou bom) e “*thanatos*”⁸ (morte).

Para Ana Maria Marcos (2014, p. 8), em última instância o debate sobre a eutanásia gira em torno do eterno problema da fronteira entre o direito e a moral, entre o âmbito privado e o domínio do público. *“Se trata de saber hasta qué punto podemos confiar a la moral su regulación y cuándo debemos acudir a la regulación jurídica”*. No caso do Brasil, a nossa moral, relativamente ao tema, assenta-se nos mitos da sacralidade difundidos pela cristandade e, adicionalmente, como diria Foucault (2002), naquilo que faz a morte ser “antipática” e improdutiva ao cessar o culto do “eu” e a realização de coisas.

Ainda segundo Marcos (2014), na questão da eutanásia somam-se outras complexidades, pois confluem diversos ramos do saber, cuja análise não pode ser deixada de lado em razão da incidência em ditas áreas: Medicina, Sociologia, Ética... e, principalmente, no campo da Medicina, cujo avanço constante *“nos obliga a movernos en un ámbito de incertidumbre en relación con el diagnóstico de enfermedades que bien pueden convertirse en “curables”, o permiten prolongar la vida del paciente sin que eso conlleve una mejoría en su calidad de vida”* (MARCOS, 2014, p. 8).

O tenso debate demonstra a complexidade do tratamento jurídico à eutanásia e as dificuldades de partir de um ponto de vista meramente formal para se chegar a uma regra aplicável a todas as indagações ou hipóteses. Se os elementos que estão no fundo da problemática

⁷ A expressão foi proposta pela primeira vez, no século 17, pelo filósofo inglês Francis Bacon, em sua obra “Tratado da vida e da morte”, mas foi durante a Segunda Guerra Mundial, já em 1939, que a palavra assumiu conotação negativa. Nesse período foi criado na Alemanha o Programa Nazista de Eutanásia. O termo “eutanásia” passou a ser empregado por alguns regimes autoritários na primeira metade do século XX, entre eles, especificamente, o nazismo, que colocava em prática uma espécie de eutanásia social, isto é, pessoas que serviriam apenas para conspurcar a espécie humana mereciam ser excluídas. Por conta disso, o termo ficou carregado pejorativamente e, até hoje, muitos médicos, ao ouvirem falar de eutanásia, não consideram sequer a possibilidade de discutir o assunto (FREITAS, 2015).

⁸ Na mitologia grega é um deus considerado a personificação da morte. É irmão gêmeo do deus do sono Hipinus. Seu nome é transliterado em latim como Thanatus e seu equivalente na mitologia romana é Mors ou Leto (Ietum). MITOLOGIA. Tânatos: a personificação da morte. Disponível em: <http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificacao-da-morte.html>. Acesso: 12 mar. 2015.

são complexos, os que se encontram na superfície também o são: Em que consiste a qualidade da vida? A eutanásia deve ser aplicada somente a doentes terminais? Uma pessoa próxima da morte é capaz de decidir? Por que é o médico que deve praticar a eutanásia?

Obviamente que a defesa do “direito à morte digna” não prescinde de uma reflexão acerca dos avanços da medicina, das questões éticas inerentes e da regulação adequada. Embora a discussão seja relativamente recente no campo do Direito, pode-se afirmar que há alguns consensos entre os que debatem o tema, sobretudo entre os que são favoráveis a um direito à morte. Primeiro, o fato de que os debates sobre o direito à morte digna ganharam força a partir mesmo dos avanços médicos e tecnológicos prolongadores da vida – os quais, por um lado, salvaram a vida de muitas pessoas, mas, por outro, puseram o “morrer” em uma situação delicada e até então desconhecida.

O relatório da Comissão de Reflexão para o Fim da Vida na França (LIMA; MAIA, 2015), lavrado a pedido do presidente francês, François Hollande, em 2012, já indicava, naquele ano, que 56% dos franceses desejavam “melhor assistência médica para morrer” e a necessidade de abertura das vias legais para tanto. Em 18 de março de 2015 a Assembleia Nacional Francesa decidiu, por ampla maioria (436 votos contra 34), que os pacientes terminais terão direito à “sedação profunda e contínua”. Conforme as novas regras, médicos devem respeitar vontades expressas e registradas pelo doente, como a recusa a tratamentos agressivos, por exemplo (O GLOBO, 2015).

É manifesto que o número de países europeus com legislação concernente ao direito à morte digna vem aumentando: Bélgica, Suíça e Holanda, de modo inovador e pioneiro, já têm legislação específica sobre a matéria, e Espanha e Portugal vêm discutindo os parâmetros regulatórios desse (relativamente) novo direito. Uma pesquisa apresentada pela *Swiss Medical Lawyers Association* (SMLA), feita com 12 mil europeus, mostrou que em muitos países da Europa a maioria das pessoas deseja poder escolher como morrer: Portugal: 79%; Alemanha: 87%; Espanha: 85%; Grécia: 52%; Irlanda: 68% (LIMA; MAIA, 2015).

A Holanda possui, desde 2012, uma unidade móvel que vai aos domicílios auxiliar “pacientes que sofrem insuportavelmente sem nenhuma perspectiva de melhora”, mas cujos médicos não estão dispostos a fazer a eutanásia. A equipe atua quando a família ou os médicos se recusam, por motivos éticos, a administrar drogas letais a pacientes incuráveis que desejam morrer. A eutanásia é legalizada na Holanda desde 2002 e a pessoa tem permissão para fazê-la se o sofrimento for “duradouro e insuportável”. O país já realizava por ano, antes da criação da unidade móvel, 2.700 eutanásias, segundo a Associação de Direito de Morrer. Após a sua criação, pelo menos mais 1.000 são realizadas anualmente. O doente é sedado e entra em coma; após, lhe é aplicada uma droga que provoca a parada cardiorrespiratória e morte (COLLUCI, 2012).

A Lei da Morte Digna, aprovada por unanimidade pelo Senado argentino em 9 de maio de 2012, consagra o direito dos pacientes ou de seus tutores legais, no caso de menores de idade que sofrem doenças irreversíveis, incuráveis ou em estágio terminal, de decidir voluntariamente a respeito da retirada dos aparelhos de suporte da vida. O debate sobre o tema, bem como a aprovação da lei, foram impulsionados pela mãe da menina Camila Sanches (com

três anos e que respirava por aparelhos, desde que nasceu em razão de hipóxia),⁹ que enviou uma carta à presidenta argentina, Cristina Kirchner, na qual reivindicava uma mudança na legislação, de modo que se reconhecesse o direito à morte digna. Na missiva, a genitora afirmava que sua filha era vítima de uma “clara obstinação terapêutica”, pois, aos quatro meses, foi submetida a uma traqueostomia e recebeu o implante de um “botão gástrico” (por onde respirava), com o qual permaneceu até o dia de sua morte, em 8 de junho de 2012, logo em seguida à aprovação da lei, duas horas após ser desconectada do respirador.

A toda evidência, ninguém deixa de perecer. Com os avanços da medicina as pessoas passaram a demorar mais para perecer: o homem passou a se ver definhando em um leito de hospital, em uma despedida familiar lenta e, por vezes, dolorosa, em convivência desagradável com o abismo fúnebre, sem que pudesse, enfim, morrer e descansar em paz. Para muitos, tal situação ofende a dignidade. No quadro narrado surgiu, então, o direito de decidir sobre o próprio fim, quando este é iminente e inevitável, embora clinicamente adiável. A questão é: O que fazer depois de receber a notícia de uma doença grave e incurável? A maioria prefere nem pensar nisso, mas o envelhecimento das pessoas põe, obrigatoriamente, o tema em pauta.

Atualmente, mais do que aplicar tratamentos invasivos e sem benefícios, o que muitos médicos buscam é aliviar a dor emocional e física do paciente em seus momentos finais, garantindo-lhe uma boa morte. Um estudo sobre o tema, publicado pela revista *The Economist*, em 2010, mostrou que o Brasil é mal avaliado quando se trata de assistência nos instantes derradeiros da vida, ficando em 38º entre 40 países, à frente apenas da Índia e de Uganda (MILHORANCE, 2014).¹⁰

4 O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA

De todos os denominados direitos genéricos individuais expressamente assegurados pela Constituição brasileira, destaca-se, sem dúvida, o direito à vida (artigo 5º, *caput*, da CF/88) como o mais importante e elementar (para alguns, até mesmo sagrado) direito, posto que – consoante pensamento unânime da doutrina jurídica –, direta e indubitavelmente associado à própria existência humana.

Na concepção doutrinária brasileira, em particular, o direito à vida é comumente conceituado como o direito de não ter interrompido o processo vital, tradução esta que, em sua ingênua simplicidade construtiva, conduziria, caso assim fosse possível proceder, ao absurdo de se concluir – ainda que forçosamente por meio de uma desautorizada (e sempre condená-

⁹ Baixa taxa de oxigênio no sangue.

¹⁰ Segundo relatório da consultoria britânica *Economist Intelligence Unit*, o Brasil obteve o grau 42,5% no “Índice de qualidade de morte”, ocupando a 42ª posição do ranking de 80 países, constituindo-se em um dos países menos preparados em cuidados paliativos para doentes terminais.

Consoante avalia *Maria Goretti Sales Maciel*, presidente da Academia Nacional de Cuidados Paliativos e que participou como consultora durante a elaboração do relatório, o Brasil não permite um amplo acesso a terapias e medicamentos, *analgésicos* especialmente, concluindo que, em nosso país, “*quem tem dor, morre com muita dor*” (O Globo, 7/10/2015, p. 28).

Em necessária adição, *Mayla Cosmo*, coordenadora do curso de especialização em psicologia da saúde, na PUC-Rio, afirma também que esta é uma questão cultural, pontuando que “*No Brasil, não há essa educação para a morte. Não somos preparados para enfrentá-la*” (*Ibidem*).

vel) interpretação puramente literal – quanto à sinérgica impossibilidade jurídica concernente à incontestável admissibilidade lícita (ainda que em situações excepcionais) da pena de morte,¹¹ da eutanásia (em sentido amplo),¹² do aborto¹³ e da própria legítima defesa.¹⁴

Discute-se – especialmente nos últimos tempos – acerca do instante do surgimento da vida (e de seu próprio conceito) e, portanto, a partir de quando nasceria o correspondente direito à vida. Com o devido respeito aos mais célebres estudiosos do tema, no entanto, parece-nos que este não é (e nem deve ser) o foco central da controvérsia, considerando que, antes de qualquer análise mais criteriosa, deve-se questionar, preliminarmente, à vida de quem (ou de quais seres vivos), especialmente, se refere o dispositivo normativo e a consequente razão da sua própria existência jurídica, não somente na Constituição brasileira (artigo 5º, *caput*, da CF/88), mas também nas Constituições de praticamente todas as Nações, e, igualmente, na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 3º, preceitua: “Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Por efeito consequente, o dúplice questionamento, e sua natural interdependência, colocam-se inicialmente de forma originária e antecedente (o destinatário primeiro da normatividade, ou seja, o detentor do bem tutelado) e, posteriormente, de forma subsequente e explicativa (a razão fundamental, de índole preservativa, do bem tutelado).

A resposta à primeira indagação parece evidente e incontroversa: o destinatário primeiro (e, talvez, único) e detentor do bem tutelado (vida) seria o homem ou, em termos mais técnicos, os integrantes da espécie humana. Excluir-se-ia, assim, os demais seres vivos (animais, vegetais e protozoários) que habitam o nosso mundo (ou, num espectro mais simples, o universo), o que explicaria porque é possível, à luz do Direito, sacrificar a vida de toda e qualquer espécie – e em qualquer quantidade ou proporção –, desde que tal fato não venha a prejudicar de algum modo a própria existência, presente ou futura, da vida humana.

¹¹ Admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional, ainda que excepcionalmente, em caso de guerra externa declarada, consoante o disposto no artigo 5º, XLVII, a, da CF/88, *verbis*: “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” e por meio de fuzilamento (artigo 56 do CPM, *verbis*: “A pena de morte é executada por fuzilamento”).

¹² Admitida, para expressiva parte da doutrina, em sua modalidade denominada distanásia ou suspensão do esforço terapêutico (SET), consoante o disposto nos artigos 13 e 15 do NCC, respectivamente, *verbis*: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” e “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”; artigo 2º da Lei Estadual Paulista 10.241/99, *verbis*: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo (...) XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”; artigo 7º, III da Lei nº 8.080/90, *verbis*: “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS – são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda ao princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”.

¹³ Admitido nas hipóteses de aborto necessário ou terapêutico e aborto sentimental, humanitário ou ético, consoante o disposto no artigo 128, I, II, do CP, *verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante”.

¹⁴ Admitida em hipóteses em que se retira a vida alheia para salvar a própria ou de terceiro, ainda que em situações irreais, de simples aparência (legítima defesa putativa). Artigo 25 do CP, *verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (legítima defesa).

A lógica explicativa – resposta implícita à segunda indagação –, estaria no fato de que apenas os integrantes da espécie humana (ou seja, o homem) possuem o atributo da consciência,¹⁵ (incluindo a denominada autoconsciência), constituindo-se, em última análise, no que convencionamos chamar de ser *senciente* (ou consciente e reflexivo de sua própria existência), enquadrando-se, portanto, em uma categoria ímpar, ostentando a qualidade de único animal do planeta plenamente ciente da inerente temporalidade de sua existência e, destarte, do inevitável (e intrínseco) fenômeno morte. Daí exatamente a necessidade humana de se criar concepções explicativas do universo e de sua própria existência por intermédio de mitos, da religião e da filosofia e, por fim, por meio da própria ciência.

Não é por outro motivo que a doutrina tem sistematicamente advertido que nenhum dos direitos assegurados na Constituição, mesmo aqueles que não podem ser afastados de nenhuma forma (Disposições Fixas) ou restritivamente mediante a denominada competência Constituinte Reformadora¹⁶ (Cláusulas Pétreas), podem ser efetivamente interpretados em termos absolutos (e à luz da simples literalidade),¹⁷ considerando que todas as previsões constitucionais outorgantes de garantias individuais, sem qualquer exceção, necessariamente se constituem, no âmbito das sociedades contemporâneas, em autênticos direitos-condição.

Vale lembrar que o pacto social que idealizou a sociedade em seu grau de maior complexidade (organizada em um Estado) concebeu, paralelamente, a ideia jurídica da prevalência do coletivo sobre o individual ou grupal, forjando, desta forma, a ideia da relativização dos direitos de cada indivíduo, criando verdadeiras condições (ou deveres associados) para o seu efetivo exercício. Assim, o direito individual à vida está umbilicalmente condicionado, por exemplo, à ausência de ameaça à vida alheia (considerando o instituto da legítima defesa), bem como o direito à liberdade condiciona-se, por seu turno, à inexistência de prática de qualquer delito com previsão de pena privativa de liberdade.

Se o destinatário do direito à vida, associado à razão preservativa do bem tutelado, converge para a *senciência* como característica basilar dos seres humanos, é lícito concluir que o homem não somente possui o direito à vida, mas também à dignidade relativamente a ela, posto que não teria qualquer sentido – quer jurídico, político ou mesmo filosófico – o ser humano ser prisioneiro de uma autêntica escravidão corpórea ou, em outros termos, ser um manipulável objeto de uma condenação (sem prazo definido) a uma existência sem sentido que, por sua vez, acabaria por, simplesmente, extinguir o correlato direito à liberdade, excluindo, por via de consequência, a característica fundamental e intrínseca do livre-arbítrio.

¹⁵ Do latim *conscientia*, atributo inerente e específico da espécie humana pelo qual o homem relaciona-se, objetiva e subjetivamente, com o mundo (e, em escala maior com o universo) e consigo mesmo.

¹⁶ É conveniente destacar que, tecnicamente, não é correta a expressão “Poder Constituinte Derivado Reformador (ou de 2º Grau)”, posto que o único e verdadeiro Poder Constituinte é o originário (ou de 1º Grau), sendo certo que deste emana tão somente uma competência derivada de índole reformadora.

¹⁷ Não é possível interpretar literalmente a lei, posto que, em sendo o legislador um leigo em matéria técnico-jurídica, deve-se sempre perquirir a correta hermenêutica normativa, que, necessariamente, transcende a simples redação textual para adentrar em aspectos lógico-rationais, como a *mens legislatoris*, a *mens legis*, o *occasio legis* e argumentos como o a contrário *sensu* e o a *fortiori*, além de considerar a posição sistemática, histórica e teleológica do dispositivo legal sub *examen*.

Assim, o direito à vida, como regramento de genuína proteção individual, nesta linha de análise somente pode ser hermeneuticamente interpretado se o próprio destinatário for o seu exclusivo titular, senhor único de seu destino, até porque, no Estado laico, não pode a sociedade substituir o Criador, outorgando para si, sem qualquer prévia legitimidade, algo que jamais acontecerá, o direito de decidir, em última instância, sobre a vida e a morte de cada indivíduo (e sobre a subjetividade inerente à percepção da existência digna), mormente quando tais elementos não possuem qualquer relação direta com outros componentes humano-sociais.

5 O DIREITO À MORTE ASSISTIDA

A título de ilustração, há algum tempo (a fonte não vem ao caso, porque não se trata de uma pesquisa) este articulista foi ouvinte de um relato cujo interlocutor confidenciou ter experimentado, por determinação inexorável do destino, o mais importante desafio que um homem pode ousar imaginar: o dilema entre o amor e a consciência da legalidade; entre o justo e o legal; entre o humano e o poder estatal...

Tal narrativa era sobre o sofrimento de sua companheira que, “incapacitada no leito do hospital, com um câncer incurável que já havia retirado sua própria dignidade” e sentindo dores insuportáveis, implorava-lhe não propriamente pela prática da eutanásia (ou pelo sagrado direito de morrer com um mínimo de dignidade), mas, sobretudo, pelo respeito a seu bem mais precioso: seu livre-arbítrio.

Em tom de confidência, o emissor expõe que ela implorava pelo respeito ao seu último desejo, que era uma morte digna e abreviada. Súplica que não foi satisfeita, continua o narrador, “por absoluta covardia, comodidade e medo das consequências legais de um ato sublime de amor”. Contou, ainda, que o dilema entre o humano e o legal passou a “dilacerá-lo ainda mais, subjetivamente”, quando ela disse, com dificuldade: “eu te perdo, apesar de tudo”.

Tal ilustração mostra que, apesar de a personagem ter sido uma cidadã exemplar, cumpridora de todas as suas obrigações, pagadora de infinitos impostos, ela não pôde contar com o Estado brasileiro em seu momento derradeiro. Diante de tal relato, não há como não pensar, que fosse deveras preferível optar pela prisão injusta por um ato de amor (mas ainda assim por um tempo determinado) a uma condenação eterna por um ato de covardia.

Tal ilustração leva também a pensar que, assim como ninguém, na qualidade de indivíduo divorciado de eventual relação direta e objetiva com a sociedade política, pode ser maniqueistamente condenado a morrer, em razão do proclamado direito à vida, igualmente não pode ser condenado, na qualidade de titular e destinatário exclusivo deste mesmo direito, a viver uma existência a que efetivamente não deseje (*v.g.* por subjetivamente interpretá-la indigna), sob o risco de passar a titularizar um direito sobre o qual efetivamente não dispõe.

Nunca é demais lembrar que, na mitologia, apenas os vampiros – qualificados como entidades inferiores e “seres da sombra” – são condenados, a sua revelia, a uma vida eterna sem sentido, que os impede (mediante uma modalidade particular e absoluta de condenação perpétua) de evoluir espiritualmente. Neste sentido, cumpre observar que a própria mitologia defende, em certo aspecto, o direito individual à morte como forma última de sublimação da vida e de seu correspondente e umbilical direito à existência espiritual.

Neste contexto, não há qualquer sentido em afirmar uma pretensa indisponibilidade absoluta do direito à vida, não somente porque tal conclusão excluiria o próprio conceito binário ou dicotômico de titularidade e destinatário inerente ao direito em questão, como ainda pelo simples fato de que é reconhecidamente lícito, em praticamente todas as legislações ocidentais (e, especialmente, na brasileira), dispor da própria vida, considerando que o ato de suicídio *per se* (e não a instigação, o induzimento e o auxílio por terceira pessoa) não constitui crime, por não se caracterizar em conduta tipificada pela lei penal.

É importante esclarecer que não se trata, a hipótese vertente, de conduta típica não passível de punição ante o evento morte (do agente), posto que não se discute *in casu* a caracterização de uma das causas de exclusão da punibilidade (artigo 107, I, do CP), como ainda resta indiscutível que o suicídio, em sua modalidade de simples tentativa, é conduta atípica.

O que se deve afirmar é que o direito à vida é, acima de tudo, um verdadeiro “patrimônio individual” não pertencente a quem nos deu ou concedeu, até porque, do contrário, a conclusão lógica seria que nada foi dado ou concedido e o gênero humano, em última análise, não seria senhor do seu próprio destino, em sinérgica negação ao seu supremo direito de liberdade e em sublime e inexorável revogação de seu livre-arbítrio e ao correspondente conceito político-jurídico intrinsecamente associado.

O direito à dignidade é tema incontestado e recorrente em inúmeros ensaios jurídico-doutrinários, mas muito pouco se fala e se escreve sobre o igualmente inquestionável direito à dignidade na morte, caracterizando este como um verdadeiro tabu, como se tal evento humano simplesmente inexistisse, não obstante constitua-se em um inevitável evento futuro, ainda que de razoável imprecisão temporal.

De um modo geral, as mais diversas religiões e, em grande medida, parcela expressiva da sociedade, insistem em recusar o necessário debate sobre o assunto, preferindo, no livre-arbítrio do exercício volitivo de simplesmente ignorá-lo, focar todas as atenções na temática relativa à vida e, particularmente, em tudo o que concerne à dignidade na vida, qualificando-a como um suposto e exclusivo direito inalienável.

O resultado prático deste evidente equívoco é desastroso, como não poderia deixar de ser, na exata medida em que sofremos desnecessariamente e, em certo aspecto, até mesmo cruelmente num evento (a morte) que, a toda evidência, deveria ser encarada com a mesma importância e naturalidade que é concedida à vida.

Ainda que os povos mais esclarecidos estejam bastante avançados no debate da questão, admitindo a eutanásia e o suicídio assistido entre outros procedimentos médicos¹⁸ como formas de propiciar, em casos pontuais e específicos, uma dignidade mínima ao ser humano, no sublime momento de seu inexorável destino (morte), a verdade é que a maioria dos povos (principalmente os localizados abaixo da linha do Equador) continua com a postura de pouca

¹⁸ Há várias práticas para abreviar a vida. A morte por injeção letal, que é aplicada por um médico a pedido do paciente, é autorizada para doentes terminais em Luxemburgo, Bélgica e Holanda. O suicídio assistido, quando uma pessoa ajuda a outra a morrer, é permitido na Suíça, mesmo para pessoas de fora do país. O ajudante não pode ser remunerado nem receber herança. O suicídio assistido por médicos, em que o profissional receita uma droga letal ao paciente, que toma quando quiser, é legal na Bélgica, Holanda e Suíça e nos estados americanos de Oregon, Washington e Mon. A ortotanásia, que é a morte a pedido de um paciente terminal ou seu representante, é aceita pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil.

ou nenhuma reflexão sobre o assunto, e, com toda a certeza, definitivamente, de evidente irracionalidade, pela suposta necessidade de uma morte dolorosa e cruel, como se tal sofrimento pudesse servir como efetivo saneador dos pretensos pecados humanos praticados em vida.

No Brasil, nos debates sobre a reforma do Código Penal de 1940, tentaram incluir a discussão, mas sem lograr êxito, posto que até o momento nenhuma modificação foi introduzida no artigo 122, que trata do tema e que prevê a pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou *prestar-lhe auxílio* para que o faça”.

Ainda assim, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente se manifestar previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade. Em tal documento, o Conselho argumentou que “novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios” para ele.

Em seminário promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, Edvard José de Araujo, membro do CFM, explicou que há uma grande confusão, por parte da opinião pública, em relação ao conceito de eutanásia, uma vez que há diferenças significativas entre os termos eutanásia,¹⁹ *ortotanásia*²⁰ e *distanásia*²¹: “Nós médicos defendemos a *ortotanásia*,²² ou seja, respeitar o tempo da morte”. Disse também que os brasileiros têm uma tendência forte “a lutar contra o fator morte, isso leva à prática da *distanásia*²³ que é, justamente, tentar manter a qualquer custo a vida da pessoa, mesmo ela tendo uma qualidade de vida horrorosa, isso acontece quando a pessoa só está viva porque está ligada a aparelhos”.

Edvard José de Araújo continuou asseverando que a eutanásia é, obviamente, um crime, uma prática condenável tanto do ponto de vista médico quanto do ponto de vista legal. Ela ocorre, por exemplo, quando, para evitar um sofrimento maior ao paciente, se abrevia a vida da pessoa por intermédio de uma injeção letal.

No Brasil, as duas práticas são proibidas, embora não constem especificamente no Código Penal. Parte da doutrina, no entanto, entende que a *eutanásia* pode ser enquadrada no artigo 121, parágrafo 1º, 2ª parte, como homicídio privilegiado, e o *suicídio assistido* pode configurar o crime de participação em suicídio (na modalidade de *auxílio*), previsto no artigo 122, ambos do CP. Segundo Lima e Maia (2015), a Resolução do Conselho Federal de Medicina chegou em um momento importante do debate sobre a efetivação do “direito à morte digna”. O Código de Ética Médica vem ao encontro do que foi decidido na Resolução nº 1.995/2012, que, em seu artigo 2º, preceitua: “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas

¹⁹ Ocorre quando uma terceira pessoa, em geral um médico, provoca a morte sem sofrimento do paciente, por exemplo, com injeção letal.

²⁰ Acontece quando o próprio doente provoca a morte, ainda que com assistência de terceiros. Por exemplo, quando o indivíduo toma um líquido mortal.

²¹ Trata-se do uso de todas as possibilidades para se prolongar a vida do doente, mesmo que a cura não seja uma possibilidade.

²² Evitam-se métodos extraordinários, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis.

²³ Método para suavizar por meio de medicamentos, a dor do paciente, sem antecipar o momento da morte.

vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade”. O §1º do mesmo artigo determina que “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Disseminou-se no Ocidente a ideia de que a vida pertence à humanidade, que seria eterna (conjugada na célebre frase: *a esperança é a última que morre*), o que reforça a concepção filosófica de que a vida não nos pertence. Estabeleceu-se também a ideia de que a raça humana é a única existente no universo (uma espécie de semente sagrada), o que leva a pensar que, caso houvesse uma raça superior à que chamamos de humana, não teria sentido a preservação desta última, pois ela seria a própria evolução a Deus.

Na tradição filosófica ocidental, como afirma Agamben (2006), o homem representa uma ruptura do *continuum* natural. Como animal falante, habita a clareira em que se abre toda significação, todo dizer; como mortal, encontra sua dimensão mais autêntica na antecipação de sua própria impossibilidade radical. Questionar o lugar e a estrutura desta negatividade constitutiva é ponto de partida para uma compreensão da relação essencial estabelecida entre morte e vida.

Como não estamos em uma Teocracia e o Estado é laico, não há como, logicamente, sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida, posto que, se supusermos que só Deus tem este direito, só Deus também teria o direito de escolher, entre suas criaturas, aquela que governaria outros homens, o que seria uma antítese da democracia, em que os próprios homens escolhem seus governantes. Assim, como ninguém pode ser condenado a morrer, não pode ser condenado a viver. Não é lícito a ninguém condenar outrem a viver uma existência sem sentido. Como bem expôs Stephen Hawking, “(...) *manter uma pessoa viva contra a sua vontade é uma indignidade*” (O GLOBO, 4/6/2015, p. 24).

O direito à vida é um direito fundamental, mas não se reveste de um caráter absoluto. Nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. O direito à vida pertence a cada um de nós (é um bem individual), não ao Estado, nem à Sociedade. Ele, o Estado ou a Sociedade não podem impedir o exercício ou não de tal direito, que é um bem precioso, como o direito à morte digna também o é. Há um terrível e cruel paradoxo: Se é possível sacrificar um animal (dito irracional) por compaixão, quando, por qualquer motivo, este tem sua existência presente ou futura limitada, por acreditar ser cruel vê-lo sofrer (e não fazemos isso a seu pedido, respeitando sua vontade), por que não podemos fazer o mesmo em relação à pessoa humana, respeitando a sua vontade manifesta ou mesmo quando esta deixou de ter (ou nunca teve) esta capacidade?

Uma das piores formas de tortura empregada pelo homem – em seus embates e conflitos armados –, é exatamente causar dor e sofrimento nos limites do suportável, impedindo o próprio alívio que se constituiria na morte. Como explicar, então, que, por meio de súplicas plenamente conscientes, possamos negar o alívio do sofrimento daquele que, por qualquer razão, não disponha de meios autônomos de dar fim a sua própria existência?

O direito à vida é um patrimônio individual; não pertence a quem nos deu ou concedeu; porque se assim não fosse nada teria sido dado ou concedido, e o homem não seria dono de seu próprio destino, desafiando o direito ao livre-arbítrio. A vida individual também não pertence à humanidade; ao contrário, o homem tem, inclusive, o direito de não fazer parte (ou mesmo deixar de fazer parte) da própria humanidade, ante o seu sagrado direito ao livre-arbítrio.

Assim, o direito à morte digna origina-se da ideia de que o titular da vida deve gozá-la segundo seus valores, concepções, crenças ou não crenças e, neste caso, envolve a personalidade do enfermo, o modo como ele deseja morrer, preservando sua personalidade e dando um coerente fim para sua vida.

Urge que o Estado e a Sociedade brasileiros finalmente possam amadurecer democraticamente, propiciando uma necessária evolução normativa que contemple o sublime respeito ao *livre-arbítrio*, elevando a *dignidade humana* ao patamar dos bens e direitos mais preciosos a serem protegidos pelo nosso Direito, fazendo, por fim, com que mais nenhum ser humano (apenas por ostentar a condição de brasileiro e se encontrar em solo pátrio) tenha de passar por tanto e desnecessário sofrimento, traduzido por uma dor que se encerra para aqueles que já foram, mas nega a alegria da vida aos que ficaram.

7 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *In Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPEZ, Fernando; SANTOS, Marisa F. *In Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CASTRO, Julio Cesar Lemes. “Sob o signo de Narciso: identidade na sociedade de consumo e no ciberespaço”. *Verso e Reverso: Revista de Comunicação*, v. 23, n. 52, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/versoereverso/article/view/5794/3040>. Acesso: 10 mar. 2015.
- COLLUCI, Claudia. “A Holanda terá unidade móvel para eutanásia em domicílio”. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/02/1050133-holanda-tera-unidade-movel-para-eutanasia-em-domicilio.shtml>. Acesso em: 17 dez. 2012.
- LIMA, Paulo Bernardo Lindoso; MAIA, Maurilio Casas. *Direito à morte digna: o fim da vida em debate*. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/96/direito-a-morte-digna-o-fim-da-vida-em-debate-323805-1.asp>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- FREITAS, Luana. Eutanásia: a quem pertence à vida? Disponível em: http://www.olharvital.ufrj.br/2006/index.php?id_edicao=155&codigo=7. Acesso em: 17 mar. 2015.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1974. V. 21.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARCOS, Ana María. “La normativa internacional sobre la eutanásia”. 2014. Disponível em: <http://portal.uned.es/portal/page?MARCOS,%20Ana%20Mar%C3%ADa.%20%E2%80%9CLa%20normativa%20internacional%20>. Acesso em: 17 fev. 2015.
- MITOLOGIA. *Tânatos: a personificação da morte*. Disponível em: <http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificacao-da-morte.html>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- MILHORANCE, Flavia. “Eutanásia é ilegal”. *O Globo*. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/medicos-discutem-melhor-forma-de-assistencia-para-pacientes-terminais-14075259#ixzz3UIDIdcVn>. Acesso em: 17 mar. 2015.
- O GLOBO. Entrevista com José Eduardo Araújo, membro do conselho Federal de Medicina (CFM). Brasil deve debater alternativas à eutanásia, diz membro de Conselho de Bioética. *Jornal O Globo*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasildevedebateralternativaseutanasiadizmembrodeconselhodebioetica13005924>. Acesso em: 2 fev. 2015.

PAGNI, Carlos. O poder absoluto das majorias. *O Globo*. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2013.

RABELO, Martha Klumb Oliveira. “Um olhar fenomenológico sobre a morte na sociedade ocidental: testemunho histórico-antropológico”. 2006. Disponível em: http://www.renacionaldetanatologia.psc.br/Artigos/artigo_24.htm. Acesso em: 14 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *In: Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.138-151>

Direitos Humanos LGBTIs e Sistema de Justiça: Standards de Proteção e Atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público

Roger Raupp Rios

Doutorado em Direito (2004), Mestrado em Direito (2000) e Graduação em Direito (1993) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado e do PPG Mestrado Profissional Enfam. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, direitos fundamentais, direito da antidiscriminação, direitos sexuais e direito à saúde. <http://lattes.cnpq.br/9032766713121501>.
<https://orcid.org/0000-0002-5105-3861>. roger.raupp.rios@gmail.com

RESUMO

O artigo trata do sistema de justiça e da proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTIs, sustentando que tal tarefa integra os deveres institucionais do sistema de justiça e salientando o efeito benéfico do cumprimento desta tarefa às instituições de justiça. O texto estrutura-se em duas partes, elaboradas a partir de revisão de normas legais e literatura especializada. Na primeira parte tomam-se os *standards* do sistema universal e do sistema interamericano de direitos humanos sobre os direitos LGBTIs. Na segunda parte, são consideradas as consequências jurídicas e institucionais desses *standards* para os ordenamentos jurídicos nacionais, bem como os efeitos salutares à legitimidade democrática e ao aperfeiçoamento da atividade dos órgãos e atores do sistema de justiça. Conclui-se que a legitimidade democrática de um ordenamento jurídico e a qualidade de um sistema de justiça, podem ser medidas de acordo com o grau de conhecimento e de compromisso que suas instituições e integrantes têm diante dos direitos humanos universais de indivíduos e grupos discriminados.

Palavras-chave: Direitos LGBTIs. Sistemas de justiça. Não discriminação. Direitos humanos.

HUMAN RIGHTS STANDARDS AND LGBTI RIGHTS IN THE LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The article addresses the justice system and the protection of LGBTI human rights, arguing that this is a task of the justice system institutional duties, and highlighting the beneficial effect of fulfilling such task. Taken into account the legal framework and academic knowledge, it has two parts. In the first part, it deals with the human rights standards of the universal system and the inter-American system on LGBTI rights. In the second part, it considers the legal and institutional consequences of these standards for national legal systems, as well as the salutary impact on democratic legitimacy and to the improvement of work of the organs and actors of the justice system. It concludes that the democratic legitimacy of a legal system, as well as the quality of a justice system, can be measured according to the degree of knowledge and commitment that its institutions and members have regarding the universal human rights of discriminated individuals and groups.

Keywords: LGBTI rights. Legal systems. Non-discrimination. Human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos humanos e direitos LGBTIs. 2.1 Os direitos humanos LGBTIs no sistema universal de direitos humanos. 2.2 Os direitos humanos LGBTIs no sistema interamericano de direitos humanos. 3 Os direitos humanos LGBTIs e os sistemas de justiça nacionais. 3.1 Os direitos humanos LGBTIs e os ordenamentos jurídicos nacionais. 3.2 Direitos humanos LGBTIs e sistema de justiça nacional. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 25/8/2020

Aceito em: 2/9/2020

1 INTRODUÇÃO

Esta reflexão cuida da tarefa do sistema de justiça diante da proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTIs,¹ mediante duas proposições: (1) tal proteção integra os deveres institucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público, dado que suas atribuições constitucionais implicam o respeito, a garantia e a efetividade dos direitos humanos universais de forma integral, e (2) o efeito benéfico para as instituições de justiça, no constitucionalismo democrático, decorre do cumprimento desta tarefa.

Para tanto, o estudo estrutura-se em duas partes. Na primeira parte tomam-se os *standards* do sistema universal e do sistema interamericano de direitos humanos sobre os direitos LGBTIs como concretizações dos direitos humanos universais e gerais. Na segunda parte são consideradas as consequências jurídicas e institucionais destes *standards* para os ordenamentos jurídicos nacionais, bem como os efeitos salutares para a legitimidade democrática e para o aperfeiçoamento da atividade dos órgãos e atores do sistema de justiça.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS LGBTIS

A teoria e a prática dos direitos humanos internacionais na quadra histórica em que vivemos, não deixam dúvidas quanto à sua pertinência e à sua necessidade diante das realidades experimentadas por indivíduos e grupos LGBTI. A formulação de *standards* de proteção de direitos humanos universais ameaçados ou violados por motivo de Orientação Sexual e de Identidade de Gênero (Osig), associada à atuação de órgãos universais e regionais dos respectivos sistemas internacionais de direitos humanos, dão testemunhos inequívocos desse desenvolvimento. Esta trajetória, longe de se restringir a afirmações de direito internacional público, desborda na evolução do direito constitucional dos direitos fundamentais das nações democráticas, com consequências diretas e concretas para os agentes dos sistemas de justiça nacionais.

2.1 Os direitos humanos LGBTIs no sistema universal de direitos humanos

Os direitos humanos universais, como concebidos no contexto histórico que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, expressam aspirações políticas e projetos jurídicos. Com efeito, se politicamente decorrem da necessidade de uma ordem internacional que ponha freios a regimes políticos nacionais, em que a guerra externa e a tirania interna nutrem-se mutuamente (BEITZ, 2012), juridicamente a ideia de direitos humanos irmana-se ao constitucionalismo democrático caracterizado pela força normativa dos direitos fundamentais (HESSE, 1991).

Nessa quadra, diante de propostas e de projetos tão abrangentes, conceitual e globalmente, não é de se estranhar que a formulação dos direitos humanos tenha adotado parâmetros abstratos e universalistas. Inaugurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e complementado pelos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direi-

¹ “LGBTI é a sigla para ‘lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexo’. Embora esses termos tenham cada vez mais ressonância global, em diferentes culturas outros termos podem ser utilizados para descrever pessoas que se sentem atraídas por pessoas do mesmo gênero, pessoas cuja identidade de gênero se diferencia do sexo designado ao nascimento, pessoas que apresentam identidades de gênero não binárias e pessoas cujas características sexuais não se encaixam nas típicas definições de macho e fêmea” (ONU, 2018a).

tos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966), o “corpus juris” do direito internacional dos direitos humanos foi desafiado pela concretude das experiências de ameaças e violações. Daí a crescente especificação das normativas internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 44), que ganharam paulatina concretização quanto aos sujeitos protegidos e, ao mesmo tempo, densidade jurídica. A promulgação das Convenções Internacionais sobre todas as formas de discriminação racial (1965), de discriminação contra a mulher (1979), sobre os direitos das crianças (1989), Convenção Interamericana sobre os direitos das pessoas idosas (2015) e Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência (2006), atestam esse fenômeno de especificação subjetiva e força jurídica. Ainda que se ressentindo da mesma intensidade normativa, outras declarações também avançaram, alcançando, por exemplo, os direitos dos povos indígenas (2007). Em todos os casos, onde a distinção entre diplomas “hard law” e “soft law” decorre do jogo intrincado da política global e da complexa dinâmica das instituições internacionais, o que se verifica é o esforço rumo a padrões civilizatórios mais robustos diante do pluralismo e da diversidade em busca do convívio pacífico e respeitoso.

Na esfera da sexualidade, encontram-se semelhantes trajetórias, desafios e urgências. A par da proclamação universalista e abstrata dos direitos humanos, é preciso concretizá-los e efetivá-los em esferas e âmbitos da vida decisivos para o respeito à dignidade humana, que tocam desde as relações mais íntimas e privadas até políticas estatais e relações intersubjetivas e coletividades na esfera pública.

Um rápido esboço histórico dos direitos LGBTIs registra seus primeiros passos a partir do reconhecimento da situação de vulnerabilidade das mulheres, com a ideia de direitos reprodutivos (CABAL; ROA; LEMAITRE, 2001). Com efeito, após as proclamações genéricas e abstratas relativas ao direito à vida, à saúde, à igualdade e não discriminação, à integridade corporal e à proteção contra violência, ao trabalho e à educação (inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos), sucederam-se documentos internacionais e conferências preocupadas especificamente com a reprodução e, neste contexto, a condição feminina.

Daí que a Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos (Teerã-1968) reconheceu a importância dos direitos humanos da mulher e decidiu pela necessidade de medidas para promovê-los (artigo 15). A Assembleia Geral das Nações Unidas declarou 1975 o Ano Internacional da Mulher, bem como estabeleceu o decênio 1976-1985 especialmente voltado para a melhoria da condição das mulheres, realizando, dentro deste período, duas conferências mundiais: 1980 em Copenhague e 1985 em Nairobi. Antes destas datas, em 1979 é promulgada a importante Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, declarou que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos, sendo dever sua participação em igualdade de condições sociais e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo e de todas as formas de violência contra a mulher.

Em 1994, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento (Cairo) estabeleceu um programa de ação que afirmou os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos já reconhecidos em tratados internacionais, incluindo o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e de seu espaçamento, dispondo da informação, educação e meios necessários para tanto. Foi importante para os fins deste estudo a declaração de que a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos. O documento, como um todo, reafirma a importância de relações de gênero mais igualitárias, com maior liberdade para a mulher, livre de discriminação e violência. É relevante também a menção ao direito de homens, mulheres e adolescentes de obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, aceitáveis e de sua eleição para a regulação da fecundidade.

Desta conferência decorreu o Plano de Ação do Cairo, que, além de introduzir o conceito de direitos reprodutivos, sinalizou para o reconhecimento de direitos sexuais, destacando o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminações, coerções e violências; na mesma oportunidade, também foi assentado que os Estados-Partes, além de estimularem e promoverem o relacionamento respeitoso e igualitário entre homens e mulheres, devem atentar para as necessidades dos adolescentes, capacitando-os a melhor decidir sobre o exercício de sua sexualidade e dedicar atenção especial a segmentos populacionais mais vulneráveis às violações de direitos humanos nos campos da reprodução e da sexualidade.

Em 1995, a Quarta Conferência Mundial da Mulher foi realizada em Pequim, confirmando as diretrizes definidas no Cairo. Nela, reforçou-se a necessidade da proteção dos direitos estreitamente ligados aos direitos reprodutivos, tais como direitos sexuais, direito à saúde, à integridade, à proteção contra a violência, à igualdade e não discriminação, matrimônio, educação e proteção contra exploração sexual. É importante salientar que a Plataforma de Pequim, no capítulo “Mulher e Saúde”, cuidou de questões fundamentais, como o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, afirmando o direito ao livre-exercício da sexualidade, por meio, principalmente, da ênfase na saúde sexual.²

Nesse apanhado histórico, é de ressaltar-se que a sexualidade foi abordada nos instrumentos internacionais a partir da legítima e necessária preocupação com a situação da mulher, engendrada desde o espectro dos direitos reprodutivos e da noção de direitos sexuais, que, todavia, nesta perspectiva, requer afirmação mais firme e desenvolvimento autônomo, rumo à ideia de um direito da sexualidade (RIOS, 2006; BORRILLO, 2009).

² Reza o item 30 da Declaração da Conferência Mundial sobre a Mulher: “Assegurar a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de mulheres e homens na educação e saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação.” Por sua vez, o item 97 da Plataforma de Ação traz: “os direitos humanos da mulher incluem seu direito a ter controle sobre aspectos relativos à sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente a respeito destas questões, sem estarem sujeitas à coerção, discriminação ou violência. As relações sexuais e a reprodução, incluindo o respeito à integridade da pessoa, exigem o respeito e o consentimento recíprocos e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade quanto a consequências do comportamento sexual.”

A afirmação dos “direitos LGBTIs” vem encontrando progressos e resistências no sistema universal de direitos humanos (NAGAMINE, 2019). De fato, ao lado da denúncia institucional explícita sobre execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias,³ como também práticas de tortura e maus tratos,⁴ relacionadas à “orientação sexual⁵ e à identidade de gênero⁶” (Osig), o reconhecimento da gravidade das violações dos direitos humanos LGBTIs tem gerado iniciativas no Conselho de Direitos Humanos da ONU, materializados em relatórios e mandatos de trabalho, tais como a Resolução 17/19 (ONU, 2011a). Desse modo, mesmo que a oposição de determinados países restrinja uma manifestação institucional mais vigorosa quanto às violações de direitos humanos motivadas na Osig, sua urgência e legitimidade mais e mais se consolidam.

³ Reproduzo, conforme referências em ONU (2012, p. 13-14): “*Documentación sobre asesinatos extrajudiciales de personas LGBT: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Polonia (CCPR/CO/82/POL), párr. 18, y El Salvador (CCPR/CO/78/SLV), párr. 16; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias sobre su misión a México (E/CN.4/2000/3/Add.3), párrs. 91 a 92; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias sobre su misión a El Salvador (A/HRC/17/26/Add.2), párr. 28; Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos sobre su misión a Colombia (A/HRC/13/22/Add.3), párr. 50; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (A/HRC/14/24/Add.2), párr. 74; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/ZAF/CO/4), párr. 39. Asesinato de personas transgénero: Informes de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: E/CN.4/2000/3, párr. 54 (“trabajador sexual travestista” en el Brasil); E/CN.4/2001/9, párr. 49 (travestista asesinado a disparos en El Salvador); E/CN.4/2003/3/Add.2, párr. 68 (trabajador transgénero aparentemente asesinado detrás de la catedral de San Pedro Sula); E/CN.4/2003/3, párr. 66 (asesinato de tres personas transgénero en Venezuela sin que el Gobierno iniciara una investigación)”.*

⁴ Reproduzo, conforme referência da ONU (2012, p. 22-14): “*Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos de América (CAT/C/USA/CO/3) párr. 25; Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de los Estados Unidos de América (CAT/C/USA/CO/2), párrs. 32 y 37; Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6 g); Egipto (CAT/C/CR/29/4), párr. 5 e); Comité contra la Tortura, Observación general No. 2, párr. 21 [Ref: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II)]; véanse también las observaciones finales del Comité respecto del Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), párr. 17; Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6; y Brasil (A/56/44), párr. 119. (...) Informes del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: E/CN.4/2001/66/Add.2, párrafo 199; E/CN.4/2005/62/Add.1, párrafos 1019 y 1161; E/CN.4/2004/56/Add.1, párrafo 1327; E/CN.4/2003/68/Add.1, párrafos 446, 463 a 465 y 1861; E/CN.4/2002/76/Add.1, párrafos 16, 507 y 508, 829 y 1709 a 1716; E/CN.4/2001/66, párrafo 1171; E/CN.4/2000/9, párrafos 145, 151, y 726; E/CN.4/1995/34, párrafo 614.”*

⁵ Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2017).

⁶ Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2017).

Ainda no sistema universal de direitos humanos, é importante indicar, além da importante decisão do Conselho de Direitos Humanos no caso Toonen,⁷ o informe do Alto Comissariado para os Direitos Humanos realizado em conformidade com a referida Resolução 17/19 (ONU, 2011b), bem como as manifestações de diversos órgãos do sistema universal que ressaltam as violações a direitos humanos LGBTIs.⁸

Ainda no âmbito do sistema universal, a campanha internacional pelo respeito aos direitos humanos de pessoas LGBTIs desdobrou-se na explicitação de padrões frequentes de violações de direitos e na elaboração de *standards* para sua proteção, assim sintetizados (ONU, 2018b):

- a. enumeração das formas mais comuns de violações: agressões violentas, físicas e verbais; normas penais discriminatórias; restrições arbitrárias ao exercício dos direitos; tratamento discriminatório em diversos âmbitos.
- b. Obrigações jurídicas básicas: proteger as pessoas da violência homofóbica; revogar legislação discriminatória; proibir discriminação homofóbica; salvaguardar a liberdade de expressão e o exercício dos direitos.

Ao finalizar essa breve notícia dos direitos humanos internacionais no sistema universal, é importante registrar os “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta” (2017). Fruto do trabalho de um grupo de especialistas mundialmente conhecidos, ali se oferece uma “compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero” (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2017, p. 8), detalhando e clarificando as obrigações estatais internacionais em direitos humanos sem discriminação homofóbica.

2.2 Os direitos humanos LGBTIs no sistema interamericano de direitos humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), comparado ao sistema universal, exhibe maior clareza no reconhecimento dos direitos humanos LGBTIs. Aqui anotam-se, de modo explícito, a vigência de instrumentos normativos e a atuação decidida de órgãos protetivos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (CORTE IDH).⁹ Diante dos limites deste artigo, arrolam-se dois

⁷ Trata-se da declaração de violação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pelo Estado da Austrália, do direito à privacidade, pela criminalização de atos sexuais consensuais entre pessoas adultas de mesmo sexo. Ver ONU (2005, p. 133).

⁸ Conforme referências em ONU (2011b, p. 3): “‘The United Nations Speaks Out: Tackling Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity’, OHCHR, WHO and Unaid, April 2011; the statements made by the United Nations High Commissioner for Human Rights at a side event of the fifteenth session of the Human Rights Council, on the theme, ‘Ending violence and criminal sanctions based on sexual orientation and gender identity’, 17 September 2010; remarks made at the conclusion of the interactive dialogue with the High Commissioner at the sixteenth session of the Human Rights Council, 3 March 2011; ‘Legal environments, human rights and HIV responses among men who have sex with men and transgender people in Asia and the Pacific: an agenda for action’, UNDP, July 2010; ‘Protecting children from violence in sport: a review with a focus on industrialized countries’, Unicef, July, 2010; ‘International technical guidance on sexuality education’, Unesco with Unaid, Unfpa, Unicef and WHO, December 2009; UNHCR, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, UNHCR, November 2008; Report of the Director-General: Equality at Work, ILO, 2007; Report on prevention and treatment of HIV and other sexually-transmitted infections among men who have sex with men and transgender populations, WHO, June 2011; ‘Experiencias de estigma y discriminación en personas homosexuales/gays, bisexuales y trans’, Unfpa, July 2010; International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, Unaid and OHCHR, July 2006”.

⁹ Para um panorama da proteção dos direitos LGBTIs no SIDH, ver RIOS *et al.* (2017). Ver também VECCHIATTI; VIANNA (2014).

marcos de grande relevância em virtude de sua ampla aplicabilidade na região: a Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e de Intolerância (OEA, 2013) e a Opinião Consultiva n. 24 da Corte IDH (CORTE IDH, 2017).

Com efeito, com a promulgação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (OEA, 2013), foram explicitados, em um instrumento com alta densidade jurídica (“hard law”), vários critérios proibidos de discriminação, dentre os quais destacam-se “sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero” (artigo 1, item 1). A partir de então, a proteção antidiscriminatória, propiciada pelo SIDH, tem, dentre seus destinatários, literalmente, pessoas e grupos LGBTIs, em reforço à previsão aberta e exemplificativa até então disponível (RIOS; SOUZA; SPONCHIADO, 2014).

Tal enumeração ganha ainda mais força à luz da Opinião Consultiva n. 24, de 2017 (OC 24/2017 – CORTE IDH, 2017), proferida pela Corte IDH a partir de requerimento da Costa Rica sobre

Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a casais do mesmo sexo – obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (CORTE IDH, 2017, p. 1).

Trata-se de manifestação ampla da Corte IDH, tendo em mente toda disposição sobre direitos humanos de qualquer tratado aplicável nos estados americanos (CORTE IDH, 2017, parágrafo 17), procedimento “...de grande importância para os países da região na medida em que permitirá precisar as obrigações estatais em relação aos direitos das pessoas LGBTIs no marco das obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos a toda pessoa sob sua jurisdição” (CORTE IDH, 2017, parágrafo 21).

Na OC 24/17 estão positivados conceitos operativos, tais como sexo, sexo designado ao nascimento, sistema binário sexo/gênero, intersexualidade, gênero, identidade de gênero, expressão de gênero, transgênero, pessoa trans, pessoa transexual, pessoa travesti, pessoa cisgênero, orientação sexual, homossexualidade, pessoa heterossexual, lésbica, gay, homofobia e transfobia, lesbofobia, bissexual, cismatortividade e heteronormatividade, sempre levando em conta o estado da arte sobre tais conceitos no debate internacional (CORTE IDH, 2017 – Parte IV, item A). A presença de lista exemplificativa desse teor, por si só, faz ver o alcance e a utilidade desta manifestação consultiva, contribuindo, ao mesmo tempo, para a efetividade do SIDH e para a atividade dos órgãos do sistema de justiça nacionais.

Para finalizar esta notícia panorâmica sobre o estado da arte dos direitos LGBTIs nos sistemas de proteção de direitos humanos universal e interamericano, apresenta-se mais que oportuno o informe “Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIs en las Américas”, de 2018, apresentado pela CIDH (CIDH, 2018). Além de alertar para a pouca efetividade de muitas medidas estatais e para a precariedade dos registros da violência contra pessoas LGBTIs, a CIDH reafirmou os standards de proteção no SIDH, que podem ser assim indicados:

- (1) ênfase no direito a não discriminação, à igualdade perante a lei, o direito à vida e à integridade pessoal como fundantes dos sistemas regional e universal dos direitos humanos, acarretando aos Estados deveres jurídicos que se revestem de especial importância para as pessoas LGBTIs;
- (2) acento no dever dos Estados de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar, sancionar e reparar também as violações à autonomia, identidade e dignidade;
- (3) o compromisso dos Estados em respeitar e garantir os direitos humanos sem discriminação por raça, sexo, cor, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social;
- (4) afirmação, pela CDH, a partir do caso *Atala Riffo vs. Chile*, de que Osig são categorias protegidas pelo artigo 1.1. da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo qualquer diferença de tratamento fundada nesses critérios considerada suspeita, presumivelmente incompatível com a Convenção;
- (5) proteção de discriminação também com base na expressão de gênero, abarcada desde o artigo 1.1. da Convenção.
- (6) inclusão da garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da proteção antidiscriminatória de pessoas LGBTIs, alcançando, por exemplo, direito à segurança social, à saúde e ao trabalho.

Apresentados os elementos fundamentais para a compreensão e aplicação dos direitos LGBTIs como direitos humanos universais, importa refletir sobre a tarefa dos sistemas de justiça nacionais na concretização dos direitos fundamentais e no exercício de suas tarefas institucionais.

3 OS DIREITOS HUMANOS LGBTIS E OS SISTEMAS DE JUSTIÇA NACIONAIS

A afirmação dos direitos humanos LGBTIs e dos respectivos *standards* de proteção, expressam não somente princípios de justiça diante de situações de violência e discriminação; eles também contribuem para o aperfeiçoamento do direito e do sistema de justiça nacionais, informando tanto o conteúdo e a interpretação de cada ordenamento jurídico interno quanto indicando rumos para as instituições e os agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público.

3.1 Os direitos humanos LGBTIs e os ordenamentos jurídicos nacionais

No atual estágio do direito internacional e do direito constitucional, o conteúdo e a interpretação dos direitos fundamentais¹⁰ recebe o influxo dos direitos humanos internacionais e de sua compreensão, fenômeno que deita raízes no constitucionalismo desde a modernidade (CANOTILHO, 1993, p. 18).

¹⁰ Por direitos fundamentais compreendem-se os direitos básicos previstos em favor de pessoas naturais e jurídicas na Constituição de cada país; por direitos humanos, aqueles previstos no direito internacional público, constantes nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Assim, os ordenamentos jurídicos nacionais, quanto ao conteúdo, haverão de: (a) inspirar-se e se reforçar quando coincidirem suas disposições internas com as diretrizes do direito internacional dos direitos humanos; (b) serem complementados e integrados pelos direitos humanos previstos no direito internacional quando estes não estejam desenvolvidos internamente; e (c) intensificarem o grau de proteção dos direitos fundamentais, em virtude da primazia da norma mais benéfica de direito internacional perante a previsão interna menos generosa (PIOVESAN, 2010, p. 60).

Quanto à interpretação dos direitos fundamentais, os direitos humanos e sua compreensão pelos respectivos órgãos de monitoramento e de aplicação oferecem diretrizes substanciais (NEVES, 2014). Isso em virtude da boa-fé que preside a adesão dos Estados-Partes aos tratados internacionais (MAZZUOLI, 2003), como também ao princípio de interpretação *pro homine*, vigente no direito internacional dos direitos humanos e no direito constitucional. Estampado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ele informa a atividade dos sistemas de justiça nacionais, como expressamente lembrado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (BRASIL, 2014, p. 96).

A observância do direito internacional dos direitos humanos na interpretação do direito interno é reconhecida no direito comparado também além das fronteiras do hemisfério americano. No direito europeu, por exemplo, Espanha, Alemanha e Reino Unido, de modo expresso em sua legislação e por obra de seus tribunais, tomam os tratados de direitos humanos e a interpretação das cortes internacionais em sua ordem jurídica (MAUÉS, 2013).

Na América Latina o quadro não é diferente.¹¹ Argentina, Colômbia e Uruguai, dentre outros, caminham na mesma direção. De fato, o artigo 75, item 22, da Constituição da Argentina, ao conferir força constitucional a uma série de tratados internacionais de direitos humanos, não se limita a enumerar a competência para a aprovação dos tratados internacionais. A Constituição colombiana, por sua vez, é expressa ao dispor sobre a interpretação dos direitos e deveres constitucionais “em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos” (artigo 93), o que inclui a incorporação da jurisprudência dos tribunais internacionais na compreensão do “bloco de constitucionalidade” (UPRIMNY, 2005, p. 22).

¹¹ Para mais referências comparativas na América Latina, ver CARVALHO CARDINALI (2017) e RIOS (2017).

A legislação uruguaia sobre violência de gênero faz avançar a reflexão sobre os direitos humanos internacionais, sua relação com a ordem interna e os direitos LGBTIs. São eloquentes, nesse sentido, diversos dispositivos da Lei n. 19.580 de 2017, que concretizam os direitos humanos na esfera do gênero e da sexualidade, com específica consideração das pessoas LGBTIs. Dentre tantos, podem ser destacados: (artigo 1) a extensão dos direitos a mulheres trans e a diversas orientações sexuais; (artigo 3) a interpretação mais favorável e a integração conforme os valores, fins, princípios gerais de direito e disposições da Constituição e dos instrumentos internacionais, em caso de dúvida ou conflito; (artigo 5, 'c') a enumeração expressa do sexo, da orientação sexual e da identidade de gênero como critérios proibidos de discriminação; tudo sem esquecer da previsão de um amplo sistema de proteção, abrangendo direitos positivos nas arenas da educação, do trabalho e da saúde.

Como deflui desses dispositivos, o direito uruguaio coloca-se como caso exemplar do reconhecimento dos direitos LGBTIs, ao positivar e especificar exigências decorrentes do direito internacional dos direitos humanos;¹² ademais, atuou de modo atento à interpretação e aplicação de direitos humanos universais, de modo integral e articulado, em benefício de indivíduos e grupos discriminados.

3.2 Direitos humanos LGBTIs e sistema de justiça nacional

A presença dos direitos humanos na ordem interna não se esgota no âmbito da legislação interna e de sua interpretação. Ao dispor sobre o dever de adotar disposições de direito interno, a Convenção Americana de Direitos Humanos requer também que os Estados-Partes tomem medidas “de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (artigo 2), o que atesta o dever de aperfeiçoar o funcionamento e a organização do sistema de justiça diante do pluralismo e da diversidade sexual.

Nesse sentido, as medidas necessárias para a efetividade dos direitos humanos LGBTIs também impelem a atuação dos sistemas de justiça nacionais, em especial ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, dada a posição institucional que ocupam.¹³ No corpo do direito internacional dos direitos humanos, como também no direito interno, a estas instituições são atribuídas tarefas intransferíveis diante das violações de direitos humanos de pessoas LGBTIs. Sem adentrar nem depender da normatividade interna de cada país, basta ter presentes as manifestações do sistema internacional de direitos humanos acerca da missão e da conduta dos operadores jurídicos. É o que se conclui da leitura dos princípios e dos deveres atinentes à magistratura e aos agentes da lei, dispostos nos “Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial” (ONU, 2008) (daqui para frente “Bangalore”), ao lado das “Diretrizes sobre a Função dos Promotores” (ONU, 1990) (daqui para frente “Diretrizes”) e do “Código de

¹² Sobre as exigências normativas dos direitos humanos internacionais e os ordenamentos internos, ver FUSTER (1992, p. 56).

¹³ A atenção aqui delimitada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público não significa desmerecimento ou desvalorização de tantas outras frentes institucionais responsáveis pela instituição dos direitos humanos. Sem esquecer de órgãos e comissões executivas e legislativas de toda ordem, anota-se, por sua pertinência às manifestações do sistema universal de direitos humanos, a previsão das “instituições nacionais de direitos humanos”, órgãos de amplo alcance para a efetivação de direitos humanos internamente, de modo independente. Ver RAMOS (2014, p. 454).

Conduta para os funcionários encarregados de cumprir a lei” (ONU, 1979) (daqui para frente “Código de Conduta”). Deste corpo normativo, destacam-se os princípios relativos à imparcialidade, à não-discriminação e ao dever de proteção e promoção de direitos humanos.

O compromisso com a proteção dos direitos humanos pressupõe a adesão sincera e decidida, dele decorrendo diretamente o dever de protegê-los e promovê-los. Daí que Bangalore registre o dever de manter-se informado sobre o direito internacional dos direitos humanos (item 6.4., n. 206), que as Diretrizes (itens 8 e 12) e o Código de Conduta (artigo 2) insiram, dentre as funções dos promotores e dos agentes da lei, a defesa dos direitos humanos, tudo conduzindo ao conhecimento e ao compromisso com os direitos humanos LGBTIs.

As referências a não discriminação são ainda mais explícitas. Bangalore é claro desde a seleção dos magistrados (item 10) até o dever de assegurar tratamento igualitário, livre de discriminação de toda ordem, o que inclui expressamente orientação sexual (item 183), rejeitando estereótipos e discriminação de gênero (itens 184 e 185). As Diretrizes apresentam igual preocupação antidiscriminatória na seleção dos promotores (item 2.a) e em sua atuação (item 13.a), o que se repete no Código (artigos 1 e 2). Em matéria de direitos LGBTIs, a urgência e a necessidade do mandamento antidiscriminatório aumentam diante do caminho a ser trilhado na consolidação desses direitos e da intensidade da violência contra pessoas e grupos LGBTIs.

O conhecimento e o compromisso com os direitos humanos, sem discriminações, informam um pressuposto fundamental para a legitimidade da atuação dos operadores jurídicos, qual seja, a imparcialidade no exercício de suas funções.

As diversas dimensões da imparcialidade, diante dos direitos LGBTIs, implicam e requerem: (a) a inexistência de predisposição antagônica a tais direitos humanos e fundamentais (item 57); (b) a vedação de estereótipos negativos (item 58); (c) o dever de manter a mente aberta, em especial quando houver dissonância entre suas crenças e situações em que tiver que atuar (item 60); (d) o evitar comportamentos que possam ser percebidos como expressões de parcialidade ou preconceito, tais como comentários impróprios (item 62); (e) a irrelevância de objeções fundadas na orientação sexual dos juízes em si mesma bem como a estilos de vida não conformistas na vida privada, ausentes quaisquer outros elementos que possam indicar predisposição ou preconceito (item 89 e 105); (f) o dever de não apenas reconhecer e estar familiarizado com a diversidade sexual, mas também livre de parcialidade ou preconceito baseados em razões irrelevantes (item 186); (g) o dever de prevenir e evitar que procuradores se envolvam em condutas sexistas e inapropriadas no curso do processo (item 191). No mesmo diapasão, o item 13 das Diretrizes prevê aos promotores o dever de cumprimento de suas obrigações de modo imparcial, evitando todo tipo de discriminação política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou de outra índole.

A incorporação de tais parâmetros nas práticas cotidianas¹⁴ dos operadores jurídicos contribui, de modo muito significativo, para a afirmação dos direitos humanos em geral, e em particular dos direitos LGBTIs. Nesse operar, estão em jogo não somente a devida observân-

¹⁴ Sobre o efeito e a necessidade desse nível de incorporação, ver VILLEGAS (2014, p. 272).

cia da ética profissional de juízes e promotores, como também a indispensável superação de assimetrias de gênero e de discriminações institucionais¹⁵ que enfraquecem a legitimidade democrática¹⁶ e a fidelidade constitucional dos agentes e do sistema de justiça como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade democrática de um ordenamento jurídico e a qualidade de um sistema de justiça podem ser medidas de acordo com o grau de conhecimento e de compromisso que suas instituições e integrantes têm diante dos direitos humanos universais de indivíduos e grupos discriminados. O reconhecimento e as violações de direitos humanos LGBTIs podem servir, portanto, como marcadores de onde estamos e indicadores do rumo a tomar.

Nesse contexto, os *standards* de proteção dos direitos humanos LGBTIs podem impulsionar as instituições jurídicas e seus integrantes a se tornarem não só tecnicamente mais competentes, mas também individual e institucionalmente mais justos. Na relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, apresenta-se a oportunidade para se instaurar uma espiral virtuosa, na qual a especificidade dos direitos LGBTIs serve como propulsor para a efetividade dos direitos humanos de todos e como fator de consolidação e amadurecimento democráticos para agentes e instituições dos sistemas de justiça nacionais.

5 REFERÊNCIAS

- AÑAZCO, Y. Z. A. Ciudadanía y género. In: CULLETON, A. et al. (org.). *Direitos humanos e integração latino-americana*. Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2011.
- BEITZ, C. *La idea de derechos humanos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- BORRILLO, D. *Le droit des sexualités*. Paris: PUF, 2009.
- BRASIL. Almonacid Arellano vs. Chile. In: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; COMISSÃO DE ANISTIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Vol. 1.
- CABAL, L.; ROA, M.; LEMAITRE, J. (ed.). *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO CARDINALI, D. Direitos LGBT e Cortes Constitucionais Latino-Americanas: uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 31, p. 25-68, jun. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/27325>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. OAS/Ser. L/V/II.170. 7 dez. 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/126.asp>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer Consultivo OC-24/17*. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- FUSTER, B. M. V. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: BALLESTEROS, J. (ed.). *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

¹⁵ Ver RIOS (2008, p. 117-153).

¹⁶ Ver AÑAZCO (2011, p. 277).

- MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e interpretação constitucional. *SUR*, 18, 2013. Disponível em: <https://sur.conectas.org/supralegalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-interpretacao-constitucional/>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- MAZZUOLI, V. O. Observância e aplicação dos Tratados Internacionais na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 4, n. 2, p. 407-424, 2003.
- NAGAMINE, R. R. V. K. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016). *Sex., Salud Soc. (Rio J.)*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 28-56, abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872019000100028&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 ago. 2020.
- NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, de 6 de junho de 2013.
- ONU. Nações Unidas. Assembleia Geral. *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General*. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 17 nov. 2011. 2011b. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_sp.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Assembleia Geral. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos nº 17/19*. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. 14 de julho de 2011. 2011a. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/17/19>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Escritório contra drogas e crime (Unodc). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*. Tradução Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. *Guidelines on the Role of Prosecutors*. Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/prosecutors.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Livres & Iguais*. Igualdade LGBTI: Perguntas Frequentes. 2018a. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/FAQs-PT.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Nacidos Libres E Iguales*. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos. New York; Ginebra, 2012. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/nacidos-libres-e-iguales-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-normas-internacionales-de-derechos-humanos/>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, v. 5, 2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol5en.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ONU. Nações Unidas. Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Livres & Iguais*. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Orientação Sexual e Identidade de Gênero. 2018b. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/International-Human-Rights-Law-PT.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- PIOVESAN, F. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero*. Jul. 2017. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RIOS, R.R. Para um direito democrático da sexualidade. *Horiz. Antropol.*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 ago. 2020.
- RIOS, R. R. *et al.* O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.545-1.576, jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201545&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 ago. 2020.

RIOS, R. R. Concepciones sobre la homosexualidad en las Cortes Constitucionales latinoamericanas. *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419407&d=1. Acesso em: 25 ago. 2020.

RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, R. R.; SOUZA, L. G. O.; SPONCHIADO, T. Notícias de homofobia e proteção jurídica antidiscriminatória. In: DINIZ, D.; OLIVEIRA, R. M (org.). *Notícias de homofobia no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2014. p. 159-190.

UPRIMNY, R. *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente. Universidad Nacional, Escuela Nacional Sindical, ENS Colombia, Bogotá, 2005. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

VECCHIATTI, P. R. Iotti.; VIANNA, T. LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris". In: SILVEIRA, V.; DIAS, J.; LOPES, A. (org.). *Direito internacional e direitos humanos I*. CONPEDI; UFPB. Florianópolis: Conpedi; UFPB, 2014. p. 332-361. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=195http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>. Acesso em: 25 ago. 2020.

VILLEGAS, M. G. *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. 2. ed. Bogotá: IEPI; Debate, 2014.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.152-163>

E se Tivermos Errado o Caminho? Reflexões Sobre Questões Ambientais-Tecnológicas em Tempos de Covid-19

Thami Covatti Piaia

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo/RS. <http://lattes.cnpq.br/9871466774374427>. <http://orcid.org/0000-0001-7123-0186>. thamicovatti@hotmail.com

Jacson Roberto Cervi

Pós-doutorando pela Universidade de Passo Fundo com bolsa Capes. Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestrado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Graduação em Direito e Especialização em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Professor titular da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Advogado. Membro do grupo de pesquisa “Novos Direitos em Sociedades Complexas”. Experiência profissional na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Constitucional e Ecologia Política. <http://lattes.cnpq.br/3502790404185789>. <http://orcid.org/0000-0003-4209-2153>. jrcervi@san.uri.br

RESUMO

A razão geral de ser do presente trabalho, a título de problematização, consiste em verificar as influências da tecnologia em relação à sociedade e ao meio ambiente, por entender ser este o grande desafio ético-socioambiental da humanidade na contemporaneidade. Para tanto, objetiva-se pôr em discussão temas relacionados às questões ambientais, sustentáveis e tecnológicas do estágio atual do paradigma em que se encontra o mundo. Este estudo justifica-se, pois é premente o alargamento do debate acerca de reflexões sobre questões relacionadas ao enfrentamento e posterior cura da pandemia da Covid-19 e dos instrumentos utilizáveis a esse fim. O estudo apoia-se no método dialético, com abordagem analítica e delineamento a partir da averiguação bibliográfica, opções que se justificam à medida que a situação atual é entendida como um quadro contraditório, em que a sociedade, embora com o maior nível de conhecimento e arsenal tecnológico de sua história, enfrenta o risco real de colapso, amedrontando e estagnando uma geração acostumada ao progresso, não ao retrocesso, fazendo-nos questionar sobre estarmos ou não no caminho certo do progresso científico, do desenvolvimento da sociedade e da evolução humana.

Palavras-chave: Meio ambiente. Tecnologia. Pandemia da Covid-19.

ARE WE IN THE WRONG WAY?

REFLECTIONS ABOUT ENVIRONMENT-TECH SUBJECTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT

The main reason behind this work, as a problematic, consists in verify the influences of technology regarding society and the environment, due to the understanding that this is the great ethic-social-environmental challenge of humanity in our time. Therefore, its goal is to highlight through discussion, subjects related to environmental themes, as well as sustainability and technology in the state of art in which we are found. This study justify itself, due to the urgent enlargement of the debate about reflections under questions related to facing and the future cure of Covid-19 pandemic and the instruments that may be useful for this regard. This study bases itself in the dialectic method, with an analytical approach and develops through a bibliographic research. Options that are justified by the current situation regarded as a contradictory frame. In which society, despite having the largest knowledge access and technologic arsenal in history, faces a real threat of collapse, spreading fear and stagnation of a generation used to progress and not to set backs. Making us to question about if are we or are we not in the correct path to scientific progress, in social development and in human evolution.

Keywords: Environment. Technology. Covid-19 pandemic.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Algumas lições da Covid-19 para o trato das questões ambientais. 3 Afinal, em algum momento fomos modernos? 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 4/6/2020

Aceito em: 20/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Com a Indústria 4.0,¹ tecnológico e biológico se fundem, gerando inquietações a respeito do que realmente é evolução e quais os riscos à vida advindos de tais mudanças. Neste *habitat* líquido, veloz, virtual e global, ideais de Estado, corporações e o próprio sentido de ser humano são ressignificados, demandando respostas complexas que somente poderão ser alcançadas por meio de uma governança compartilhada.

O debate ambiental, estagnado no emaranhado da falsa dicotomia preservação-desenvolvimento, ainda muito presente nas discussões ambientais, parece estar contribuindo pouco para se alcançar um mínimo de consenso, necessário para o avanço e efetivação de mudanças sustentáveis. Tal paradoxo pode ser constatado no fato da crescente presença do discurso ambiental nos mais diversos setores da sociedade e, por outro lado, no ritmo lento das mudanças, muito em virtude da prevalência da cultura da dominação e da baixa efetividade da norma ambiental.

Um dos obstáculos para a superação da crise ecológica reside nas dificuldades em compreender um mundo em transformação, o que traz a sensação de que a busca por uma sociedade justa, igualitária, de uma vida virtuosa e de bem-estar, parece cada vez mais distante em um horizonte longínquo. A sustentabilidade, em suas dimensões social, ambiental e econômica, é fortemente influenciada pelas novas tecnologias, mais especificamente, pelo uso que fizemos delas. Nesse contexto, a Pandemia da Covid-19,² que paralisou o mundo humano, expõe as fragilidades de uma sociedade com noções de desenvolvimento e crescimento no mínimo questionáveis.

Assim, busca-se uma compreensão de tais fragilidades, partindo-se do pressuposto de que a sociedade tecnológica deste início de século está exigindo uma ruptura com os padrões atuais. Hodiernamente, a grande maioria das pessoas está aguardando o final da pandemia da Covid-19 para retornar à “vida normal”. Como, no entanto, também já podemos perceber, uma vez superado o pico da pandemia e, como consequência, da presença diária da morte nas ruas com centenas de milhares de vítimas, medidas de isolamento social e seus impactos na vida e rotina das pessoas, o novo vírus deixará cicatrizes e ensinamentos que dificilmente permitirão a retomada do velho estilo de vida. Quanto ao “novo normal”, se melhor ou pior que o anterior, dependerá muito do grau de assimilação e aplicação das lições deixadas. No afã de debater todas essas inquietações, o texto está estruturado em duas partes, com abordagem analítica e delineamento a partir da revisão bibliográfica.

2 ALGUMAS LIÇÕES DA COVID-19 PARA O TRATO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS

Em decorrência do alto índice de infectados e vítimas fatais causadas pelo novo coronavírus, inúmeros efeitos colaterais podem ser sentidos, como o colapso do sistema de saúde, isolamento social, recessão econômica, desemprego, fome e aumento da criminalidade, sendo apenas alguns desses efeitos que alteraram substancialmente o estilo de vida atual e em patamares globais.

¹ Expressão utilizada por SCHWAB, Klaus em: *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

² Sars-CoV-2, o novo coronavírus, causador da Covid-19.

Existe, todavia, também, o lado menos nefasto desta pandemia. As pessoas em geral, antes mergulhadas nas suas rotinas de trabalho e compromissos sociais, veem-se mais voltadas para si e suas famílias, o que favorece o resgate de laços afetivos e a reflexão. Efeitos benéficos também podem ser sentidos no meio ambiente, ainda que temporários, ao que tudo indica, com destaque para a redução da poluição atmosférica e das águas. Além disso, a solidariedade e atitudes altruístas há muito não estavam tão afloradas.

Uma das grandes armas no enfrentamento desta pandemia, além da incansável atuação dos profissionais da saúde, tem sido a disponibilização e uso de novas tecnologias. Os avanços da medicina, a agilidade no processamento e a difusão da informação, proporcionados pela inteligência artificial e pela *internet*, bem como o uso de ferramentas, como telemedicina, *home office* e sistemas de monitoramento por meio de aparelhos celulares, têm contribuído sobremaneira para o controle e a redução dos efeitos maléficos da pandemia.

A utilização, contudo, dessas novas tecnologias, além de provocar uma ruptura com os padrões tradicionais de vida e de reacender a discussão ética, que transcende os limites da presente análise, também renova o debate da democratização do acesso a essas ferramentas tecnológicas. No Brasil, grande parte das escolas públicas não conseguiu efetivar o sistema de aulas *on-line* por várias razões, com destaque para a falta de infraestrutura nas escolas e despreparo dos professores, mas, principalmente, a dificuldade de acesso à *internet* pelas pessoas mais carentes.

Tal situação também pode ser vislumbrada nas infinitas filas em agências bancárias em busca de benefícios assistenciais do Estado, simplesmente pela falta de acesso à rede, desconhecimento para manusear aplicativos ou, ainda, funcionamento inadequado do sistema. A verdade é que, mesmo num mundo completamente diferente de cem anos atrás, época da grande pandemia da *gripe espanhola*, diante desse abismo entre realidade material e virtual a pandemia da Covid-19 mostra nossas fragilidades humanitárias, fazendo com que, mesmo com toda a tecnologia e conhecimento disponíveis, a principal medida de combate seja a mesma utilizada há mais de séculos, ou seja: o isolamento social.

O exemplo da Covid-19 mostra que, simplesmente por vivermos em um mundo pretensoamente tecnológico, não significa dispor de solução imediata para todos os problemas. A compreensão dessas transformações sociais e o bom uso das novas tecnologias são determinantes dos rumos a seguir. Para isso, é necessária uma revisão de velhos conceitos e dos próprios métodos da produção de conhecimento. Não há razão para negar a realidade do progresso, mas é preciso corrigir a noção que crê seguro este progresso. Mais congruente com os fatos é pensar que não há nenhum progresso seguro, nenhuma evolução, sem a ameaça de involução e retrocesso (ORTEGA Y GASSET, 1971, p. 107).

Partindo-se do pressuposto de que a “vida é um processo de conhecimento”, Maturana e Varela (2011, p. 33) desenvolveram uma teoria que denominaram “Biologia da Cognição”, cujas ideias questionaram a forma como vemos o mundo, colocando em xeque muitas certezas e chamando a atenção para a necessidade de assunção de responsabilidades (CAPRA, 2006, p. 23-24).

Uma dessas certezas, questionada pelos autores, diz respeito à visão do animal como ser egoísta, fruto de sua herança biológica, e que pautou toda a discussão filosófica entre as teorias contratualista e naturalista sobre origem da sociedade e do Estado. Segundo Maturana e Varela (2011, p. 269), após analisarem o comportamento de diversas espécies animais,

o altruísmo mostrou-se praticamente universal, o que vale também para os seres humanos, pelo fato de que “a aceitação do outro junto a nós na convivência, é o fundamento biológico do fenômeno social”. Logo, “sem amor, sem aceitação do outro junto a nós, não há socialização, e sem esta não há humanidade”. Civilização é, antes de tudo, vontade de convivência. É-se incivil e bárbaro na medida em que não se conte com os demais. A barbárie é tendência à dissociação. Assim, todas as épocas bárbaras têm sido tempos de espalhamento humano, com populações de mínimos grupos separados e hostis (ORTEGA Y GASSET, 1971, p. 105).

Para Capra (2006), o grande desafio de nosso tempo é “criar comunidades sustentáveis”, sendo algumas soluções para muitos dos nossos problemas até mesmo simples, mas que demandam uma mudança radical das nossas percepções e valores. Essa mudança paradigmática, em síntese, requer uma profunda revisão da visão mecanicista de mundo, de Descartes e Newton, para uma visão holística, ecológica, a qual “concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas”, onde se “reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e se concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida (CAPRA, 2006, p. 25-26). Latour (2019, p. 16)) enfatiza que nós, humanos, também temos medo que o céu caia sobre nossa cabeça. Nós também devemos levar em conta as leis, o poder e a moral para compreender o que nossas ciências dizem sobre a química da alta atmosfera.

Nesse diapasão, Leff (2002, p. 183) aponta para a necessidade de uma epistemologia ambiental fundada no diálogo de saberes na gestão ambiental, no regime democrático, com ampla participação social, condição iniludível à sustentabilidade. A epistemologia ambiental não está subsumida na construção do espaço interdisciplinar por meio da identificação dos nexos possíveis entre as disciplinas científicas, apontando, sobretudo, para um novo espaço social e epistêmico formado pelo encontro de saberes. O caráter inovador da proposta de Leff (2002) repousa, pois, no fato de ultrapassar a perspectiva academicista, disciplinar e autorreferente da ciência moderna, propondo a busca de novas trilhas no fluxo da história, o que requer um esforço de ruptura não somente com os abismos historicamente produzidos entre as distintas áreas do conhecimento, mas um diálogo com outras expressões do saber. “O acolhimento da alteridade, a valorização da diferença e o respeito à diversidade moldam o horizonte ético-político da epistemologia ambiental” (p. 196-197).

Vejamos o caso do Brasil e sua jovem democracia, que [...] na verdade, tem sido pioneira em inovações que a situam na vanguarda do desenvolvimento democrático do mundo. Exatamente quando a democracia se enraizou, no entanto, novos tipos de violência, injustiça, corrupção e impunidade aumentaram dramaticamente (HOLSTON, 2013, p. 349), afetando principalmente as populações carentes. [...] entre as classes populares, portanto, o novo fundamento dos direitos no texto da Constituição enfrenta o antigo regime ao introduzir o anonimato como condição e a igualdade como resultado das práticas de cidadania (HOLSTON, 2013, p. 345). Na argumentação de Holston (2013), [...] em vez das glórias que lhes foram antecipadas, os brasileiros vivenciam uma cidadania democrática que parece ao mesmo tempo se erodir com sua expansão, uma democracia às vezes capaz e outras vezes tragicamente incapaz de proteger o corpo de seus cidadãos e de produzir uma sociedade justa (p. 349-350).

[...] a lei precisa promover esses ideais, caso contrário seu arbítrio comprometerá a possibilidade de justiça. No entanto, a compreensão de que múltiplos interesses informam sua aplicação e sua elaboração evita a suposição de que a lei é justa (ou democrática) sem a investigação das formas pelas quais um específico estado de direito se liga a um regime de cidadania (HOLSTON, 2013, p. 268-269).

Ademais, embora seja previsível que a lei gere caos, com frequência isso se faz por propósitos estratégicos que pouco têm a ver com justiça. O estado de direito tem tanto a ver com essas produções quanto com objetivos de proibição, clareza e resolução (HOLSTON, 2013, p. 268-269). Nesse contexto, a proteção do meio ambiente e do seu saber é, também, um elemento essencial para a proteção da cidadania e dos Direitos Humanos. A degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e o avanço da desigualdade e da pobreza, são sinais eloquentes da crise do mundo globalizado (LEFF, 2001, p. 9). Machado (2014) bem argumenta, quando afirma que: [...] nem é necessário desenvolver tal questão, porque os danos causados ao meio ambiente podem comprometer e minar todos os Direitos Humanos, que são apontados pela Declaração Universal e outros atos consagrando tais direitos (p. 15). [...] nessa visão, a democracia está necessariamente ligada a uma concepção mais ampla de cidadania, que vai além da esfera política, e sua avaliação está vinculada às complexidades das realizações da cidadania em contextos históricos específicos (HOLSTON, 2013, p. 398).

[...] assim, combinados à nova participação cívica, esses novos entendimentos dos direitos sustentam o crescimento de medidas significativas de cidadania igualitária. A igualdade da inclusão que esse crescimento exige é insurgente, mesmo que tenha de abrir a cotoveladas o seu caminho no sistema existente. É insurgente porque a reivindicação aos direitos de cidadão não é pequena; ela já pressupõe a totalidade dos direitos possíveis (HOLSTON, 2013, p. 345).

Com a insurgência, possuímos uma dimensão de abertura, de romper barreiras, de superar interditos, de ir para além de todos os limites. É isso que chamamos de transcendência. Essa é uma estrutura de base do ser humano (BOFF, 2000, p. 28). Se é assim, podemos lecionar: todos os tempos são tempos de transcendência (BOFF, 2000, p. 30). [...] na formulação insurgente, os moradores das periferias imaginam que seus interesses derivam de sua própria existência, não dos planos do Estado, que são bem informados e competentes para tomar decisões a respeito desses interesses, e que suas próprias organizações podem articulá-las (HOLSTON, 2013, p. 322).

Esses processos de insurgência possibilitam transformações sociais e culturais que transcendem as formulações clássicas sobre cidadania democrática no Brasil. [...] embora necessária, a democracia política não é suficiente para garantir a cidadania civil e social e para produzir um estado democrático de direito. Sem esses dois elementos, a realização da cidadania democrática continua ineficaz, e a própria democracia política perde legitimidade como forma de governo (HOLSTON, 2013, p. 397-398), o que é extremamente perigoso.

A partir disso, surge, então, a necessidade de reconhecimento e proteção dos direitos de toda uma população afetada por grandes desafios, especialmente em tempos de retrocesso e medo generalizado decorrentes da pandemia da Covid-19. Desse reconhecimento e proteção, criaríamos [...] uma oportunidade radical para refazer a cidadania brasileira na dire-

ção de uma sociedade democrática (HOLSTON, 2013, p. 345), verdadeiramente democrática, concedendo a todos os cidadãos, direitos e garantias nos âmbitos social, político, econômico e ambiental.

Essa compreensão, embora bastante avançada, desenvolvida por todos que trabalham com uma visão sistêmica, ainda não mereceu a devida atenção dos líderes nacionais e mundiais. Políticos, empresários e até mesmo pesquisadores, embora reconheçam a importância dessa nova teoria, ainda têm se demonstrado excessivamente apegados a velhos conceitos e práticas cartesianas, bem como carecem de limites éticos que os direcionem a serviço das pessoas e do meio ambiente. Nesse contexto, a revolução científica e as novas tecnologias dela resultantes, para apresentarem benefícios efetivos à sociedade e ao meio ambiente, precisam romper com velhas práticas que trouxeram a humanidade a este estágio de degradação humana e ambiental.

3 AFINAL, EM ALGUM MOMENTO FOMOS MODERNOS?

Como resultado da modernidade, desde a segunda metade do século 19 o homem médio não encontrou ante si barreiras sociais nenhuma, quer dizer, tampouco nas formas da vida pública encontrou-se ao nascer com entraves e limitações. Nada o obrigou a conter sua vida. Não existiam os “Estados” nem as “castas”. Não havia ninguém civilmente privilegiado. O homem médio aprendeu que todos os homens eram legalmente iguais (ORTEGA Y GASSET, 1971). [...] trata-se, com efeito, de uma inovação radical no destino humano, que é implantada pelo século XIX. Cria-se um novo cenário para a existência do homem, novo no físico e no social. Três princípios fizeram possível esse novo mundo: a democracia liberal, a experimentação científica e o industrialismo (ORTEGA Y GASSET, 1971, p. 89).

Se os dogmas tradicionais diziam: “viver é sentir-se limitado e, por isso mesmo, ter de contar com o que nos limita”, a voz novíssima gritava: “viver é não encontrar limitação alguma: portanto, abandonar-se tranquilamente a si mesmo. Praticamente nada era impossível, nada era perigoso e, em princípio, ninguém era superior a ninguém” (ORTEGA Y GASSET, 1971, p. 93). A modernidade apresentou à humanidade um novo paradigma moderno, distanciando-a do antigo mundo selvagem. Assim, nenhum antropólogo necessitaria estudá-la, não haveria razão. Por quê? Porque nós somos modernos. Nosso tecido não é mais inteiriço. A continuidade das análises tornou-se impossível. Para os antropólogos tradicionais, não há, não pode haver, não deve haver, uma antropologia do mundo moderno (LATOURET, 2019, p. 16).

É justamente porque permanecemos incapazes de nos estudar desta forma que somos tão sutis e tão distantes quando vamos estudar os outros sob os trópicos (LATOURET, 2019, p. 16-17). A superioridade de nos definirmos como “modernos” nos afastou dos “não modernos”. Se, no entanto, o mundo moderno tornou-se, por sua vez, capaz de ser antropologizado, foi porque algo lhe aconteceu (LATOURET, 2019, p. 17), como quando o ocidente liberal vencera a Guerra Fria, a cortina de ferro estava em processo de deterioração e os países do Oeste celebravam a grande vitória sobre o Leste. Assim, buscando desviar a exploração do homem pelo homem para uma exploração da natureza pelo homem, o capitalismo multiplicou indefinidamente as duas (LATOURET, 2019, p. 18). Esquecemos, pois, a palavra ambiente [...] presumindo que nós, homens, estamos no centro de um sistema de coisas que gravitam à nossa volta, umbigos do universo, donos e possuidores da natureza (SERRES, 1990, p. 81).

Então, o recalçado retorna e retorna em dobro: as multidões que deveriam ser salvas da morte caem aos milhões na miséria; as naturezas que deveriam ser absolutamente dominadas nos dominam de forma igualmente global, ameaçando todos. Estranha dialética esta que faz do escravo dominado o mestre e o dono do homem, e que subitamente nos ensina que inventamos os *ecocídios* e ao mesmo tempo as fomes em larga escala (LATOIR, 2019, p. 18).

Ainda em 1989, contudo, logo após a queda do Muro de Berlim, em Paris, Londres e Amsterdã, foram realizadas as primeiras conferências sobre o estado global do planeta, o que simbolizou, para alguns observadores, o fim do *capitalismo desenfreado* e de suas vãs esperanças de conquista infinita e de dominação total sobre a natureza, que, nesse momento, já não era mais considerada infundável. Após esta digressão, [...] nós, modernos, aparentemente perdemos um pouco de confiança em nós mesmos, e pessoas que não confiam umas nas outras acabarão cooperando somente num sistema de regras e regulamentos, que têm de ser negociados, acordados, litigiados, e postos em vigor muitas vezes por meios coercitivos. Esse aparato legal serve de substituto da confiança (FUKUYAMA, 1996, p. 43). Giddens trata da questão da evolução dos ambientes de confiança e risco nas culturas modernas e pré-modernas, demonstrando que o bem-estar de uma nação, bem como a sua capacidade de associação, são condicionados por uma única e sutil característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade (1991, p. 69).

Latour questiona, então, se teria sido melhor não tentar acabar com a exploração do homem pelo homem; se teria sido melhor não tentar se tornar mestre e dono da natureza. Nossas mais altas virtudes foram colocadas a serviço desta tarefa dupla, uma do lado da política, outra do lado das ciências e tecnologias (2019, p. 18-19) Dessa forma, não podemos entender as decisões de hoje, e defini-las na modelagem do desempenho econômico, sem traçar a evolução incremental das instituições (NORTH, 1990, p. 100). As evoluções futuras do sistema dependem de seus estados presentes e passados (HERSCOVICI, 2004, p. 6).

Desse modo, no entanto, nos voltaríamos tranquilamente para nossa juventude entusiasta e comportada da mesma forma como os jovens alemães se voltam para seus pais grisalhos: “A que ordens criminosas estávamos obedecendo”? “Poderemos dizer que não sabíamos”? (LATOIR, 2019, p. 19). Nelson acredita que a história é importante (2006, p. 9), e quando um caminho é escolhido há a atuação de mecanismos autorreforçadores que fazem com que o processo fique condicionado (*locked in*)³ a essa escolha e seja dependente de sua trajetória (*path dependence*). O *link* entre o passado, o presente e o futuro é oferecido pela história e significa que o desempenho econômico e social de um país é fortemente influenciado pelos seus eventos anteriores. David (1994, p. 208) afirma que esse tipo de processo é dependente da trajetória (*path dependence*), uma vez que ele é incapaz de se livrar dos efeitos persistentes de condições aleatórias e transitórias que prevaleceram no início da história do processo.

Sendo assim, o novo conhecimento constrói-se cumulativamente sobre o conhecimento do passado (CASTALDI; DOSI, 2006, p. 103). Posto que eventos aleatórios selecionem uma trajetória particular, a escolha poderá tornar-se *locked in* a despeito das vantagens das alternati-

³ Aprisionamento.

vas (WILLIAM, 1990, p. 92). Assim, cada passo dado numa direção aumenta a probabilidade de passos adicionais serem dados na mesma direção (HATHAWAY, 2003, p. 128). *Path dependence* significa que a história e o presente são determinantes para as escolhas e as condições do futuro.

A partir dessa compreensão, surge a dúvida sobre o bom fundamento das boas intenções, fazendo com que alguns de nós tenhamos nos tornado reacionários de duas formas diferentes: não é mais preciso querer acabar com a dominação do homem pelo homem, dizem alguns; não é mais preciso tentar dominar a natureza, dizem outros. Sejam definitivamente antimodernos, dizem todos (LATOURE, 2019, p. 19). Por outro lado, o pós-modernismo, expressão vaga, resume bem o ceticismo mal resolvido daqueles que recusam uma ou outra reação (LATOURE, 2019, p. 19). Quer sejamos antimodernos, modernos ou pós-modernos, somos todos mais uma vez questionados pela dupla falência do espetacular ano de 1989. Sejam, portanto, humanos tão somente, demasiadamente humanos, sem rótulos.

Antiguidade, modernidade e contemporaneidade significam passagem do tempo na história, e, sim, a história importa. Mediante o adjetivo moderno, designamos um novo regime, uma aceleração, uma ruptura, uma revolução do tempo. Quando as palavras “moderno”, “modernização” e “modernidade” aparecem, definimos, por contraste, um passado arcaico e estável (LATOURE, 2019, p. 20). Além disso, a palavra encontra-se sempre colocada durante uma polêmica, em uma briga em que há ganhadores e perdedores, “Antigos e Modernos”. “Moderno”, portanto, é duas vezes assimétrico: assinala uma ruptura na passagem regular do tempo; assinala um combate no qual há vencedores e vencidos (LATOURE, 2019, p. 20).

Afinal, somos vencedores ou fomos vencidos? As técnicas determinam a sociedade e a cultura? A tecnologia dos algoritmos e da inteligência artificial nos dominará? Se aceitarmos a ficção de uma relação ela é muito mais complexa do que uma relação de determinação. A emergência do ciberespaço acompanha, traduz e favorece uma evolução geral da civilização. Uma técnica é produzida dentro de uma cultura, e uma sociedade encontra-se condicionada por suas técnicas; condicionada, não determinada. Essa diferença é fundamental, aponta Lévy (1999, p. 25), para sabermos, ao final, se somos vencedores ou se fomos vencidos.

Dizer que a técnica condiciona significa afirmar que se abrem algumas possibilidades, que algumas opções culturais ou sociais não poderiam ser pensadas a sério sem sua presença. Muitas possibilidades, todavia, são abertas, e nem todas serão aproveitadas. As mesmas técnicas podem integrar-se a conjuntos culturais bastante diferentes (LÉVY, 1999, p. 25). Embora, entretanto, não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou, então, também e principalmente, pela intervenção estatal a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos (CASTELLS, 1999, p. 26).

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos afirmar que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico (CASTELLS, 1999, p. 26).

A invenção do estribo permitiu o desenvolvimento de uma nova forma de cavalaria pesada, a partir da qual foram construídos o imaginário da cavalaria e as estruturas políticas e sociais do feudalismo. No entanto, o estribo, enquanto dispositivo material, não é a “causa” do feudalismo europeu. Não há uma “causa” identificável para um estado de fato social ou cultural, mas sim um conjunto infinitamente complexo e parcialmente indeterminado de processos de interação que se autossustentam ou se inibem. Podemos dizer em contrapartida que, sem o estribo, é difícil conceber como cavaleiros com armaduras ficariam sobre seus cavalos de batalha e atacariam com lança em riste... O estribo condiciona efetivamente toda a cavalaria e, indiretamente, todo o feudalismo, mas não os determina (LÉVY, 1999, p. 25).

O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo ou seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados (CASTELLS, 1999, p. 31). Em grande parte, a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para impulsionar seu domínio tecnológico por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. O processo histórico em que esse desenvolvimento de forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais (CASTELLS, 1999, p. 31).

Não é diferente no caso da revolução tecnológica atual. Ela originou-se e difundiu-se, não por acaso, em um período histórico da reestruturação global do capitalismo, para o qual foi uma ferramenta básica (CASTELLS, 1999, p. 31). A nova sociedade emergente desse processo de transformação, portanto, é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação pacífica com o capitalismo global e a tecnologia informacional (CASTELLS, 1999, p. 31).

Dessa forma, percebe-se que a contemporaneidade está marcada por duas grandes questões: de um lado a questão ambiental e do outro todo um conjunto de inovações decorrentes do desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação no seu mais alto nível, sendo ambas questões estratégicas para o futuro e sobrevivência da humanidade, sendo depositados nelas os desafios, os anseios e as esperanças de vida.

Necessitamos, entretanto, de diferentes dinâmicas nos novos pactos sociais em construção, porque, ao contrário dos antigos pactos sociais que assumiram o caráter antropocêntrico da estrutura social, excluindo elementos não humanos, biológicos e ambientais, os novos pactos sociais deverão ser híbridos, protegendo e respeitando não apenas os seres humanos e sua evolução, mas, igualmente, o meio ambiente e sua sustentabilidade, pois não há possibilidade de sobrevivência humana sem que o planeta sobreviva, sem que o planeta seja preservado.

Assim, é imperioso que tenhamos equilíbrio entre homem, natureza e tecnologia para a sobrevivência humana, porque, apesar de todo o desenvolvimento tecnológico, inserindo-se e transformando a vida de quase metade da população do planeta neste momento de pandemia da Covid-19, percebemos o quão frágeis ainda somos e que nossa superioridade perante as demais espécies de animais não se sustenta, e se não utilizarmos da racionalidade que nos caracteriza, não sobreviveremos aos efeitos do novo coronavírus. Mais do que nunca,

confiança, solidariedade e conhecimento científico e tecnológico devem andar juntos para combater um inimigo invisível que nos ataca em todos os continentes, em todos os países e em todas as classes sociais: um novo vírus, ainda sem cura imediata.

A humanidade, por conseguinte, dependente de uma vacina para preservar a sobrevivência atual e garantir seu futuro, agora repensa seus valores sobre sustentabilidade e tecnologia, pois da imunização contra a Covid-19 depende a vida de toda uma geração; geração essa que, apesar de ser identificada como moderna, contemporânea, pós-moderna ou até mesmo pós-humana por alguns, está amedrontada, desconfiada, carente de recursos financeiros e de alteridade, como em épocas passadas, quando vivíamos nas penumbras da escuridão medieval.

Para tanto, deixemos que a tecnologia nos condicione, mas não nos determine.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, seja a natureza humana egoísta ou altruísta, optando por uma ecologização do pensamento mais rasa ou profunda, que parece que ainda carecemos de uma filosofia ecológica como alicerce para sustentar a nova forma de nos relacionarmos com a natureza. Afinal, o mercado e o atual modo de vida de consumo dependem tanto dos recursos naturais e do equilíbrio dos ecossistemas para sua manutenção quanto todas as formas de vida existentes.

Tal constatação faz da dicotomia crescimento econômico-preservação dos recursos naturais um falso problema, posto que ambos apenas subsistem em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem o qual o colapso socioambiental pode colocar em xeque qualquer forma de organização social. Logo, partindo-se do pressuposto de que o cuidar de algo presume previamente conhecer, é indispensável o fomento de políticas de ecocidadania como mecanismo de informação e participação nas tomadas de decisão.

A atual crise ambiental consiste, na verdade, em uma crise ética, civilizatória, materializada na intolerância, desrespeito às diferenças, aos Direitos Humanos e de descaso às questões ambientais. Problemas ambientais globais, a exemplo das mudanças climáticas, exigem uma postura proativa de uma nova ordem sociopolítica que transcenda o estatismo ou o privatismo. Estado, mercado e comunidades devem atuar de forma uníssona e responsiva, pondo as novas tecnologias e as instituições a serviço das pessoas, não o contrário.

Para tanto, além do necessário amadurecimento dos instrumentos e processos de participação cidadã e de definição de políticas públicas, deve-se pensar na promoção de uma cultura ecológica. Essa mudança de comportamento na relação homem-meio ambiente, pautada no cuidado e no reconhecimento (CERVI; HAHN, 2016), deverá ordenar o desenvolvimento no sentido da superação de causas estruturais das disfunções da economia mundial e corrigir modelos de crescimento que não estejam em sintonia com a sustentabilidade socioambiental.

Enfim, conclui-se que a transformação cultural e social da humanidade precisa acontecer em diversos âmbitos para a obtenção de êxitos. A transformação pessoal em múltiplas esferas é essencial, mas não suficiente, e não deve ocorrer apenas em termos de consciência, mas implicar ação individual e coletiva. Os indivíduos, contudo, necessitam do apoio da sociedade engajada e de Estados que tenham políticas públicas orientadas a uma tradição moral

capaz de reforçar suas próprias gerações, protegendo as pessoas e a diversidade do planeta, pois a nenhuma instituição é permitido considerar-se marginal ou não completamente envolvida nesses acontecimentos, para que haja futuro para humanos e seu *habitat*.

5 REFERÊNCIAS

- ARTHUR, W. Brian. Positive Feedbacks in the Economy. *Scientific American*, v. 262, n. 2, p. 92-99, 1990.
- BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*. Pedro Elói Duarte Trad. Portugal: Edições 70, 2017.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2010.
- BOFF, Leonardo. *Tempo de transcendência: o ser humano como um projeto infinito*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.
- CASTALDI, C.; DOSI, G. The Grip of History and the Scope for Novelty: some results and open questions on path dependence in economic processes. In: WIMMER, A.; KÖSSLER, R. (ed.). *Understanding change: models, methodologies, and metaphors*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006. p. 99-128.
- CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. *O poder da identidade*. Tradução Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 2.
- CERVI, Jacson R.; HAHN, Noli Bernardo. A Terra pede paz – a emergência do paradigma do cuidado e a superação do paradigma da conquista. *Revista Internacional de Direito Ambiental Revista Internacional de Direito Ambiental*, a. V, n. 15, set./dez. 2016. Caxias do Sul, RS: Plenum Ed., 2016.
- DAVID, P. A. Why are institutions the carriers of history? Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions. *Structural Change and Economic Dynamics*, v. 5, n. 2, 1994.
- DIAMOND, Jared. *Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. Alexandre Raposo. Trad. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- HATHAWAY, Oona A. Path Dependence in the Law: the course and pattern of legal change in a common Law system. *Law, Economics, and Public Policy Working Papers*, Paper 270, p. 100-165, 2003.
- HERSCOVICI, A. Historicidade, entropia e não linearidade: algumas aplicações possíveis na Ciência Econômica. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPEC, 31., 2003. Porto Seguro: Anpec, 2004.
- HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Tradução Carlos Irineu da Costa. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2019.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental 2*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2011.
- NELSON, R. R. *As fontes do crescimento econômico*. Campinas: Unicamp, 2006.
- NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- ONU. Organização Mundial da Saúde. *Covid-19*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 4 abr. 2020.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução Herrera Filho. 3. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Instituto Piaget: Lisboa, 1990.

WALLACE-Wells, David. *A terra inabitável: uma história do futuro*. Cássio de Arantes Leite Trad. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

WILLIAM, Brian Arthur. Positive Feedbacks in the Economy. *Scientific American*, v. 262, n. 2, 1990. p. 92-99.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.164-176>

O Ensino Jurídico e a Perspectiva Universitária Humanística

Aldemir Berwig

Doutor e Mestre em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Possui Graduação em Direito e Administração (Unijuí). Especialização em Direito Tributário pela Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina (Unisul). Professor-adjunto e coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) na Unijuí. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Urbanístico, Municipal, Trânsito e Ambiental, atuando, principalmente, nas seguintes áreas: cidadania e participação, administração pública, planos diretores municipais, elaboração e consolidação de legislação. Presta consultoria na área de elaboração legislativa e de projetos de extensão. <http://lattes.cnpq.br/9828795111515673>. <http://orcid.org/0000-0003-2405-2094>. berwig@unijui.edu.br

RESUMO

Este artigo é uma reflexão sobre a formação humana em cursos jurídicos, orientada a partir da ideia de que uma formação sólida pode contribuir para o fortalecimento das relações humanas e da sociabilidade. Trata-se de pesquisa qualitativa com reflexão a partir de estudo teórico que tematiza a ideia de que a educação tem o papel fundamental de desenvolver a humanidade do homem e que formação jurídica não pode pretender apenas ter um viés operatório-instrumental. Nesse contexto, propõe a necessidade de um debate sobre a linguagem, o simbólico e o desenvolvimento do pensamento crítico-reflexivo nos cursos jurídicos. No seu desenvolvimento, o texto analisa a necessidade de uma abordagem de viés humanista como preocupação com as futuras gerações, para que o ensino jurídico universitário não seja apenas um instrumento de conservação da tradição ou de leitura da legalidade, mas desenvolva a capacidade crítico-reflexiva. Por fim, defende a ideia de que uma formação sólida pode contribuir para o fortalecimento das relações humanas e da sociabilidade, de modo que esteja comprometida com a justiça social e que seja entendida como uma ampliação dos horizontes para uma atuação comprometida na sociedade, o que somente é possível com uma formação integral do ser humano.

Palavras-chave: Dimensão crítico-reflexiva. Formação humana. Hermenêutica. Operatório-instrumental. Sociabilidade humana.

THE LEGAL EDUCATION AND THE UNIVERSITY HUMANISTIC PERSPECTIVE

ABSTRACT

This article is a reflection on human formation in legal courses, guided by the idea that a solid formation can contribute to the strengthening of human relations and sociability. It is a qualitative research with reflection from a theoretical study which thematizes the idea that education has the fundamental role of developing mankind of man and that legal training can not only pretend to have an operatory-instrumental bias. In this context it proposes the need for a debate on the language, the symbolic and the development of critical-reflexive thinking in legal courses. In its development it analyzes the need for a humanistic bias approach as a concern for future generations, that university legal education should not only be an instrument of tradition preservation or legality reading but should develop critical-reflective capacity. Finally, it supports the idea that a solid formation can contribute to the strengthening of human relations and sociability, so that it is committed to social justice and is understood as a broadening of horizons for a committed performance in society, which it is only possible with an integral formation of the human being.

Keywords: Critical-reflexive dimension. Human formation. Hermeneutics. Operatory-instrumental. Human sociability.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Educação e formação universitária: aspectos da aprendizagem jurídica. 3 A opção filosófica humanística de ensino do Direito a partir de sua compreensão como realidade imaginada. 4 O ensino do objeto do Direito na perspectiva de um lastro humanístico. 5 Considerações finais. 6 Referências

Recebido em: 5/2/2019

Modificações solicitadas em: 23/7/2020

Aceito em: 20/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Esta abordagem não quer fazer simplesmente uma crítica ao olhar dispendido por outros autores sobre a deficiência na formação¹ do jurista, mas quer propor a ideia de que uma formação sólida pode contribuir para o fortalecimento das relações humanas e da sociabilidade, gerando um impacto positivo no respeito aos direitos humanos e à cidadania. Não objetiva criticar os diversos posicionamentos acerca dos conteúdos adequados à formação do jurista ou a forma como sejam abordados, mas quer propor alternativas para uma formação comprometida com a justiça social. Qualquer indicação de posicionamento, compreendida na ideia de que não há uma verdade absoluta e que uma forma desejável de ensino depende de consensos firmados, visa a, unicamente, fundamentar este entendimento.

Desta forma, coloca-se o seguinte problema de pesquisa: Pode-se falar em humanidade do homem como objeto do ensino jurídico ou ele destina-se unicamente a uma formação que tenha um viés operatório-instrumental? A partir desta pergunta aborda-se o entendimento de aprendizagem para contextualizar a ideia de formação integral do ser humano mesmo num curso jurídico. Parte-se do pressuposto de que a formação não pode estar preocupada unicamente com a especialização do homem na sua área do conhecimento, mas importe-se fundamentalmente com a humanidade.

A compreensão de que a aprendizagem não se justifica apenas por uma pretensão de acúmulo de informações que possam, posteriormente, ser aferidas, impõe a necessidade de uma reflexão dialogada com o outro. Assim, aborda-se, inicialmente, a ideia de que a educação tem o papel fundamental de desenvolver a humanidade do homem e que, a partir desta compreensão, a formação jurídica não pode pretender apenas ter um viés operatório-instrumental. Nesse contexto, ganha espaço a discussão sobre a linguagem, o simbólico e o desenvolvimento do pensamento crítico-reflexivo.

Em momento posterior aborda-se a ideia de realidade imaginada como consequência da construção jurídica de sociedade e das relações humanas. Neste momento volta-se a enfatizar a necessidade de uma abordagem de viés humanista como preocupação com as futuras gerações. Argumenta-se que o ensino jurídico universitário não pode ser apenas um instrumento de conservação da tradição e não se limite a uma leitura da legalidade, mas pode ser concebido como um espaço de preparação da mente para o desenvolvimento da capacidade crítico-reflexiva, ou seja, desenvolver a capacidade de pensar autonomamente.

Finalizando a abordagem, vai tratar do lastro humanístico que, na perspectiva do autor, fundamenta o ensino jurídico para que se compreenda o Direito como pilar da sociabilidade. Nestas condições, propõe que o ensino jurídico, para além de uma atividade de aplicação,

¹ Quando se fala em formação está-se aludindo a um conceito fundamental do humanismo e que diz respeito à constituição humana; uma formação “[...] estreitamente ligada ao conceito de cultura e [que] designa, antes de tudo, a maneira especificamente humana de aperfeiçoar suas aptidões e faculdades. [...]” (GADAMER, 2015, p. 45). A formação resulta mais de um “[...] processo de devir do que o próprio processo corresponde a uma freqüente transferência do devir para o ser. Aqui a transferência é bastante evidente, pois o resultado da formação não se produz na forma de uma finalidade técnica, mas nasce do processo interior de formulação e formação, permanecendo assim em constante evolução e aperfeiçoamento. [...]” (GADAMER, 2015, p. 46).

pode situar o humano na sociedade e possibilitar tal sociabilidade para contribuir para a construção de uma sociedade que resgate as promessas da modernidade e tenha o humano como centro de suas preocupações.

2 EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA: ASPECTOS DA APRENDIZAGEM JURÍDICA

Se aceitarmos que o homem se faz humano pela educação e que a humanidade dos homens é necessária para a continuidade da evolução da sociedade em termos pacíficos de convivência e busca da vida boa,² seremos forçados a compreender que a educação é responsável pela humanidade e que, por outro lado, deve propiciar aprendizagens significativas, “[...] que se orientem para novas competências comunicativas nos campos da cultura, da vida em sociedade e da expressão das personalidades libertas de qualquer amarra” (MARQUES, 1993, p. 111).

A formação universitária não está limitada à mera passagem por conteúdos que serão aferidos posteriormente. A preocupação com a formação dos homens concretiza-se em dois aspectos: (a) que seja uma formação para a autonomia diante da vida, uma vez que sendo ela indeterminada, diante dessa abertura que é a vida o sujeito tenha uma posição autônoma; (b) que seja uma formação que lhe proporcione os conhecimentos crítico-reflexivos para também exercer as competências operatório-instrumentais. Na formação superior não basta conhecer a técnica do Direito se se desconhece sua finalidade social. É necessário substantivar sua compreensão e comprometê-la com a vida humana na sociedade.

Indica, esse aporte, que é necessário mover a inteligência humana para que a universidade, e, neste caso, a formação jurídica, seja um espaço de reflexão sobre a humanidade e todos os avanços que têm sido possibilitados pela ciência. Uma aprendizagem humana que compreenda a relação entre educação e conhecimento numa “[...] ótica da aprendizagem que constitui a humanidade e em que se constituem os homens pela ação comunicativa e na hermenêutica das tradições de face aos desafios dos novos tempos no imperativo da emancipação humana” (MARQUES, 1993, p. 112).

Verifica-se de que forma se articula esta concepção formativa como formação universitária, humanística, cidadã e política e com a operatividade do Direito. Abordam-se essas várias possibilidades como a formação necessária da universidade para que a própria instituição não se reduza a uma escola de aplicação, mas preocupe-se com a formação sempre alinhada em três dimensões: a hermenêutica, a crítico-reflexiva e a operatório-instrumental (MARQUES, 2006).

Na dimensão hermenêutica verifica-se que toda construção humana, simbólica e jurídica tem razão histórica, se faz no tempo, não é uma predeterminação do que deva ser, só se concretiza na relação com a história: os sentidos aparecem e se articulam em razão disso. É necessário considerar, na formação, a base para compreender de forma mais profunda os

² No presente contexto, falar em vida boa significa pensar nas promessas da modernidade com a construção de um Estado de bem-estar social, no qual os direitos humanos e a cidadania sejam parâmetros de convivência humana na sociedade, e garantidos e concretizados pelo próprio Estado. Nessa concepção, a vida boa seria a resultante da fruição dos bens proporcionados pela modernidade e distribuídos na sociedade.

fenômenos. Fundamentalmente a formação na universidade ocorre nessa perspectiva hermenêutica, o que implica conservar, refazer, situar-se na tradição, porque sem essa tradição não há humanidade, o homem é jogado no mundo, sem referência nenhuma. Esta a razão pela qual a introdução ao tema considera o pensamento, a linguagem e o simbólico, mas olha para a história visando a compreendê-la. Somente a partir deste conhecimento é que se pode pensar em um posicionamento crítico-reflexivo. Para esse posicionamento é necessário um primeiro aporte que possibilite a refutação da mera opinião para a fundamentação da compreensão.

Depois vem a dimensão crítico-reflexiva, a qual nunca pode ser pensada à revelia da tradição histórica. Crítico-reflexivo é sempre o projetar de algo “daqui para a frente”: considerando o “ser” que ainda está, como pensar o “dever-ser”? Se não houvesse o laço da tradição sobre o que sealaria? Só se consegue falar a partir do laço da tradição, pressupondo tentativas de condução das futuras ações humanas. É necessário, entretanto, ressaltar que não há qualquer certeza na reação humana diante do regramento proposto, uma vez que é um mero estabelecimento de deveres que representam apenas o fator da possibilidade.

A terceira dimensão é a operatório-instrumental, quando deve-se pensar a técnica jurídica à luz das duas dimensões supra apresentadas, também formativas, sem nunca as desprezar. É necessário que este aspecto operatório-instrumental seja decorrência da aprendizagem do conjunto das duas dimensões anteriores: a hermenêutica e a crítico-reflexiva. Estes requisitos são necessários para que se tenha uma sociedade mais coerente com a sobrevivência e a concretização de maior justiça social, embora não seja nenhuma garantia de concretização.

Considera-se que as três dimensões apontadas por Mario Osorio Marques (2006) são uma unidade necessária à formação humana por influência da teoria do agir comunicativo (HABERMAS, 2012a, 2012b). Nessa perspectiva é que se defende a formação jurídica que tenha uma preocupação com a formação e com essas dimensões de ensino. Se o campo da pedagogia foi o grande *insight* do professor Mario Osorio Marques, representa a possibilidade de pensar o ensino jurídico como alternativa que coordene as três dimensões da vida humana citadas. Tal compreensão também se pode considerar derivada de Castoriadis (2004, p. 135), quando o autor menciona que “[...] não existe sociedade sem cultura; nenhuma sociedade é reduzida ao funcional ou ao instrumental, não se conhece sociedade humana que viva como as ‘sociedades’ de abelhas ou formigas”. As sociedades humanas são incrementadas com coisas sem serventia funcional, mas que se tornam a especificidade da convivência: a questão cultural.³

Neste contexto, pode-se afirmar que as três dimensões apresentadas por Mario Osorio Marques têm razão de serem apresentadas como as dimensões necessárias na formação jurídica se se quiser garantir um modo de sociabilidade humana pautada em valores voltados à alteridade e à coesão social. Para isso, é necessário, evidentemente, tecer esse olhar enfatizando aspectos que conduzam a uma confluência de ideias, nos quais transparece a concepção formativa exposta por Mario Osorio Marques.

³ Castoriadis (2004, p. 135) menciona que a dimensão poética relaciona-se, na sociedade, àquilo que vai muito além do puramente instrumental, mencionando que não existe nenhuma sociedade sem cultura. “A distinção entre aquilo que chamo de poético e o funcional não está evidentemente nas coisas, ela se encontra na relação entre a maneira como as coisas são feitas e sua finalidade”. Um vaso pode ser apenas funcional, de plástico, ou pode ser uma obra de arte. Nesse sentido é que a beleza ultrapassa a finalidade, mas é inútil.

É assim que se abordam as razões para uma formação jurídica. Tendo clareza de que é pela educação que o homem se humaniza porque educado dentro de uma tradição, consegue-se contribuir para melhorar a convivência humana em sociedade; uma educação que depende da introdução do homem no mundo da vida, a qual ocorre pela própria constituição e compreensão do simbólico e pelo uso da linguagem.

A linguagem é a memória coletiva das comunidades humanas, aquela memória ativa da reconstrução, reservatório de evidências e contexto de experiências, donde emergem as categorias fundamentais da interpretação do mundo. Presentificação das tradições, a linguagem é a mediação da experiência humana da verdade do ser e o horizonte de uma hermenêutica histórico-ontológica. A concreatividade da linguagem, vinculando a fala e a escuta, o autor e o intérprete, é o próprio pôr-se em obra da verdade do ser. Ter linguagem significa ter mundo. A potência desveladora da palavra suplanta, no diálogo da verdade, a prepotência subjetiva dos interlocutores, desalojando-os do empenho da imposição monológica dos próprios pontos de vista subjetivos ou fixamente objetivados. O acontecimento lingüístico da operatividade da história realiza sua efetividade criadora, em que se amplia o horizonte de sentido, no qual se exerce a experiência humana histórica, concreta (MARQUES, 1993, p. 92).

Observando os fundamentos expostos por Marques é possível considerar que a formação jurídica suplanta a ideia de profissionalização, não visando somente a formar aquilo que se denomina naturalmente de “operadores jurídicos”⁴, que integram os quadros da OAB ou a burocracia estatal.

Analisar e defender a ideia de que a formação jurídica pode contribuir como formação para a autonomia social e não somente redutora ao exercício de uma profissão que possibilite a operação jurídica, é uma virtualidade, para adotar a perspectiva exposta por Pierre Lévy (2011) como uma ação inovadora, condição de um outro olhar sobre a sociedade brasileira. É atribuir capacidade instituinte ao pensamento. Defende-se, portanto, que a formação jurídica conduza a um outro contexto que prepare o homem para a autonomia na interação social, levando-o a preocupar-se com a vida e com as relações sociais e com a necessidade de compreender, como acima foi afirmado, as potencialidades do Direito no exercício da autonomia do jurista.

É importante atentar que “A aprendizagem é construção coletiva assumida por grupos específicos na dinâmica mais ampla da sociedade, que, por sua vez, se constrói a partir das aprendizagens individuais e grupais” (MARQUES, 1993, p. 109). Não se pode negar as fases de desenvolvimento individual da aprendizagem nos aspectos cognitivos ou no aspecto moral, consideradas etapas desta aprendizagem. Busca-se olhar para o ensino dando-lhe concepção de formação para que “[...] se coloque no e desde o mundo da vida, direcionada para as aprendizagens relevantes e efetivas, que só elas contam, a aprendizagem coletiva da humanidade pelos homens se torna pressuposto fundante do que aprender, do quando e como” (MARQUES, 1993, p. 110).

⁴ Considera-se equivocado designar o jurista como operador jurídico, uma vez que aparenta reduzir o estudioso do Direito a mero aplicador da lei. Na defesa que se faz aqui, mencionam-se as três dimensões do ensino, aspecto suficiente para entender que aquela é uma expressão reducionista do caráter que se espera da formação jurídica.

Essas razões indicam o entendimento de que a formação jurídica pode implicar melhorias nas relações sociais e conduzir a uma sociedade melhor. Para isso, nada mais adequado do que debater sobre o que se pode esperar de um ensino jurídico para a atuação na sociedade. Trata-se, neste caso, muito mais do que compreender a formação que habilite ao exercício profissional de aplicação, e verificar como construir uma alternativa à compreensão unívoca de formação do jurista para que se privilegie a humanidade da formação. Ou seja, considerar básica a formação humanística que habilite também para o desempenho da atuação jurídica de aplicação.

3 A OPÇÃO FILOSÓFICA HUMANÍSTICA DE ENSINO DO DIREITO A PARTIR DE SUA COMPREENSÃO COMO REALIDADE IMAGINADA

Acontecimentos do passado indicam a existência de uma preocupação com a formação jurídica, a qual pode ser compreendida como um alerta, como uma possibilidade que se organiza para as futuras gerações. Como humanos de vida finita, há uma preocupação com a sociedade e com a humanidade e não se sabe qual herança restará para as gerações futuras, embora o Direito possa estabelecer diretrizes.

Olhando o passado pode-se pressupor que alguns grandes pensadores deixaram reflexões que ainda possibilitam pensar. Outros, reuniram grandes riquezas e não puderam usufruir delas em razão da finitude da vida. A partir dessas considerações, pode-se pensar em uma realidade imaginada que contribua com a maior sociabilidade humana. Falar em realidade imaginada é pressupor a existência do contrato social como um instrumento organizador da estrutura social, o qual pode ser melhorado para que exista uma efetiva inclusão social. A aceitação desse contrato permite a manutenção do sistema imaginado e ficticiamente construído que gera e garante a desigualdade humana e tem se mostrado inadequado. Por outro lado, pode significar a condução para uma sociedade mais justa, mas, para isso, é preciso uma vontade consciente.

A consciência, a linguagem e o pensar consciente, dentro de limites das possibilidades, permite que se pense a forma de organizar a realidade imaginada. O Direito é isso e demanda a formação das pessoas que se envolvem juridicamente para que sejam não somente interventoras em litígios, mas que tenham a capacidade de pensar e propor argumentativamente a manutenção do contrato social segundo premissas que garantam direitos e tenham um papel inclusivo na perspectiva humanista.

É possível e necessário debater as questões e não simplesmente aceitá-las como imutáveis. Acredita-se que tal mudança de perspectiva pressupõe que ela inicie nos próprios cursos jurídicos, de forma que as pessoas, para além de repetir os mandamentos legais, tenham a capacidade de pensar uma futura realidade imaginada e que se posicionem contra a simples repetição de uma realidade que se quer construída a partir do entendimento posto como verdade estabelecida na perspectiva de sua imutabilidade.

Acreditando nisso, o olhar para o passado resgata a criação dos cursos jurídicos no país para compreender como se formaram as gerações antecedentes de juristas, mas vai apontar para a necessidade de que se ultrapasse a mera ideia de positividade para a de criação imaginária do mundo humano.

O ensino jurídico pode ser considerado um instrumento de conservação da tradição, mas com grande poder de transformação da capacidade mental das pessoas. Neste viés, deixaria de ser mera certificação de um conhecimento jurídico dogmático, positivo, para ser o espaço de formação social da mente⁵ (VYGOTSKY, 2008). Seria justamente criar condições para o desenvolvimento da capacidade crítico-reflexiva do pensamento para ocasionar uma postura não apenas receptiva, mas questionadora da tradição e das questões postas no debate.

Como espaço de reflexão de problemas humanos, jurídicos e sociais, a formação jurídica poderia ser a alternativa de constituição de outra realidade imaginada. Sendo aceito o entendimento de que os cursos jurídicos tenham como preocupação exclusiva o seu objeto puro, retira-se desta seara o humano. Contra esta perspectiva pode-se aceitar como alerta o indicativo de que “A compreensão das sociedades sofreu demais com especializações exageradas e com subdivisões disciplinares que, afinal de contas, em geral deixaram confusas as áreas que queriam esclarecer e às vezes mascararam a unidade, humana, dos problemas abordados” (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XIII). Na concepção de objeto puro, porém, como núcleo inseparável da sociedade, o humano passa a ser subjugado num sistema que se quer fechado em si mesmo e preocupado com sua validade e sintonia internas.

A unidade humana dos problemas abordados parece ser o ponto nodal para o estudo desenvolvido e para a defesa do aspecto humanista no ensino jurídico. Considerando que é pelo Direito, seja ele positivado ou não, que se constrói boa parte da realidade imaginada, não se pode deixar de utilizá-lo segundo o olhar, a compreensão que ele proporcionar, seja como uma ciência pura, seja como um instrumento de qualificação das relações sociais. É necessário compreender que “[...] o direito é um fenômeno em perspectiva. Dá-se com ele o mesmo que com um monumento ou uma paisagem que muda de aspecto conforme a luz e a distância do olhar” (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XIV).

Propor o Direito como disciplina das humanidades não há de ser considerado nenhum exagero de desvio do objeto da área, embora ainda seja necessário compreender o jurídico como um sistema de validade. O que se quer mencionar é que a aprendizagem do jurista não pode esquecer dos aspectos humanos para os quais foi criado o Direito. O caráter humanista não quer ser o indutor de viés único nem desviar o ensino do objeto do Direito puro; pretende, em primeiro lugar, lembrar que, como criação humana, é o humano que dá sentido à sua criação, não o contrário; por outro lado, planeja trazer ao âmbito do ensino a possibilidade de contraposição de ideias, de tendências, de possibilidades, para que, de forma inovadora, possam os futuros bacharéis serem partícipes da formação de uma nova cultura jurídica, na qual não se privilegie o Direito somente por sua validade como sistema em razão do objeto puro, mas como o espírito de sociabilidade e estabilidade social. Neste sentido, talvez seja oportu-

⁵ Vygotsky enfatiza as origens sociais do pensamento e da linguagem sugerindo que a cultura se torna parte da natureza de cada pessoa. Sua linha de raciocínio explica a transformação dos processos psicológicos elementares em processos complexos. É influenciado pelo materialismo histórico, de forma que defende que as mudanças históricas na sociedade e na vida humana produzem mudanças na consciência e no pensamento. Vygotsky amplia a ideia de que a mediação na interação entre homem e ambiente se dá por instrumentos, para entendê-la possível pelo uso de signos (linguagem, escrita e números), os quais são criados no curso da história mudando a forma social e o nível de desenvolvimento cultural. Desse modo, a internalização dos signos que provocam transformações comportamentais tem origem na sociedade e na cultura. O autor considera que os processos psicológicos superiores surgem e se transformam ao longo do aprendizado e do desenvolvimento humano. Nesse caminho, defende a ideia de se utilizar obstáculos que contribuem para o desenvolvimento de novas habilidades (COLE; SCRIBNER *apud* VYGOTSKY, 2008).

no fazer menção ao necessário entrelaçamento de elementos da Filosofia e das Ciências Sociais com o Direito, e resgatar as disciplinas liberais de formação da mente e do pensamento abstrato.

Seguindo a intuição de Hannah Arendt (2014) de que a escola é conservadora das tradições, o ensino do Direito é uma democratização do saber para a autonomia em sociedade, para a formação de um imaginário livre e de construção do conhecimento. É por isso que se pode falar em lugar do ensino do Direito não como lugar espacial, mas como provocação para o aprimoramento da vida social.

Observando que os contornos que possibilitam toda a organização social decorrem do simbólico, o lugar do ensino do Direito poderia resgatar uma premissa imaginária para, a partir dela, reconstruir o olhar social. Nesta perspectiva, a ideia de participação social, por exemplo, seria, pelo Direito, qualificada para possibilitar a confirmação da ideia de uso abalizado das capacidades mentais superiores (VYGOTSKY, 2008). A consequência seria a escolha consciente de um determinado modelo jurídico de nação, passível de escolha e deliberação, fruto da capacidade de pensar e tomar decisão. O conhecimento jurídico não pode ter caráter operatório-instrumental apenas; por esta razão, inúmeras vezes verifica-se que decisões mais complexas demandam a opinião de diversos setores do conhecimento, embora a validade jurídica, em regra, termina preponderando.⁶

Mencionar que a república democrática possibilita a autodeterminação coletiva implica compreender que o pressuposto seja a competência adquirida pelo pensamento insubordinado e que existam condições ideais de fala para que os sujeitos possam expressar suas ideias e defender as posições; pressupõe a prática do debate compartilhado intersubjetivamente que resulte em uma espécie de cidadania⁷ ativa.

Essa compreensão na condução dos interesses humanos implica a diferenciação entre a compreensão individual-instrumentalista ou de uma compreensão ético comunitária⁸ para a concretização da cidadania. É importante colocar o debate para que o sujeito compreenda as duas perspectivas, uma vez que o viés humanista colocará em questão a importância e a potencialidade do jurídico como referencial de conduta humana, possibilitando uma maior

⁶ Isso decorre da ideia de que o Direito, compreendido como um sistema, deve dar a resposta a todos os problemas, de forma que prevalece a validade e sua característica de determinidade, desconsiderando, nesses casos, o mundo da vida.

⁷ Termo utilizado “[...] não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas também para caracterizar os direitos e deveres dos cidadãos” (HABERMAS, 2011, p. 285) e, principalmente, para garantir uma efetiva participação nos rumos da política e do bem-estar social.

⁸ “Na tradição liberal do direito natural, que remonta a Locke, cristalizou-se uma compreensão individualista e instrumentalista do papel do cidadão; ao passo que a tradição republicana da doutrina do Estado, que remonta a Aristóteles, gira em torno de uma compreensão ético-comunitarista desse papel. No primeiro caso, a cidadania é concebida de acordo com o modelo de uma pertença organizacional capaz de fundamentar uma posição jurídica; no outro, ela é vista através do modelo da pertença a uma comunidade ético-cultural que se determina a si mesma. Segundo a primeira interpretação, os indivíduos permanecem exteriores ao Estado, contribuindo de certa maneira para a sua reprodução – através de eleições e pagamento de impostos – a fim de conseguir em troca benefícios organizacionais. Segundo a outra interpretação, os cidadãos estão integrados na comunidade política como partes num todo, de tal modo que, para formar uma identidade pessoal e social, eles necessitam do horizonte de tradições comuns e de instituições políticas reconhecidas. Segundo a interpretação liberal, os cidadãos não se distinguem essencialmente das pessoas privadas que fazem valer seus interesses pré-políticos contra o aparelho do Estado; ao passo que, na interpretação republicana, a cidadania se atualiza somente na prática da autodeterminação coletiva” (HABERMAS, 2011, p. 286-287).

participação na condução dos interesses sociais; essa perspectiva aparenta atribuir responsabilidade à condução ética da humanidade e à escolha dos artefatos jurídicos orientadores de seu modo de agir.

Por tais razões é defensável a ideia de que a formação jurídica é o espaço para o debate jurídico-social e para o desenvolvimento de competências que conduzam à autonomia do sujeito. A competência reflexiva considera a “[...] variedade de diferentes formas de vida culturais, ela exige a socialização de todos os cidadãos numa cultura política comum” (HABERMAS, 2011, p. 289).

A aceitação da ideia de uma filosofia humanística do Direito indica uma opção não apenas de conhecimento jurídico de seu objeto, mas a compreensão humana sobre o “ser”, pautada na condição de reflexibilidade, aspecto que, em seguida, será abordado.

4 O ENSINO DO OBJETO DO DIREITO NA PERSPECTIVA DE UM LASTRO HUMANÍSTICO

Pensar o ensino jurídico em uma sociedade que se diz republicana e democrática e, portanto, que prima por direitos de seus cidadãos, implica reconhecer que a formação humana para o desenvolvimento de uma profissão não pode ficar pautada unicamente pelo conhecimento técnico-científico, mas requer, conscientemente, ter noção de que há obrigatoriamente uma relação com o outro.

Reconhecida essa condição, pode-se entrar na análise da forma como se procede para que o ensino jurídico trabalhe a percepção do ensinar não somente para o exercício de uma profissão dela decorrente, mas que tenha a possibilidade de fazer uma reflexão sobre a convivência necessária com o outro para que se possa considerar a civilização, que aborde a condição humana e que tenha a possibilidade de conduzir à autonomia e à busca de uma maior sociabilidade.

O Direito, como exposto anteriormente, é aqui considerado pilar da sociabilidade e indutor a uma relação de pertença⁹ especificada funcionalmente. A concepção adotada de que o objeto do ensino do Direito é mais amplo que o Direito positivado, leva a sustentar que a sociabilidade humana é adequada a ser considerada o lastro do ensino jurídico. Desta forma, a aprendizagem não se limitaria a seu objeto puro nem a um possível enviesamento que pode ocorrer a partir de sua instrumentalidade. A formação jurídica pode ser considerada o meio a ser utilizado para situar o humano na sociedade e gerar tal sociabilidade e contribuir para a construção de uma sociedade que resgate as promessas da modernidade,¹⁰ colocando a humanidade como centro das preocupações.

⁹ “[...] a autonomia política constitui um fim em si mesmo, que ninguém pode realizar por si mesmo perseguindo privadamente interesses próprios, pois pressupõe o caminho comum de uma prática compartilhada intersubjetivamente. A posição jurídica do cidadão estrutura-se através de uma rede de relações igualitárias de reconhecimento mútuo. Ela exige que todos assumam as perspectivas da primeira pessoa do plural – e não apenas a perspectiva do observador, a qual pode ser adotada por um ator, a fim de obter o sucesso próprio” (HABERMAS, 2011, p. 288).

¹⁰ O projeto da modernidade “[...] equivalia a um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas ‘para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas’. A ideia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária. O domínio científico da natureza prometia liberdade da escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais. O desenvolvimento de formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento prometia a libertação das irracionalidades do mito, da religião, da superstição, liberação do uso arbitrário do poder, bem como do lado sombrio da nossa própria natureza humana. Somente por meio de tal projeto poderiam as qualidades universais, eternas e imutáveis de toda a humanidade ser reveladas” (HARVEY, 2014, p. 23).

A aposta no lastro humanístico no ensino jurídico passa por uma atuação docente consciente da condição humana e de suas interfaces com a sociabilidade, mas também pelo resgate de uma base curricular que possibilite o olhar íntegro sobre o mundo, o que se faz esclarecendo que pode ser concebida uma diferença entre o objeto do ensino jurídico e o objeto do Direito, embora ambos, necessariamente, estejam ligados. Tal intento concretiza-se a partir da integração propedêutico-humanista à objetividade das disciplinas específicas do Direito. É necessário alertar os alunos que a formação jurídica não pode se pautar unicamente pelo viés operatório, mas que toda formação jurídica implica relações humanas e que qualquer aprendizagem nesta área depende de tal compreensão. Envolveria, ainda, uma maior reflexividade acerca da história e do desenvolvimento do Direito e o reconhecimento de sua utilização como instrumento de exercício do poder e também para a organização da sociedade. Neste viés, evidentemente trabalha-se igualmente numa perspectiva ampla do Direito de caráter mais universal, englobando como Direito tudo o que seja formalizado ou não. Essa percepção do conhecimento jurídico, em sua perspectiva epistemológica, seria o objeto de reflexão por meio de um processo de duas faces: de ensino e de aprendizagem. O processo de ensino seria iniciando com as tomadas de decisão docentes dos mecanismos a serem utilizados na apresentação e provocação discente para o aprendizado. Mais que a mera transmissão, ele deveria se preocupar em aguçar a curiosidade, superar a apatia e provocar o pensar, concretizando a aventura do pensamento e da aprendizagem, posto que “É através dos processos de aprendizagem que a educação realiza as finalidades gerais de inserir os indivíduos das novas gerações no mundo da cultura e da sociedade, garantindo-lhes a formação de suas personalidades” (BOUFLEUER, 2001, p. 72).

Claro que não se busca no Ensino Superior formar a personalidade do sujeito, mas se quer argumentar no sentido de que a formação nesta fase de “profissionalização” quer indicar ao indivíduo que ele não está sozinho na sociedade, que não é possível pensar somente no sucesso individual, uma vez que todos estão implicados com os outros. Se fala em convivência social como decorrência da civilização, mas uma civilização que, pela educação, conduza à superação da ideia de concorrência exacerbada para que se possa ter o mínimo de respeito com o outro.

Nesses termos, considera-se que a vida humana em sociedade é uma convenção que necessita ser sempre lembrada e que tem no campo de discussão do contrato social e do Direito a possibilidade de retroalimentação imaginária desse desejo da humanidade. Assim como outras convenções que organizam a vida, o Direito passa a ser mera ordenação do pensamento nessa “sociedade imaginada”, mas sempre compreendendo que ela não garante em absoluto um comportamento conforme previamente previsto como “dever-ser”.¹¹ O próprio pensamento gira em torno dessa sociedade imaginada a partir da crença na existência de convenções, de modo que não é possível desconsiderar instabilidades que a tornem imperfeita. A ação humana e a própria natureza, em decorrência dos acontecimentos, se não podem

¹¹ “Se se diz que quem está juridicamente obrigado a uma determinada conduta ‘deve’, por força do Direito, conduzir-se do modo prescrito, o que com isso se exprime é o ser-devido – ou seja, o ser positivamente permitido, o ser autorizado e o ser prescrito – do ato coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta.” (KELSEN, 2015, p. 133).

ser consideradas imperfeitas, podem ser consideradas decorrência da causalidade.¹² Por isso, compreender as imperfeições do homem, o significado do Direito para a humanidade e o papel da ciência e suas relações como conhecimento humano, é competência da universidade, espaço de debate para a compreensão das coisas postas, derrubando ou relativizando as barreiras estabelecidas entre as diversas áreas do saber e compreendendo a complexidade e a diversidade sistêmica existente.

Nesse viés, outro aspecto que parece necessário observar é como se faz a classificação das áreas do conhecimento pelo seu objeto, o qual, em regra, é compreendido sob o aspecto da especialidade. Quando se faz alusão ao Direito e se refere às “ciências sociais aplicadas”, qual o viés de abertura para seu estudo? O jurista é um cientista ou um humanista? Embora seu objeto de estudo tenha relação tanto com a sociedade quanto com o humano e seu objeto seja defendido como científico, sempre se pode considerar os fins a que deve atender o Direito e como ele serve ou poderia servir à sociedade.

É importante aproximar, portanto, o olhar humanista do científico. Como se vê, a complexidade do pensamento está presente no transcorrer da historicidade humana, mas a interpretação humanista vem desde sempre impregnada de incerteza, de escolha e de risco, enquanto o científico vem dominado pela certeza. É neste contexto que ocorreu o afastamento das áreas e perdura o entendimento de que o conhecimento deve ser especializado, de modo que a formação humana termina por afastar as áreas pela delimitação mais estanque dos objetos. É dessa forma que “[...] Os ‘cientistas’ não leem Shakespeare e os ‘humanistas’ são insensíveis à beleza da matemática. Creio que essa dicotomia viva de uma motivação mais profunda baseie no modo como a noção de tempo é incorporada em cada uma dessas culturas” (PRIGOGINE, 2002, p. 12-13). Essa é uma complexidade que pode fugir da concepção de ensino e de aprendizagem quando o docente está preocupado unicamente com o objeto da área e a preocupação discente vem amparada unicamente numa preocupação de colocação no mercado de trabalho para o seu próprio sucesso profissional.

O lastro humanístico, portanto, pode aproximar a aprendizagem do Direito aos ideais da humanidade. Concebe o Direito não como uma ciência que se presta ao estudo de um objeto puro, mas na perspectiva de que ele é a criação humana que tem a finalidade de possibilitar que pelo exercício da autonomia plena se consiga garantir que o sujeito, como magma que sustenta a sociedade, contribua para a autodeterminação e a construção de novas relações sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo considerando a ideia de que os cursos jurídicos formem para o exercício da advocacia, esta concepção está longe de ser uma verdade absoluta, embora tais cursos sejam a porta de entrada para todas as carreiras jurídicas, em especial a de advogado. Isso porque o exercício da advocacia, assim como algumas outras carreiras, exige que o pretendente tenha

¹² O que se quer dizer aqui é que as ações humanas, mesmo que condicionadas pela Lei, podem tomar outra dimensão e desrespeitá-la, justamente porque está contingenciada por aspectos naturais e a lei não tem um caráter determinista, o que significa a ideia de probabilidade e irreversibilidade.

cursado obrigatoriamente o bacharelado em Direito ou em Ciências Jurídicas. É necessário levar em conta, todavia, que os cursos jurídicos podem proporcionar uma formação para o exercício de inúmeras outras profissões na sociedade, não se restringindo apenas a ela.

Ao contemplarmos os agentes das diversas carreiras jurídicas, das quais pode-se citar advogados, juízes, promotores, defensores públicos e delegados de polícia, entre outros, podemos concluir que a formação integral defendida é importante para criar uma cultura de tolerância e proporcionar relacionamentos nos quais se resguardem alguns princípios fundamentais previstos na Constituição da República citados durante o desenvolvimento deste texto: a cidadania e os direitos humanos. Não é demais, portanto, ressaltar que o objeto dos cursos jurídicos não pode ser a preocupação única com o operatório-instrumental, mas com a (re)constituição de um campo fértil para o debate da condição humana e das relações sociais.

É nesta perspectiva que se defende a ideia de que uma formação sólida pode contribuir para o fortalecimento das relações humanas e da sociabilidade, de modo que esteja comprometida com a justiça social. A ideia de que a formação pode ampliar os horizontes para uma atuação comprometida na sociedade, implica uma formação integral na qual a aprendizagem não se limite apenas a uma pretensão de acúmulo de informações que possa, posteriormente, ser aferida como mecanismo seletivo para o exercício de uma profissão. A educação tem o papel fundamental de desenvolver a humanidade do homem; a formação jurídica não pode pretender apenas ter um viés operatório-instrumental, de modo que ganha espaço a discussão sobre a linguagem, o simbólico e o desenvolvimento do pensamento crítico-reflexivo para que se construa um lastro humanístico que, na perspectiva do autor, fundamente o ensino jurídico para que se compreenda o Direito como pilar da sociabilidade. Significa afirmar que esta formação jurídica pode fortalecer o entendimento de que o Direito não se limita à lei, mas pode ser considerado um valor fundamental para o convívio na sociedade.

Nesta perspectiva, a formação jurídica universitária pode ser concebida como o eixo condutor que resulte em uma realidade imaginada concreta a partir de um lastro humanístico que promova a possibilidade de construção de uma sociedade onde se tenha como resultado a concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Para, porém, que esse resultado ocorra, é necessário o comprometimento docente com essa visão que destoa da simples pretensão de defesa de uma legalidade construída e que inúmeras vezes é uma legalidade que gera a injustiça social.

6 REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. 350 p.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 350 p.
- BOUFLEUER, José Pedro. *Pedagogia da ação comunicativa: uma leitura de Habermas*. 3. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2001. 112 p.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras do pensável: as encruzilhadas do labirinto VI*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. 416 p.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método, I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. 632 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, II*. 1. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. 352 p.

- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. 1. ed. Trad. Paulo Astor Soethe. Rev. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012a. 704 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. 1. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b. 824 p.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 25. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014. 350 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. 5. tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. 428 p.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. 2. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Editora 34, 2011. 160 p.
- MARQUES, Mario Osorio. *Conhecimento e modernidade em reconstrução*. Ijuí: Editora Unijuí, 1993. 128 p.
- MARQUES, Mario Osorio. *Pedagogia: a ciência do educador*. 3. ed. rev. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. 188 p. V. 5.
- PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 2002. 110 p.
- VYGOTSKY, Lev Semenovich. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. Org. Michael Cole et al. Trad. José Cipolla Neto, Luís Silveira Menna Barreto e Solange Castro Afeche. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 182 p.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.177-193>

A Atualidade do Liberalismo Político de Bobbio na Época do Liberalismo Econômico e do Populismo Autoritário

Giuseppe Tosi

Doutor em filosofia pela Universidade de Pádua (1999). Pós-Doutorado em Teoria e História dos Direitos Humanos pela Universidade de Florença (2006) e de Camerino (2012). Professor titular do Departamento de Filosofia da UFPB. Ex-Coordenador do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas e em Filosofia da UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa “Teoria e História dos Direitos Humanos e da Democracia”. Áreas de interesse: Filosofia Política, Teoria e História dos Direitos Humanos e da Democracia, Educação em Direitos Humanos. Autores: Aristóteles, Bartolomé de Las Casas, Norberto Bobbio. <http://lattes.cnpq.br/1332521470619712>. <http://orcid.org/0000-0001-9321-2552> pinuccio@uol.com.br

RESUMO

Após a queda do muro de Berlim, os intelectuais liberais manifestaram a cauta esperança de que o encerramento do período histórico da guerra fria abriria uma nova era de expansão do Estado Democrático de Direito no mundo. Esta esperança realizou-se em parte (a terceira onda de Huntington), mas está hoje em crise tanto nos regimes democráticos consolidados quanto nos novos regimes políticos que saíram de regimes autoritários. Os países que não experimentaram historicamente a democracia liberal, como a China e a Rússia, são governados por regimes de liberalismo econômico e de autoritarismo político; as primaveras árabes, na maioria dos casos, não resultaram em regimes democráticos, mas em guerras civis e/ou ditaduras militares; e nos países de tradição democrática, como a Europa e os Estados Unidos, a ideologia política que mais cresce é o populismo de extrema direita. Bobbio viria com preocupação este movimento, porque era favorável a um liberalismo político, mas mantinha severas restrições ao liberalismo econômico, e era também um crítico do populismo, que considerava uma forma de democracia plebiscitária com rasgos autoritários. Diante deste contexto, queremos debater a atualidade do liberalismo bobbio, na esperança de que não estamos assistindo aos “últimos capítulos” de uma longa e gloriosa tradição. Faremos isso analisando três diferentes tipos de liberalismo (político, econômico e social), e três diferentes tipos de democracia (elitista, plebiscitária e participativa), relacionando-as na procura da “melhor forma de governo”. Finalmente teceremos algumas breves considerações sobre a situação política brasileira à luz desses princípios.

Palavras-chave: Liberalismo político. Liberalismo econômico. Democracia. Populismo. Autoritarismo.

THE ACTUALITY OF BOBBIO'S POLITICAL LIBERALISM IN THE ERA OF ECONOMIC LIBERALISM AND AUTHORITARIAN POPULISM

ABSTRACT

After the fall of the Berlin Wall, liberal intellectuals expressed the cautious hope that the closing of the historical period of the Cold War would open a new era of expansion of the Democratic Rule of Law in the world. This hope has been fulfilled in part (the third wave of Huntington), but is now in crisis both in the consolidated democratic regimes and in the new political regimes that have left authoritarian regimes. Countries that have not historically experienced liberal democracy, such as China and Russia, are governed by regimes of economic liberalism and political authoritarianism; the Arabian springs, in most cases, did not result in democratic regimes, but in civil wars and/or military dictatorships; and in countries of democratic tradition such as Europe and the United States, the political ideology that grows most is extreme right populism. Bobbio would be concerned about this movement, because it was in favour of political liberalism, but maintained severe restrictions on economic liberalism, and was also a critic of populism, which he considered a form of plebiscitary democracy with authoritarian features. Given this context, we want to discuss the timeliness of Bobbio's liberalism, in the hope that we are not watching the “last chapters” of a long and glorious tradition. We will do this by analysing three different types of liberalism (political, economic and social), and three different types of democracy (elitist, plebiscitary and participatory), linking them to one another in the quest for “the best form of government”. Finally, we will make some considerations about the Brazilian political situation in this context.

Keywords: Political liberalism. Economic liberalism. Democracy. Populism. Authoritarianism.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Três tipos de liberalismo. 2.1 Liberalismo Político: procedimentalismo e individualismo. 2.2 Liberalismo econômico, neoliberalismo ou “liberismo”. 2.3 O Liberalismo social. 3 Três tipos de democracia. 3.1 A democracia representativa/elitista. 3.2 Democracia plebiscitária. 3.3 Democracia participativa. 4 Liberalismos e democracias. 5 Conclusões provisórias sobre o Brasil. 6 Referências.

Recebido em: 12/9/2020

Aceito em: 20/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Após a queda do muro de Berlim e a consequente crise do comunismo soviético (1989/1991), Norberto Bobbio e outros intelectuais liberais manifestaram a cauta esperança de que o encerramento do período histórico da guerra fria abriria uma nova era de expansão do Estado Democrático de Direito no mundo. Esta esperança (que não se confundia com a tese do fim da história de Fukuyama) realizou-se em parte: houve efetivamente uma internacionalização do Estado Democrático de Direito em algumas áreas do mundo como o Leste Europeu e a América Latina, que encerrou o trágico período das ditaduras militares: a “terceira onda” como a chamou Samuel Huntington (1994). Este panorama, no entanto, está mudando rapidamente.

Os países que não experimentaram historicamente a democracia, como a China e a Rússia, são governados por regimes de liberalismo econômico (embora com um forte controle estatal) e de autoritarismo político; as primaveras árabes, na maioria dos casos, não resultaram em regimes democráticos, mas em guerras civis e/ou ditaduras militares; e nos países de mais longa tradição democrática, como a Europa e os Estados Unidos, a ideologia política que mais cresce é o populismo de direita ou de extrema direita (BENOIST, 2017).

Os regimes autoritários, como na China e na Rússia, estão desafiando as democracias ocidentais em nome de uma superioridade ética e política de seus modelos autoritários diante das fragilidades e ineficiências das democracias liberais, que não conseguem dar conta dos processos de globalização econômica, política e social.

Está espalhando-se entre os cientistas político um forte pessimismo sobre as sortes da democracia liberal e a percepção de uma crise generalizada da democracia liberal (BRENNAN, 2017; LEVITSKY-ZIBLATT, 2018; CASTELLS, 2018). Poucos são os analistas que discordam. O principal dele é Steven Pinker (2018a,b), o defensor otimista do “novo iluminismo”.

A democracia sofre duas ameaças para a sua sobrevivência: de um lado um elitismo tecnocrático, que defende não o liberalismo político, mas o liberalismo econômico; do outro lado, como reação a esta perda de controle do “povo” sobre a política, a resposta populista.

Afirma Yascha Mounk em *O povo contra a democracia* (2019):

A maioria dos cientistas políticos há muito considera o liberalismo e a democracia como complementares. Embora reconhecessem que os direitos individuais e a vontade popular nem sempre andam juntos, eles se aferravam à crença de que era esse o seu destino. Nos casos em que o liberalismo e a democracia caminham lado a lado, assim se diz, eles formam um amálgama particularmente estável, resiliente e coerente.

Mas quando as opiniões do povo tendem a ser iliberais e as preferências das elites se tornam antidemocráticas, liberalismo e democracia colidem. A democracia liberal, essa mistura única de direitos individuais e governo popular que há muito tem caracterizado a maioria dos governos na América do Norte e na Europa Ocidental, está se desmantelando. Em seu lugar, presenciamos a ascensão da democracia iliberal, ou democracia sem direitos, e do liberalismo antidemocrático, ou direitos sem democracia (p. 24).

Bobbio veria com preocupação este movimento porque era favorável a um liberalismo político, mas mantinha severas restrições ao liberalismo econômico (que os italianos chamam de *liberismo*), e era também um crítico do populismo, que considerava uma forma de democracia plebiscitária com rasgos autoritários.

Diante deste contexto, queremos debater neste ensaio a atualidade do liberalismo bobbio, na esperança de não estarmos assistindo aos “últimos capítulos” de uma longa e gloriosa tradição, mas à sua continuidade.

Faremos isso apresentando *três diferentes tipos de liberalismo* (político, econômico e social), e *três diferentes tipos de democracia* (elitista, plebiscitária e participativa), relacionando-as entre si na procura da “melhor forma de governo”. Finalmente teceremos algumas breves considerações sobre a situação política brasileira nesse contexto.¹

2 TRÊS TIPOS DE LIBERALISMO

Vamos começar traçando brevemente as características principais dos diferentes tipos de liberalismos segundo Bobbio.

2.1 Liberalismo Político: procedimentalismo e individualismo

Bobbio defendeu uma concepção procedimentalista (democracia como regras do jogo) e individualista da democracia e dos direitos humanos como uma das características da democracia dos modernos contra o organicismo dos antigos, que, segundo ele, continua presente na política moderna a partir da filosofia romântica alemã até chegar ao totalitarismo nacional-socialista:

A filosofia política dos antigos não é predominantemente uma filosofia individualista, e muito menos atomizante. A sua inspiração dominante é a que é bem expressa na tese aristotélica do homem originariamente animal social que vive, desde o nascimento, em uma sociedade natural como a família. Esta ideia está na base da teoria organicista que teve longa vida no pensamento político ocidental e contribuiu para manter vivo o conceito de povo como um todo superior às partes até chegar à filosofia romântica alemã. Desta, que é o exato oposto da filosofia utilitarista surgida nos mesmos anos na Inglaterra, nasceram tanto o *volkgeist* da escola histórica alemã quanto a totalidade ética de Hegel, descendo até a *volksgemeinschaft* [comunidade nacional] de triste memória, não tão distante nos anos para que possa ser esquecida, que representou o desafio extremo a qualquer ideia de governo livre fundado sobre o princípio da dignidade e responsabilidade individual (BOBBIO, 2000a, p. 378-379).

Segundo Bobbio, o modelo organicista, por meio da filosofia romântica alemã e a sua exaltação do povo (*Volks*) organicamente entendido, chega a influenciar o totalitarismo nacional-socialista. Por isso, Bobbio (2000a) sugere “abandonar” o conceito de povo e de soberania popular:

Independentemente do pensamento romântico e neo-romântico, a ideia de soberania do povo teve origem, e foi mantida viva, a partir da oposição à soberania do príncipe. Hoje, que essa oposição não tem mais razão de existir, já que tendemos a não reconhecer outro princípio de legitimação além daquele que vem de baixo – exceto em alguns regimes teocráticos, que a consciência civil contemporânea considera resíduos do passado – também o conceito de soberania popular poderia ser tranquilamente abandonado (p. 379).

Bobbio vincula o conceito de povo não a um território, a uma história e a uma cultura – tudo o que a “filosofia romântica alemã” queria –, mas à ideia de cidadania, entendida como gozo dos direitos humanos fundamentais e da reciprocidade entre direitos e deveres.

¹ Não vou analisar nesse artigo as consequências da pandemia sobre os regimes democráticos, tema que mereceria uma outra discussão.

“Povo” não é apenas um conceito ambíguo, precisamente porque não existe senão como metáfora um todo chamado “povo”, distinto dos indivíduos que o compõem, mas é também um conceito enganoso. [...] Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade. Não é por acaso que como fundamento da democracia moderna estão as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, desconhecidas da democracia dos antigos (BOBBIO, 2000a, p. 379).

Este alerta para os perigos e as ambiguidades do conceito de “povo” chega ao ponto de propor a sua “eliminação” do léxico político para defender uma concepção individualista e liberal de democracia. Trata-se de uma postura bastante radical. Se eliminássemos o conceito de “povo”, haveria um vazio em quase todas as constituições do mundo que encontram a origem do poder político justamente neste conceito: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”, afirma o artigo 1, §1 da Constituição Brasileira de 1988. Ainda que possa parecer um conceito “retórico”, ele é um conceito limite, polissêmico, mas que não pode ser eliminado.

Entendemos, no entanto, que não é essa a intenção de Bobbio; ao contrário, ele quer determinar o seu significado de maneira mais precisa, vinculando-o ao conjunto de cidadãos que têm direitos políticos. Bobbio assume aqui uma concepção ao mesmo tempo liberal e elitista de democracia: *liberal* porque individualista, *elitista* porque representativa. Retoma, assim, temas recorrentes na crítica de Joseph Schumpeter aos conceitos “clássicos” de democracia (na verdade, à democracia de Rousseau): “vontade geral”, “bem comum” e “soberania popular”, que determinam uma hipostatização do “povo” como entidade unitária (SCHUMPE-TER, 1961).

O preocupante renascimento do populismo mostra a atualidade das preocupações de Bobbio. Hoje, o populismo, que era considerado um fenômeno latino-americano, é a doutrina e o movimento político que mais cresce no Ocidente, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos, as democracias mais antigas e (aparentemente) mais consolidadas do planeta.²

2.2 Liberalismo econômico, neoliberalismo ou “liberismo”

Uma segunda forma de liberalismo é o *liberalismo econômico*, ou neoliberalismo ou liberismo defendidos por filósofos, como Ludwig Von Mises e Alfred Hayek, e economistas, como Milton Friedman da Escola de Chicago, preocupados com a liberdade econômica e sem um compromisso efetivo com as liberdades políticas e muito menos com a democracia (MERQUIOR, 1991, p. 188-196).³

² Não parece suficiente rebater o populismo com os argumentos de uma visão de cidadania mais universal e cosmopolita desvinculada dos laços de sangue, território e de cultura, porque o populismo se fundamenta sobre sentimentos de pertença social, de comunidade, de grupo, de desconfiança para com o “outro”, de medo para com o diferente, em suma, de uma identidade forjada numa relação negativa com a alteridade. *Omnis determinatio, negatio* é um princípio não somente lógico, mas ético-político. O “povo” enquanto entidade simbólica reaparece com toda a sua força no populismo. O fenômeno é muito complexo e merece uma reflexão à parte, que não podemos aqui desenvolver (LACLAU, 2008; PANIZZA, 2009; MOUFFE, 2017, 2019).

³ Merquior afirma que: “Quanto a Hayek, Bobbio o ataca por causa da sua tacitamente cíclica ideia de história – seu ingênuo dualismo de boas e más fases (boas quando o Estado se retira; más sempre que cresce). Diferentemente de Rawls, o neocontratualismo de Bobbio desafia abertamente os neoliberais conservadores” (1991, p. 218).

Bobbio (1997), em *O futuro da democracia*, dedica um capítulo (*Liberalismo velho e novo*) aos diferentes tipos de liberalismos enquanto ideologia política pluralista e diversificada; mas afirma que há dois tipos fundamentais, o econômico e o político,⁴ e que “há relações evidentes entre as duas teorias”, por exemplo, na concepção negativa do Estado:

Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade (BOBBIO, 1997, p. 130).

Bobbio admite, no entanto, que as duas concepções são independentes e distintas, por exemplo, com relação ao socialismo e ao Estado do bem-estar social. O liberalismo político, na sua polêmica com o comunismo stalinista, reivindica as liberdades políticas e os direitos humanos não como valores burgueses, mas como valores universais:

Até poucos anos atrás, foi, sobretudo o liberalismo político que conservou a sua carga polêmica contra a destruição dos direitos do homem feita pelo stalinismo e bateu-se para contestar a tese segundo a qual os direitos do homem, nascidos em seguida das lutas do terceiro estado contra as monarquias absolutas, são direitos voltados para a defesa dos interesses da burguesia e, portanto não universalmente válidos (mas agora também a tese do nascimento exclusivamente burguês destes direitos foi historicamente refutada). São duas faces que se olham, mas que também podem não se olhar, na medida em que têm dois campos de observação diversos (BOBBIO, 1997, p. 117).

Após a queda do muro de Berlim e a expansão do neoliberalismo econômico, porém, o ataque dirige-se não mais contra o comunismo, mas contra a socialdemocracia.

Desde há alguns anos, porém, é o liberalismo econômico, ou liberismo, que ergueu a cabeça. Seu alvo não é tanto o coletivismo dos países em que os partidos comunistas assumiram o poder, quanto o Estado assistencial, isto é, o experimento socialdemocrático. Num certo sentido, o ataque contra o sistema soviético é dado como favas contadas. O que agora excita o espírito agressivo dos novos liberais é o efeito, considerado desastroso, das políticas keynesianas adotadas pelos estados economicamente e politicamente mais avançados, especialmente sob o impulso dos partidos socialdemocrático ou trabalhistas (BOBBIO, 1997, p. 117).

Bobbio é um liberal, defensor do liberalismo político e não do liberalismo econômico, que entende como uma ameaça à democracia; citando a obra de Hayek (*O caminho da servidão*), Bobbio manifesta a sua preocupação e o seu dissenso:

⁴ Bobbio admite também um terceiro tipo de liberalismo, o ético, que considera como um pressuposto dos outros dois tipos e que define assim: “Por liberalismo ético entende-se a doutrina que coloca em primeiro lugar na escala de valores o indivíduo, conseqüentemente a liberdade individual, no duplo sentido de liberdade negativa e de liberdade positiva. Tanto a exigência de liberdade econômica quanto a exigência de liberdade política são conseqüências práticas, traduzíveis em regras e instituições, do primado axiológico do indivíduo”. É possível definir este liberalismo como libertarianismo, que se fundamenta em um individualismo exacerbado que mantém pontos de contatos com o anarquismo.

Pode-se descrever sinteticamente este despertar do liberalismo através da seguinte progressão (ou regressão) histórica: a ofensiva dos liberais voltou-se historicamente contra o socialismo, seu natural adversário na versão coletivista (que é, de resto, a mais autêntica); nestes últimos anos, voltou-se também contra o estado do bem-estar, isto é, contra a versão atenuada (segundo uma parte da esquerda também falsificada) do socialismo; agora é atacada a democracia, pura e simplesmente. *A insídia é grave. Não está em jogo apenas o estado do bem-estar, quer dizer, o grande compromisso histórico entre o movimento operário e o capitalismo maduro, mas a própria democracia, quer dizer, o outro grande compromisso histórico precedente entre o tradicional privilégio da propriedade e o mundo do trabalho organizado, do qual nasce direta ou indiretamente a democracia moderna (através do sufrágio universal, da formação dos partidos de massa, etc.)* (BOBBIO, 1997, p. 126, grifos do autor).

Há uma diferença substantiva entre liberais e liberistas quando se trata de enfrentar o ideário democrático, segundo Bobbio.

2.3 O Liberalismo social

Há uma terceira forma de liberalismo, sobretudo a partir do século 20, do tipo *social*, de autores como Keynes, Rawls e Bobbio. Guilherme Merquior (1991, p. 210-219) considera Bobbio um “liberal de esquerda”, que defende a igualdade e um liberalismo social. Trata-se de um Estado Democrático de Direito que não garanta somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos econômicos e sociais; dentro dos limites do sistema capitalista. Em última instância é o mercado que decide, mas o Estado pode intervir regulamentando o mercado e equalizando as condições dos cidadãos por meio de uma política de igualdade de oportunidades.

Bobbio, ao enfrentar historicamente o tema da relação entre liberalismo e socialismo na filosofia política dos séculos 19 e 20, mostra como os dois termos foram considerados, durante muito tempo e por muitos intérpretes, inconciliáveis, mas que houve também uma tentativa de conciliação.

O autor escreve a respeito:

O socialismo liberal partiu da convicção de que os dois “ismos” não constituem em absoluto uma antítese, um oximoro e por isso a sua integração prática deveria ser entendida, nesse caso, como uma síntese, definida hegelianamente como o terceiro momento de uma antítese, negada e superada. Aliás, o socialismo foi concebido como um natural desenvolvimento histórico do liberalismo no processo de emancipação da humanidade; daquele processo que se inscrevia na teoria do progresso e da história como história da liberdade. De um modo mais esquemático depois da emancipação política, que fora obra da Revolução Francesa, viria a emancipação econômica. Afinal, à Revolução Francesa, por sua vez, não precedera, através da Reforma e o processo de secularização que a ela se seguiu, a emancipação religiosa? (BOBBIO, 2000b, p. 364).

E continua com certo otimismo:

As primeiras duas formas de emancipação tiveram sucesso. A terceira mostrou-se bem mais difícil de realizar. Marx viu claramente o primado do poder econômico sobre os outros poderes, da base constituída exatamente pelas relações econômicas, em relação à superestrutura ideológica e política. Mas o remédio que propunha, ou que os movimen-

tos políticos que dele derivaram tentaram realizar, teve o efeito perverso que hoje temos diante dos olhos. Foi exatamente este efeito perverso que ressuscitou nos últimos anos o ideal do socialismo liberal (BOBBIO, 2000b, p. 365).

Bobbio assim define a relação entre socialismo e liberalismo:

Acredito que seja possível afirmar que o encontro entre liberalismo e socialismo tenha ocorrido historicamente através de dois diferentes caminhos: do liberalismo ou libertarismo em direção ao socialismo, entendido como complemento da democracia puramente liberal; do socialismo em direção ao liberalismo, como condição *sine qua non* de um socialismo que não seja iliberal. Como integração do segundo ao primeiro, como recuperação do primeiro em relação ao segundo (BOBBIO, 2000b, p. 365).

Liberalismo social e socialismo liberal encontram-se, assim, mesmo partindo de tradições e pressupostos diferentes, mas não excludentes: do individualismo um e do homem como ser social e político o outro; movimentos que Bobbio insere em um esquema progressivo bastante linear, apesar de estar consciente das incompatibilidades histórica e teóricas em favor de uma possível “integração prática”.

Em *O Futuro da Democracia*, na sua crítica ao neoliberalismo, Bobbio reafirma que

O pensamento liberal continua a renascer, inclusive sob formas capazes de chocar pelo seu caráter regressivo, e de muitos pontos de vista ostensivamente reacionário (não se pode negar a intenção punitiva que assume a luta pelo desmantelamento do Estado assistencial, dirigida contra os que quiseram alçar demais a cabeça), porque está fundado sobre uma concepção filosófica da qual, agrade ou não, nasceu o mundo moderno: a concepção individualista da sociedade e da história. Uma concepção com a qual, no meu modo de ver, a esquerda, com a exceção de algumas formas de anarquismo, jamais fez seriamente um acerto de contas, e da qual não pode prescindir nenhum projeto que vise a libertação, a uma sempre maior libertação (de quem, se não do indivíduo?) (BOBBIO, 1997, p. 127).

O individualismo está na base do contratualismo moderno, do pacto social entre indivíduos livres e iguais que vivem em um hipotético estado de natureza:

O contratualismo moderno nasce da derrubada de uma concepção holística ou orgânica da sociedade (a concepção segundo a qual, de Aristóteles a Hegel, o todo é superior às partes), nasce da ideia de que o ponto de partida de todo projeto social de libertação é o indivíduo singular com suas *paixões* (a serem dirigidas ou domadas), com seus *interesses* (a serem regulados e coordenados), com suas *necessidades* (a serem satisfeitas ou reprimidas) (BOBBIO, 1997, p. 127).

O autor lança a proposta de um novo contratualismo, de um novo contrato social que compatibilize o individualismo liberal com o socialismo:

Em poucas palavras, trata-se de ver se, partindo da mesma concepção individualista da sociedade, que é irrenunciável, e adotando os mesmos instrumentos, estamos em condições de contrapor ao neocontratualismo dos liberais um projeto de contrato social diverso, que inclua em suas cláusulas um princípio de justiça distributiva e, portanto, seja compatível com a tradição teórica e prática do socialismo (BOBBIO, 1997, p. 127).

Feitas essas distinções sobre os diferentes tipos de liberalismos, passamos agora a analisar a democracia nas suas várias formas.

3 TRÊS TIPOS DE DEMOCRACIA

3.1 A democracia representativa/elitista

A primeira característica da democracia moderna é que o poder soberano não é exercido diretamente, mas por intermédio dos *representantes*, pelo menos, por três motivos.

Um primeiro motivo refere-se às *dimensões territoriais e administrativas* dos Estados modernos, que se constituem a partir do século 16, centralizando e unificando as fragmentações da Idade Média. O tamanho impede a participação direta dos cidadãos, como acontecia na assembleia ateniense, e obriga a recorrer aos representantes; portanto, a uma forma indireta de participação dos cidadãos. Neste contexto, o que foi decisivo para a afirmação da democracia foi a luta pelo sufrágio universal, ou seja, para a ampliação da representação, que perpassou todo o século 19 e parte do 20 e criou as democracias de massa contemporâneas, superando as democracias censitárias e elitistas posteriores às revoluções burguesas. Esta foi a luta dos socialismos, dos feminismos e de outros movimentos populares e de esquerda. A representação introduz na democracia o elemento da “classe política”.

Um segundo motivo é relativo à *complexidade* das sociedades modernas, que exigem uma competência que os cidadãos não possuem. Não é mais possível, como na *ekklesia* grega, levantar a mão e aprovar ou rejeitar com um sim ou com um não uma proposta apresentada pelo líder ou pelo demagogo, ou é possível somente em alguns casos, não como política cotidiana. Introduce-se aqui outro elemento: a burocracia e a tecnocracia, que desafiam a competência do “povo” para governar.⁵

Um terceiro motivo deve-se ao *pluralismo*, que põe em dúvida a ideia de um bem comum ou do bem supremo da nação como um todo; há um pluralismo de interesses e ideológico sobre as diferentes concepções morais ou éticas de vida, concepções religiosas e doutrinas políticas. Vivemos sempre mais, como dizia Max Weber, em uma sociedade caracterizada por um “politeísmo de valores”. Isto coloca em dúvida a ideia do “povo” como uma unidade que possui uma “vontade geral” que tende para o “bem comum”, como pensava Rousseau.

A democracia representativa é uma forma de elitismo. A teoria das elites foi elaborada entre o final do século 19 e o início do 20 por dois sociólogos italianos, Vilfredo Pareto (1848-1923) e Gaetano Mosca (1858-1941), e um cientista político alemão, naturalizado italiano: Robert Michels (1876-1936) (BOBBIO, 2002; HOLLANDA, 2011; TOSI; GUIMARÃES, 2020). Os elitistas afirmam que em todos os regimes políticos, inclusive naqueles democráticos, nunca é o “povo” que governa, mas são sempre “elites”: econômicas, políticas, sociais, religiosas, tecnológicas.

Os elitistas inserem-se na tradição do realismo político inaugurado em tempos modernos por Maquiavel e se apresentam como fundadores de uma “ciência política”, a partir da qual fazem uma crítica às ideologias e às utopias (sobretudo marxistas) (PORTINARO, 2007).

⁵ O que se discute para o futuro é a possibilidade de uma democracia direta por meio de instrumentos de participação eletrônicos, virtuais, utilizando a internet e as outras redes telemáticas; mas é ainda uma discussão a ser feita. Ver LEVY, 2010a, 2010b; LEMOS, 2010.

Entre as definições de elites, a mais abrangente é aquela dada por Gaetano Mosca, em 1896, na obra *Elementos de Ciência Política*, citada no *Dicionário de Política* (1998) de Bobbio no verbete sobre elitismo por ele escrito:

Em todas as sociedades [...] existem duas classes de pessoas: as dos governantes e as dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, assume todas as funções públicas, monopoliza o poder e goza as vantagens que a ele estão anexas; enquanto que a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira, de modo mais ou menos legal ou de modo mais ou menos arbitrário e violento, fornecendo a ela, ao menos aparentemente, os meios materiais de subsistência e os que são necessários à vitalidade do organismo político (MOSCA *apud* BOBBIO, 1998, p. 390).

Em nenhum sistema e em nenhuma época histórica, afirmam os elitistas – desde as organizações sociais e políticas mais primitivas até as civilizações mais avançadas e cultas –, nunca foi o povo quem governou, mas sempre um grupo restrito de elites (Pareto), uma oligarquia (Michels) ou uma classe política dirigente (Mosca).

Bobbio propõe uma leitura não “ideológica” e mais “científica” da teoria das elites na sua versão democrática, já presente *in nuce*, senão em Pareto, em Michels e, sobretudo, na doutrina da classe política de Mosca (BOBBIO, 1998, p. 387). Bobbio defende uma concepção elitista da democracia, que não seria propriamente “o poder do povo, pelo povo, e para o povo”, qualquer que seja o sentido que se queira dar a esta fórmula; mas o tipo de governo em que “o povo” não governa diretamente, mas escolhe quem vai governá-lo.

Bobbio interpreta esta vertente democrática do elitismo “não tanto como a negação de existência de regimes democráticos, mas como uma redefinição que terminou por tornar-se preponderante na hodierna ciência política da Democracia”; ou seja, uma visão realista da “democracia como ela é”, e não idealista de “como ela deveria ser”. Bobbio insere-se, assim, entre os autores que se inspiraram na doutrina do elitismo democrático, como o cientista político Robert Dahl (1997), o filósofo do direito Hans Kelsen (2000) e o economista austríaco Joseph Schumpeter (1961). Segundo Bobbio, citando Schumpeter, “o que é a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular” (BOBBIO, 1997, p. 27).

A democracia diferencia-se (para melhor) dos outros regimes políticos porque permite o pluralismo, a competição e um recrutamento e uma “circulação das elites” (segundo a fórmula de Pareto) de maneira mais rápida e ampla. Assim, o elemento elitista é algo de inevitável em qualquer tipo de democracia mais ou menos forte. Dependendo dos tipos de governo e da qualidade da democracia, depende também e, sobretudo, da qualidade das suas elites políticas e classes dirigentes.

Para Schumpeter (1961), a democracia é o melhor sistema de governo não porque é o governo do povo, ou a expressão da soberania popular, que é mais um “mito político” do que uma realidade, mas porque permite um processo mais amplo de seleção e de recrutamento das elites políticas, incluindo nelas os representantes das classes tradicionalmente excluídas pelos regimes aristocráticos ou oligárquicos (SCHUMPETER, 1961, p. 339).

Bobbio (1997) cita, com aprovação, Schumpeter:

Mas desde que parti de uma definição predominantemente procedimental da democracia, não se pode esquecer que um dos impulsionadores desta interpretação [elitista], Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular (p. 27).

O autor menciona um “elitista italiano” que diferencia os regimes democráticos dos autocráticos pela existência, respectivamente, de “elites que se propõem” (elitismo democrático) e de elites que “se impõem” (elitismo autocrático) (BOBBIO, 2002, p. 280). Segundo Portinaro (2008), a concepção de democracia em Bobbio deve muito às doutrinas democráticas do tipo elitista:

Na história das doutrinas políticas do século XX, Bobbio está destinado a permanecer primariamente pela sua contribuição à doutrina procedimental da democracia, ou seja, àquela teoria que encontra os seus máximos expoentes em Kelsen e Schumpeter. Trata-se antes de tudo de uma concepção que se insere na grande família das teorias empíricas da democracia competitiva: o seu realismo, em particular o coloca entre os elitistas democráticos (p. 108. Tradução do autor).

Nesta perspectiva, as sociedades modernas são por demais complexas para poder ser governadas pelo “povo”. Elas exigem uma “classe política” e uma classe de técnicos e cientistas que possuam conhecimentos suficientes para administrar uma máquina sempre mais diversificada. Se as elites do passado foram as aristocracias guerreiras e sacerdotais, as elites modernas são os técnicos e burocratas (Max Weber) (TOSI; GUIMARÃES, 2020).

A democracia é também o regime político que permite a existência dos conflitos, que não reprime, mas administra, que garante o pluralismo ideológico e de interesses, porque é no conflito social, na luta de classe, na competição política que se forjam as elites políticas; portanto, o conflito é, de certa forma, benéfico e indispensável; porém deve ser resolvido de maneira não violenta, ou com o uso de violência legítima do Estado de direito por meio das instituições e dos procedimentos estabelecidos convencionalmente.

Bobbio afirma que jamais esqueceu o ensinamento de Karl Popper (em *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, 2006), segundo o qual a democracia é o regime de governo em que o competidor não é considerado um inimigo a ser destruído, mas um adversário que, amanhã, pode se tornar governante, sem derramamento de sangue (*sine effusione sanguinis*) (BOBBIO, 1997, p. 39).

Essa concepção contrapõe-se a outra teoria da democracia que tem em Rousseau o seu principal inspirador e que Bobbio define como plebiscitária.

3.2 Democracia plebiscitária

A democracia direta moderna surgiu como reação à democracia representativa, com o intuito de alargar os espaços de cidadania a todas as esferas de decisão possíveis, procurando superar, assim, a dicotomia entre “povo” e “classe política”, o distanciamento entre o “poder soberano do povo” e a alienação deste poder nas mãos de um grupo de representantes. Bobbio, porém, faz uma distinção entre democracia *direta* e democracia *participativa*.

A democracia direta, entendida como alternativa à democracia representativa, encontra seus fundamentos na crítica de Rousseau à representação:

Parto de uma constatação sobre a qual podemos estar todos de acordo: a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. Tal exigência não é nova: já a havia feito, como se sabe, o pai da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau, quando afirmou que “a soberania não pode ser representada” e, portanto, “o povo inglês acredita ser livre, mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada” (BOBBIO, 1997, p. 41).

Rousseau é o filósofo da liberdade entendida como autonomia plena do sujeito, que obedece somente à lei que ele mesmo se deu, e por isso é crítico da representação enquanto a liberdade é inalienável; por outro lado, Rousseau assume uma concepção monolítica ou monista do poder que põe em risco a liberdade.

No *Contrato Social*, as cláusulas que compõem o contrato reduzem-se a uma só:

A alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um, dando-se completamente, a condição é igual para todos, e sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa para os demais (ROUSSEAU, 1983, p. 32).

O conceito central que sustenta toda a argumentação é o de “vontade geral”, uma “entidade metafísica” que não pode ser empiricamente identificada nem com a vontade da maioria tampouco mesmo com a vontade de todos (ROUSSEAU, 1983, p. 46-47), e é definida por Rousseau como inalienável, indivisível e infalível (ROUSSEAU, 1983, p. 44). A respeito disso, afirma Bobbio (1997):

Se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. [...] O indivíduo rousseauiano conclamado a participar de manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total, mas o cidadão total (como foi chamado com evidentes intenções polêmicas por Dahrendorf). E, bem vistas as coisas, o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do Estado total. Não por acaso, a democracia rousseauiana foi freqüentemente interpretada como democracia totalitária em polêmica com a democracia liberal (p. 54-55).

Com efeito, as características do poder soberano de Rousseau são muito próximas das do poder soberano de Hobbes: absoluto, indivisível e irresistível, assim como a vontade geral de Rousseau é indivisível, inalienável, infalível. Ambas as teorias não admitem limites jurídicos à soberania, como afirma o próprio Rousseau (1983):

Baseando-se nesta ideia [de que o objeto das leis é sempre geral], vê-se logo que não se deve mais perguntar a quem cabe fazer as leis, pois são atos da vontade geral, nem se o príncipe está acima das leis, visto que é membro do Estado; ou se a lei pode ser injusta, pois ninguém é injusto consigo mesmo, ou como pode ser livre e estar sujeito às leis, desde que estas não passam de registros nas nossas vontades (p. 55).

Não é difícil ver como as características dessa democracia, que Bobbio define como “plebiscitária”, encontram-se em algumas formações históricas como a demagogia, o populismo, e, no limite, os totalitarismos (BARZOTTO, 2003, p. 85-130). É este o perigo que Bobbio (1997) teme: em uma democracia plebiscitária o poder é monocrático, enquanto na democracia dos modernos é policrático:

O que significa então dizer que a democracia dos modernos deve fazer as contas com o pluralismo? Significa dizer que a democracia de um estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista. [...] A teoria democrática toma em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder só pode ser o poder que vem de baixo. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado numa única mão, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder é o poder distribuído (p. 60).

3.3 Democracia participativa

Segundo Bobbio, nas sociedades modernas não é possível nem desejável a transição de uma democracia representativa para uma democracia direta. Isto se deve não somente às dimensões e complexidades dos Estados modernos, mas também e, sobretudo, à necessidade de salvaguardar o pluralismo, as liberdades e garantias individuais e a livre-manifestação do conflito e do dissenso social.

Quando, porém, a democracia direta é entendida como complementação à democracia representativa, que Bobbio define como democracia participativa, não somente é possível, mas necessário, para evitar os perigos do elitismo: a separação das elites dos cidadãos, a apatia política, a cidadania passiva e todos os fenômenos bem conhecidos que provocam a “crise” da democracia representativa.

Para Bobbio (1997),

Democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias, mas não são consideradas em si mesmas suficientes (p. 52).

A participação dos cidadãos na vida política é algo, para Bobbio, extremamente salutar e necessária para corrigir os vícios da representação que tendem a concentrar o poder numa elite econômica, política e social. Aliás, Bobbio (1997) afirma que seria preciso não somente a democratização do Estado, mas também da sociedade:

Percebemos que uma coisa é a democratização do Estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde ser perfeitamente possível existir um Estado democrático numa sociedade em que a maior parte das instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governadas democraticamente (p. 55).

A partir desta premissa, Bobbio lança o critério de que para uma sociedade ser democrática não é suficiente saber “quem vota”, mas “onde se vota”, abrindo perspectivas para uma participação política e social que tem a função de contrabalançar a sua concepção elitista da democracia.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 introduziu uma série de instrumentos de participação popular nos três poderes que permite uma efetiva participação dos cidadãos na vida política do país (LYRA, 2006, 2014). São instrumentos que favorecem uma maior efetividade ou eficácia na instituição das políticas públicas em direitos humanos, e um maior controle da população sobre o governo, procurando diminuir as formas de corrupção, ou seja, de uso da coisa pública para fins privados.⁶

4 LIBERALISMOS E DEMOCRACIAS

Se relacionarmos as três formas de liberalismo – o político, o econômico e o social – com as três formas de democracia – representativa/elitista, plebiscitária e participativa –, teremos várias possibilidades, entre elas a que pode ser considerada “a melhor forma de governo”. Vejamos quais seriam as características deste “modelo”.

- Um *liberalismo político*, individualista, não organicista, que defende uma divisão dos poderes, como *chek and balance*, e admite uma cidadania ampla e não restrita por meio do sufrágio universal e da vontade da maioria, mas que protege também os direitos das minorias.
- Um *liberalismo social*, que garanta não somente os direitos civis e políticos, mas também os econômicos e sociais; uma concepção da liberdade não somente negativa (não interferência na vida privada dos cidadãos), mas também positiva, que implica em uma intervenção do Estado nos assuntos econômicos e sociais para garantir uma igualdade de oportunidades, as mais amplas possíveis, dentro de uma economia capitalista.
- Uma *democracia representativa*, que é um elemento elitista: a democracia não é o governo do povo, pelo povo e para o povo, mas da disputa entre várias elites para conquistar o consenso popular. Por isso a qualidade da democracia depende muito da qualidade das suas elites.
- Uma *democracia participativa* entendendo a participação não como alternativa, mas como complemento necessário à representação, para evitar os perigos da apatia política e do distanciamento da classe política dos cidadãos e permitir uma cidadania ativa que participe da gestão e da fiscalização da coisa pública.

Seriam evitados, assim, os dois extremos de um liberalismo econômico e de uma democracia plebiscitária.

O avanço do *neoliberalismo* em um contexto de globalização econômica e financeira, é, como havia declarado Bobbio, uma séria ameaça à democracia, porque retira do controle democrático as decisões efetivamente importantes que dizem respeito à economia, que são tomadas em centros de poder e lobbies inacessíveis, que estão acima e além do controle estatal: é a “persistência das oligarquias” e dos “poderes invisíveis”, como havia dito nas famosas páginas sobre as “promessas não cumpridas pela democracia” (BOBBIO, 1997, p. 17-40).

O outro extremo é o avanço do *populismo*, um fenômeno complexo que alia dois componentes: compartilha os pressupostos da democracia direta na sua forma plebiscitária, ou seja, a existência simbólica e mítica de um povo, de uma vontade geral, de um bem comum,

⁶ É nesse contexto que nasce a discussão sobre as novas ferramentas eletrônicas, que podem ampliar ou manipular os espaços de democracia participativa. Ver JENKINS, 2015.

e, ao mesmo tempo, compartilha do elemento elitista. O líder é chamado mais do que a representar, a defender, personificar, hipostatizar, substancializar este poder popular: a massa popular contra a elite ou a casta política e os “poderes fortes”.

O populismo de direita é, hoje, o movimento que mais cresce na Europa, nos Estados Unidos e no Brasil (BENOIST, 2017).

5 CONCLUSÕES PROVISÓRIAS SOBRE O BRASIL

“O que define o populismo é a reivindicação de representação exclusiva do povo, e é a relutância em tolerar a oposição ou respeitar a necessidade de instituições independentes que com tamanha frequência põe os populistas em rota de colisão direta com a democracia liberal. Desse modo, a eleição de Jair Bolsonaro deve ser encarada como o evento mais significativo na história brasileira desde a queda da ditadura militar: pelos próximos anos, o povo terá de lutar pela própria sobrevivência da democracia liberal” (MOUNK, 2019).

O Brasil comemora, em 2020, 32 anos da promulgação da última Constituição; 32 anos de um processo de transição da ditadura militar para a democracia não plenamente consolidado e bastante frágil tanto no que diz respeito às regras formais quanto aos aspectos mais substanciais (TELES-SAFATLE, 2010; TOSI *et al.*, 2014).

Apesar, porém, de todas as dificuldades, houve, na passagem dos governos Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff, mais continuidades do que rupturas, se considerarmos o respeito das regras do jogo democrático. Foi um dos raros momentos na história brasileira que conseguiu conjugar estabilidade política e conquistas sociais, pelo menos até o *impeachment* da Presidenta Dilma e o golpe que colocou na presidência Michel Temer, a partir do qual se entrou em um estado de exceção (AGAMBEN, 2004). Com a posse do governo de Jair Bolsonaro, em 2019, a exceção consolidou-se mediante uma aliança entre um populismo autoritário de extrema direita, e um neoliberalismo econômico, que coloca em perigo o processo de democratização que estava se consolidando: menos Estado social e mais Estado penal é o lema do governo.

O Estado Democrático de Direito vive uma tensão permanente entre dois opostos: uma democracia sem direitos (tirania da maioria) ou um direito sem democracia (democracia elitista) (MOUNK, 2018, 2019). Neste momento histórico, a democracia brasileira está submetida simultaneamente a duas ameaças: o populismo e o elitismo.

Olhando na perspectiva da democracia elitista, pode se verificar que a qualidade da classe política brasileira é insuficiente em relação à competência para governar e ao compromisso com as regras do jogo democrático. A corrupção tornou-se um fenômeno sistêmico na política brasileira, e os representantes trazem sempre mais interesses próprios ou de grupos restritos do que os interesses gerais.

A democracia corporativista, criticada por Bobbio em o *Futuro da Democracia*, como “persistência das oligarquias”, é predominante no Brasil: são mais importantes as várias “bandas” (da bala, do boi, da bíblia) do que os partidos, os quais (com poucas exceções) são mais fisiológicos do que ideológicos. Isto dificulta a “circulação das elites” (como dizia Pareto)

e a sua renovação, e a participação no jogo democrático dos representantes das classes e dos grupos sociais tradicionalmente excluídos, que são sub-representados no Congresso e na política em geral.

Por isso, da agenda política do governo desapareceram os temas das desigualdades sexuais, raciais, de gênero e sociais, da luta contra a pobreza, da criação de oportunidades para todos os cidadãos, do papel regulador do Estado sobre o mercado, típicos do liberalismo social, e predominam os temas da agenda *liberista*.

Há claros sinais de retrocessos com relação a vários aspectos fundamentais da democracia e do respeito às suas regras: a intensa violação dos direitos humanos e a desqualificação dos seus defensores; a politização do Poder Judiciário; a presença massiva das forças armadas (uma instituição autocrática) para exercer funções políticas; a militarização da saúde e da educação; o revisionismo histórico que nega a existência da ditadura militar e o combate às tentativas de resgatar essa memória; o recrudescimento da violência criminal e política; a expansão do crime organizado e das milícias no controle do território e na presença nos aparelhos do Estado; a proposta de ampliar a posse de arma da população civil e de dar “licença para matar” aos policiais; a influência crescente do fundamentalismo religioso nos aparelhos do Estado laico; o ataque à liberdade de cátedra e de expressão dos professores e à autonomia universitária; o ataque aos direitos sociais dos trabalhadores e das classes mais pobres; a conivência com os incêndios na Amazônia e os ataques ao meio ambiente.

O que preocupa também é que o governo está lançando uma “campanha moralista” contra comportamentos morais (em particular sexuais) considerados desviantes, que ameaça a laicidade do Estado; princípio que não se restringe à separação entre Estado e Igreja, mas significa a não interferência do Estado na esfera privada. Em uma concepção liberal, não cabe ao Estado definir e impor estilos e modelos de vida e qual deve ser o comportamento moral dos indivíduos; cada um tem autonomia para isso, tendo como únicos limites aqueles impostos pela lei.

Algo análogo está acontecendo com a “guerra cultural” lançada pelo governo contra as ideologias políticas com as quais discorda: o “marxismo cultural”, a pedagogia de Paulo Freire, o “método gramsciano”, a “ideologia de gênero”, todos reunidos sob o manto do combate ao “comunismo”. No contexto atual do debate ideológico brasileiro, comunismo é um conceito vago e indefinido que abrange muitos significados: remete ao “inimigo” histórico dos tempos da ditadura militar e da guerra fria, em um novo contexto totalmente diferente, passados mais de 30 anos da queda do muro de Berlim e do fim da ditadura militar no Brasil, e serve para condenar e perseguir toda e qualquer coisa que possa se assemelhar a um pensamento de esquerda, que ameace os “valores tradicionais”: Deus, a pátria, a família e a propriedade.

A estratégia do governo Bolsonaro é clara: governar unicamente para os grupos sociais, políticos e econômicos que o apoiam, e lutar contra os inimigos internos e externos, reais ou imaginários que sejam. Para tanto, precisa manter viva a tensão com os inimigos para garantir o apoio incondicional do “seu povo”. O populismo precisa ter sempre um inimigo para lhe declarar a guerra: já Mussolini afirmava: *molti nemici molto onore!* Nas democracias liberais, lembrando o ensinamento de Karl Popper, no entanto, o competidor não é um inimigo a ser destruído, mas um adversário a ser respeitado e que amanhã pode se tornar governante sem derramamento de sangue.

Muitas dessas medidas são tomadas com apoio popular, o que confere ao governo uma legitimidade se pensarmos a democracia como mera vontade da maioria, mas levanta preocupações se a pensarmos como respeito dos direitos das minorias e das regras do jogo.

O dilema que enfrenta hoje o Brasil e outros países do mundo pode ser assim expresso utilizando as categorias bobbianas. O Estado Democrático de Direito inclui dois conceitos distintos: a “democracia” e os “direitos”, que estão em tensão permanente. *Stricto sensu*, “democracia” significa simplesmente a regra ou a vontade da maioria. Nesse sentido restrito ela recebeu as críticas mais contundentes, desde os tempos antigos até hoje: Platão a considerava uma forma de anarquia, Aristóteles de demagogia, Kant de despotismo, Tocqueville uma tirania da maioria, Stuart Mill uma tirania da opinião pública sobre as minorias, Ortega y Gasset lamentava a *Rebelión de las masas*, Hannah Arendt lançava o seu magistral ensaio sobre os totalitarismos de direita e de esquerda e Elias Canetti chamava a atenção para o *Poder das massas*.

Para evitar o paradoxo ou o oxímoro de uma “democracia totalitária”, é preciso garantir os direitos de todos e especialmente das minorias, e não somente os direitos civis e políticos, como também os direitos econômicos e sociais, conforme o liberalismo social de Bobbio, tão relevantes em um país com profundas desigualdades como o Brasil.

A democracia brasileira está submetida a um *stress text* de alta intensidade, e há um perigo real que possa sucumbir. Nesses anos de transição da ditadura à democracia, todavia, foi realizado um enorme trabalho em várias áreas envolvendo milhões de pessoas e milhares de instituições, que nos permitem confiar que as garantias e as liberdades fundamentais sejam respeitadas; que as instituições e a sociedade civil reajam, resistam e funcionem; que as oposições possam agir e atuar sem impedimentos e perseguições; que o governo não se torne um regime que, aos poucos, vai sufocando a democracia; que seja parte de um ciclo, um momento, um contraponto a um período anterior e que se volte a uma alternância de governo; enfim que a exceção não se torne a regra.

Isto vale para o Brasil, mas também para outros países do mundo, onde há uma crise do liberalismo político e um avanço do populismo autoritário e do liberalismo econômico (TOSI, 2019). Parafraseando o título de um famoso livro de Bobbio: Será que a democracia liberal tem ainda um futuro ou estamos assistindo aos últimos capítulos?

O Brasil é um bom laboratório para responder a essa questão.

6 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARZOTTO, L. F. A democracia plebiscitária. In: BARZOTTO, L. F. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003. p. 85-130.
- BENOIST, Alain de. *Populismo*. La fine della destra e della sinistra. Bologna: Arianna Editrice, 2017.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1998.
- BOBBIO, N. A democracia dos modernos, comparado à dos antigos (e à dos pósteros). In: BOBBIO, N. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000a. p. 378-379.
- BOBBIO, N. Sobre o liberal-socialismo. In: BOBBIO, N. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000b. p. 354-370.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOBBIO, N. *Ensaio sobre a ciência política na Itália*. Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

- BRENNAN, Jason. *Against Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2017. (E-book).
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura*. A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- COSTA, Marta Nunes da. *Os dilemas de Rousseau*. Natureza humana, política e gênero em perspectiva. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito*. História, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.
- HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda*. A democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.
- JENKINS, Henry. *Cultura da conexão*: criando valor e significado por meio de mídia propagável. São Paulo: Aleph, 2015.
- LACLAU, Ernesto. *La ragione populista*. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Prefácio Jairo Nicolau. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LEVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. edição. São Paulo, SP: Editora 34, 2010a.
- LEVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. O futuro do pensamento na era da informática. 2. Edição. São Paulo, SP: Editora 34, 2010b.
- LEMOS, André; LEVY, Pierre. *O futuro da internet*: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo, SP: Editora Paulus, 2010.
- LYRA, Rubens P. (org.). *Estado e cidadania*. De Maquiavel à democracia participativa. João Pessoa: Editora UFPB, 2006.
- LYRA, Rubens. P. *Ouvidoria pública no Brasil*. Modelos em disputa. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. Antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MOUFFE, Chantal. O desafio populista. *Cadernos IHU Ideias*, 2017. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/6937-o-desafio-populista>.
- MOUFFE, Chantal. *Por um populismo de esquerda*. Lisboa: Gradiva, 2019.
- MOUNK, Yascha. *The People versus democracy*. Why our freedom is in danger e how to save it. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2018. (E-book). Edição brasileira: *O povo contra a democracia*. Porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (E-book).
- NASCIMENTO, Milton Meira do. *A farsa da representação política*. Ensaios sobre o pensamento político de Rousseau. São Paulo: USP; Discurso Editorial, 2016.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PANIZZA, Francisco (org.). *El populismo como espejo de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- PINKER, Steven. Os populistas estão do lado sombrio da História. Entrevista de Juan Martinez Arhens. *El País Semanal*. 16 jun. 2018a. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/07/eps/1528366679_426068.html.
- PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Aura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018b. (E-book).
- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2006. Vols. 1 e 2.
- PORTINARO, P. P. *El realismo político*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.
- PORTINARO, P. P. *Introduzione a Bobbio*. Roma-Bari: Laterza, 2008. p. 108.
- ROUSSEAU, J. J. *O contrato Social*. São Paulo: Victor Civita, 1983. (coleção Os Pensadores).
- RUNCIMAN, David. *How Democracy Ends*. New York: Basic Books, 2018a.
- RUNCIMAN, David. “Talvez este seja o fim do Estado moderno”, diz professor de Cambridge. *Folha de São Paulo*. 21.01.2018. 2018b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1951709-estamos-assistindo-ao-fim-do-estado-moderno-diz-professor-de-cambridge.shtml>.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.
- TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura*. E exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.
- TOSI, Giuseppe et al. (org.). *Justiça de transição*. Direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- TOSI, Giuseppe. A crise do liberalismo político e a ascensão do liberalismo econômico e do populismo autoritário. O caso do Brasil. *Teoria Política*, Nuova Serie, Annali IX, p. 227-249, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/GIUSEPPE%20TOSI/Downloads/tp-827.pdf>.
- TOSI, Giuseppe; GUIMARÃES, Rubens. *Democracia & elitismo dos antigos e dos modernos*. Ensaios. Curitiba: CRV, 2020.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.194-208>

Desenvolvimento, Direitos Humanos e Corrupção: Correlações Entre IDH e IPC no Caso Brasileiro

Analissa Barros Pinheiro

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Direito pela Ufma. Assessora Jurídica da Universidade Estadual do Maranhão e professora da Universidade Ceuma. <http://lattes.cnpq.br/3944455170235725>. <https://orcid.org/0000-0002-3994-8179>. analissa.pinheiro@gmail.com

Fernanda Cristina de Oliveira Franco

Professora-adjunta do curso de Direito da Ufob. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas, com ênfase em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/9298023582118297>. <https://orcid.org/0000-0002-4046-1181>. ffranco.cristina@gmail.com

RESUMO

O exercício do desenvolvimento como um direito é plataforma política e normativa que vem sendo discutida há décadas em âmbito internacional. O irromper global de medidas anticorrupção não deixou de entrar em diálogo com esse debate. O resultado é o reconhecimento, em vários instrumentos internacionais, dos efeitos adversos da corrupção ao desenvolvimento, bem como do advento das abordagens dos direitos humanos à corrupção, que a caracterizam como prática que viola direitos humanos e obstaculiza o exercício do direito ao desenvolvimento. O presente estudo ressalta as relações entre desenvolvimento, direitos humanos e corrupção, esmiuçando esta correlação a partir da análise conjunta entre o IDH e o IPC. O contexto brasileiro de anos recentes serve como parâmetro para investigar em que medida ações anticorrupção garantem melhorias nos índices de desenvolvimento e de efetivação dos direitos humanos e vice-versa.

Palavras-chave: Corrupção. IDH. IPC. Direito ao desenvolvimento. Direitos humanos.

DEVELOPMENT, HUMAN RIGHTS AND CORRUPTION: CORRELATIONS BETWEEN HDI AND CPI IN THE BRAZILIAN CASE

ABSTRACT

The exercise of development as a right is a political and normative platform that has been discussed for decades in the international arena. The global eruption of anti-corruption measures did not fail to touch this debate. The result is the recognition by various international instruments of the adverse effects of corruption on development, and the emergence of human rights approaches to corruption that reaffirm it as a practice that violates human rights and undermines the exercise of the right to development. The present study highlights the relationship among development, human rights and corruption, breaking down this correlation based on the joint analysis between the HDI and the CPI. The recent Brazilian context is taken as a parameter to investigate to what extent anti-corruption actions can effectively guarantee better development and human rights effectiveness and vice versa.

Keywords: Corruption. HDI. PCI. Right to development. Human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Abordagens dos direitos humanos à corrupção. 3 Os impactos da corrupção no desenvolvimento e vice-versa. 3.1 Exercício do Direito ao Desenvolvimento (Dad) diante da corrupção. 3.2 A relação entre desenvolvimento e corrupção: análise comparada entre o IDH e o IPC. 3.3 A relação entre IDH e IPC no contexto brasileiro recente. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 13/10/2018

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

A ideia de progresso, de evolução, de trajetória linear ascendente sempre permeou o imaginário humano de alguma forma. O desenvolvimento é uma dessas concepções que surge atrelada aos anseios de crescimento, incremento, melhorias. Num primeiro momento, identificou-se com as metas de crescimento econômico. No contexto descolonial do século 20, foi reivindicado por países do Terceiro Mundo como direito fundamental dos povos. O fato é que as discussões sobre os desafios de efetivação do desenvolvimento como um direito humano, o chamado Direito ao Desenvolvimento (Dad), tem sido desde então objeto de inúmeras discussões em âmbito internacional, em meio a muitos obstáculos e poucos avanços. Destaque-se o desenvolvimento como objeto central das relações internacionais e do próprio Direito Internacional.

A corrupção, por sua vez, é prática antiga, ainda que seu irromper em âmbito global seja relativamente recente. Já chegou a ser tolerada como função benéfica e necessária ao processo de desenvolvimento econômico e político, visto que contribuiria para a superação da rigidez democrática e das normas tradicionais (FILGUEIRAS, 2004, p. 136). Nas últimas décadas, entretanto, passou a ser vista como fenômeno indesejável, disseminado e de difícil enfrentamento, cujo combate exigiria a atuação conjunta entre Estados, posto que suas formas e consequências não se restringem aos limites territoriais nacionais.

Diante da internacionalização da corrupção, ganham força as abordagens dos direitos humanos à corrupção (*human rights-based approaches to corruption*), que expandem o tradicional enfoque até então restrito ao âmbito das transações econômicas para visibilizar os efeitos que acarreta na vida das pessoas e no exercício de seus direitos fundamentais, incluindo a discussão sobre o exercício do desenvolvimento como um direito.

As tentativas para coibir a prática da corrupção passaram a ser foco de iniciativas internacionais conjuntas, inaugurando nova fase de enfrentamento global do tema. Na prática, apurou-se que todos os anos cerca de US\$ 1 trilhão são pagos em subornos em processos envolvendo corrupção e são apropriados pela corrupção aproximadamente US\$ 2,6 trilhões, o equivalente a mais de 5% do PIB global.¹ Os recursos gastos com a corrupção acabam não atingindo os fins públicos aos quais se destinariam originalmente, o que é um entrave para a promoção do desenvolvimento.

Diante desse contexto, o presente estudo propõe-se a analisar a inter-relação entre desenvolvimento, direitos humanos e corrupção de forma a entender em que medida interagem e se afetam mutuamente. Para tanto, a primeira parte caracteriza as abordagens dos direitos humanos à corrupção, que inovam ao complexificar o tradicional enfoque econômico sobre o tema, afirmando a corrupção como prática contrária à efetivação do desenvolvimento e dos direitos humanos. A segunda parte analisa os impactos da corrupção sobre o exercício do direito ao desenvolvimento, investigando em especial a relação entre dois indicadores: o IDH

¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Business Case Against Corruption*. 2016. Disponível em: <http://www.weforum.org/pdf/paci/BusinessCaseAgainstCorruption.pdf>. Acesso em: 3 out. 2017.

(Índice de Desenvolvimento Humano)² e o IPC (Índice de Percepção da Corrupção).³ Com base nestes dois índices, enfoca particularmente o caso brasileiro para considerar em que medida ações anticorrupção garantem melhores índices de desenvolvimento e de efetivação dos direitos humanos e vice-versa.

2 ABORDAGENS DOS DIREITOS HUMANOS À CORRUPÇÃO

Internacionalmente, um dos resultados do tratamento conjunto das relações entre corrupção e direitos humanos se traduz na normativa internacional que centra a corrupção como objeto de tratados multilaterais, os quais buscam meios efetivos de tipificar, isolar, prevenir e punir essa prática.⁴ Tais instrumentos normativos refletem novas formas de se mirar a corrupção, caracterizando-a não apenas como um ilícito, mas também como uma agressão à democracia, à solidariedade, à justiça, bem como aos direitos humanos. Tais abordagens garantem padrões internacionais no combate à corrupção, obrigando os Estados nacionais a desenvolverem políticas e práticas anticorrupção (BACIO-TERRACINO, 2010, p. 245).

O amplo processo de internacionalização da normativa, direcionado a estabelecer as bases jurídicas da identificação e combate à corrupção, foi a base para o surgimento de documentos internacionais sobre o tema, com destaque para a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003),⁵ que reconhece em seu preâmbulo os malefícios ocasionados pela corrupção à instabilidade, insegurança, instituições e à democracia, além de minar os esforços de promoção do desenvolvimento humano.⁶

Ainda no âmbito da normativa internacional, cite-se a consideração do Conselho Europeu, que define o fenômeno da corrupção como uma ameaça aos direitos humanos, na medida em que mina o Estado de Direito, a democracia, e cerceia os Estados a promoverem um bom governo para seus respectivos cidadãos (KOECHLIN; CARMONA, 2009, p. 150). Nesse sentido, reconhecem que a corrupção reduz a capacidade do governo de respeitar, proteger e

² O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida importante concebida pela ONU (Organização das Nações Unidas) para avaliar a qualidade de vida e o desenvolvimento econômico de uma população. Anualmente é elaborado o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) com base em três critérios (saúde, educação e renda) que são medidos pelas variáveis: expectativa de vida ao nascer; média de anos de estudo (adultos) e anos esperados de escolaridade (crianças); Renda Nacional Bruta (RNB) com base na Paridade de Poder de Compra (PPC) por habitante. O IDH varia entre 0 (nenhum desenvolvimento humano) e 1 (desenvolvimento humano total), revelando que quanto maior a proximidade de 1, mais desenvolvido é o país.

³ Elaborado pela Organização Não Governamental Transparência Internacional, o Índice de Percepção da Corrupção tem o objetivo de mensurar os níveis de percepção no mundo. Constitui-se em um índice resultante de diferentes estudos e pesquisas acerca dos níveis de percepção da corrupção no setor público de diversos países.

⁴ Cite-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (1996); Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento da OCDE (1997); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003). O Brasil é signatário dos três instrumentos.

⁵ A *United Nations Convention Against Corruption* (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) constitui-se em uma convenção que visa a promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção. É o maior texto juridicamente vinculante de luta contra a corrupção. A referida Convenção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México. Em virtude da assinatura desta Convenção, no dia 9 de dezembro comemora-se o Dia Internacional de Luta Contra Corrupção em todo o mundo.

⁶ ONU. *Convention des Nations Unies Contre La corruption*, DOC.A/58/422, adotada em 14 de dezembro de 2003.

efetivar seus compromissos assumidos em termos de direitos humanos, além de reduzir a capacidade dos governos de financiar serviços básicos, dificultando que os cidadãos encontrem adequados meios de vida, o que resulta em violações aos direitos humanos.

As abordagens dos direitos humanos em relação à corrupção, contudo, não se restringem aos aspectos da normativa internacional. Além da normativa internacional há outras vinculações possíveis entre corrupção e direitos humanos. Uma delas aponta que ambos são discursos relevantes nas discussões sobre a legitimidade do poder do Estado e, mais recentemente, também sobre a legitimidade da atuação do poder das empresas/corporações.⁷

Vieira e Varella (2014, p. 56) identificam três relações causais entre corrupção e direitos humanos, reconhecendo ser a corrupção uma possível i) causa direta; ii) indireta ou iii) remota para as violações de direitos humanos. No primeiro caso, a corrupção é diretamente ligada a uma violação de direito humano quando, por exemplo, um ato corrupto é deliberadamente utilizado para violação deste direito, como no caso de desvios de recursos destinados à merenda escolar. No segundo caso, de forma indireta, a corrupção pode violar direitos humanos quando integra uma série de ações que levam a uma violação de direitos humanos, por exemplo, quando setores governamentais aceitam receber contêineres com lixo contaminado em troca de suborno. Por fim, existe ainda a forma remota, quando a corrupção constitui-se em um dos fatores que levam à violação dos direitos humanos, como quando em um processo eleitoral a corrupção na contagem dos votos aviva preocupações acerca da precisão do resultado, decorrendo disso agitações sociais e protestos. A repressão a tais protestos poderá ocasionar violações de direitos humanos.

No âmbito estatal, tanto a corrupção como os direitos humanos se relacionam ao quanto um determinado Estado se preocupa, no primeiro caso, em proteger a primazia do interesse público sobre o privado e, no segundo, a primazia dos direitos humanos de seus cidadãos. Dessa forma, mesmo sendo possível traçar diferenças entre os dois campos, evidencia-se uma relação direta e inversamente proporcional entre eles: isto é, onde há maior grau de corrupção, verifica-se menor efetivação dos direitos humanos (RAJAGOPAL, 1999, p. 498), ou seja, baixos índices de corrupção são necessários para a maior proteção dos direitos humanos e vice-versa.

Por essa razão, o maior interesse não é tanto em relação ao fenômeno da corrupção em si, mas sim no quanto ele afeta negativamente o exercício dos direitos humanos, devendo, por isso manter-se em baixos níveis para que se assegure alto nível de proteção dos direitos humanos.

Em todos os cenários a corrupção se constitui como antagonista social, política e econômica, tendo por consequência direta e indireta violações de direitos humanos. Nesse sentido, pontua Gebeye (2012, p. 89) que: “[a] implementação dos direitos humanos pode contribuir para a prevenção da corrupção, porque os direitos humanos abordam os abusos de poder e a corrupção é essencialmente um abuso de poder”.

⁷ Vide as discussões sobre Empresas e Direitos Humanos e a tendência de responsabilização de atores não estatais pela violação destes.

Tanto o discurso da corrupção quanto o dos direitos humanos preocupam-se com o tema do desenvolvimento, razão pela qual os economistas não mais argumentam que a corrupção é necessária para a promoção do desenvolvimento – como já o fizeram explicitamente – como igualmente reconhecem que a violação dos direitos humanos também não é mais condizente/intrínseca à promoção do desenvolvimento (RAJAGOPAL, 1999, p. 500). Em suma, a prevenção e o enfrentamento da corrupção são fundamentais para a promoção dos direitos humanos, e, de forma simultânea, a garantia dos direitos humanos pode significar a redução dos casos de corrupção.

Essa constatação, contudo, não pode desconsiderar que tanto a prática da corrupção como a da violação de direitos humanos têm servido como critério de (des)legitimidade de um determinado tipo de Estado ou governo (RAJAGOPAL, 1999, p. 504), havendo inclusive inúmeros exemplos de como o discurso da corrupção, e/ou o discurso dos direitos humanos são/foram usados para (des)legitimar ou impulsionar a destituição de um governo ou de um Estado. O discurso anticorrupção, dessa maneira, não dispensa considerações sob perspectivas críticas e históricas.

3 OS IMPACTOS DA CORRUPÇÃO NO DESENVOLVIMENTO E VICE-VERSA

Por ser um fenômeno que se reflete em diversas esferas (sociais, econômicas, políticas, jurídicas, etc.) a corrupção acaba por impactar o desenvolvimento de um determinado Estado. Os tópicos a seguir desenvolvem essa ideia, trazendo para a discussão algumas das relações estabelecidas entre ambos.

3.1 Exercício do Direito ao Desenvolvimento (Dad) diante da Corrupção

O impacto da corrupção no exercício do Dad pode ser investigado por meio do mapeamento dos recursos que deveriam ser investidos na promoção do desenvolvimento como um direito. Trata-se o Direito ao Desenvolvimento (Dad) de um direito humano cuja instituição requer a efetivação de uma série de outros direitos, como educação, saúde, moradia, liberdades, sendo por isso considerado um direito-síntese, ou um direito-plataforma.

O Dad é um direito humano de vertente jurídica emancipatória, cuja titularidade é endereçada aos povos e coletividades e caracterizado como um conjunto de ações de responsabilidade de Estados e agentes econômicos para garantir o equilíbrio da balança global da distribuição e usufruto dos recursos (FRANCO, 2013, p. 139).

Nesse sentido, a questão da disponibilidade dos recursos, bem como da capacidade de acessá-los e deles dispor livremente é aspecto relevante para o exercício desse direito. De fato, sua reivindicação surge historicamente da tentativa de assegurar que os recursos disponíveis fossem revertidos em benefício de uma ampla maioria de pessoas do Terceiro Mundo.

Em termos do desenvolvimento, a corrupção mostra-se como um dos problemas para o acesso equitativo aos bens e serviços, uma vez que promove a alocação indevida de recursos, desviados de seus verdadeiros fins. É por isso considerada um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento (KUMAR, 2003, p. 33).

Nos países em desenvolvimento, de acordo com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), os recursos perdidos pela corrupção são dez vezes maiores do que aqueles remetidos à assistência oficial ao desenvolvimento (2011, p. 204).

A corrupção tem assim impacto contrário à promoção do desenvolvimento, na medida em que subtrai ilicitamente, para fins privados, os recursos que deveriam ser destinados à melhoria da qualidade de vida das pessoas. Com base nessa relação, inclusive foi delineado um direito fundamental a um serviço livre de corrupção (KUMAR, 2003).

Segundo Tanzi e Davoodi (1997, p. 59), a corrupção está diretamente correlacionada com a baixa qualidade das infraestruturas públicas, o aumento do investimento público e a diminuição da receita governamental. Segundo esses autores, quando faltam controle e fiscalização nas instituições, as decisões sobre investimento público ficam distorcidas, facilitando com que quanto maior o volume de recursos disponível maior pode ser o montante desviado.

Gupta *et al.* (2002, p. 31) afirmam que a corrupção afeta a desigualdade de renda e a pobreza e, segundo eles, existem vários canais pelos quais isso pode acontecer além do crescimento econômico. Observam que corrupção conduz à pobreza, pois o impacto negativo no crescimento provocado pela corrupção conduz a um nível de pobreza maior. Al-Marhubi (2000, p. 200) ressalta que altos níveis de corrupção estão associados ao aumento de inflação. Segundo o autor, isso ocorre porque a corrupção contribui para o aumento de déficits fiscais que pressionam a inflação.

Constata-se, assim, que a corrupção utiliza os recursos que deveriam estar disponíveis para garantir a promoção e o exercício do Dad para outros fins, afetando dessa forma diretamente as possibilidades de efetivação desse direito.

3.2 A relação entre desenvolvimento e corrupção: análise comparada entre o IDH e o IPC

Como forma de analisar concretamente as relações entre corrupção e desenvolvimento, oportuno considerar dois índices que auxiliam a entender como se dá essa interação. As correlações entre corrupção e desenvolvimento são amparadas por experimentos de cálculo do grau de corrupção, do volume dos desvios e do custo que o fenômeno traz para a economia, a sociedade e a credibilidade das instituições (SPECK, 2000).

À semelhança da medição do desenvolvimento por meio do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), avanços têm sido feitos na criação de um índice que investigue o grau de ocorrência da corrupção nos diversos países, normalmente utilizando aspectos subjetivos de percepção. Os elementos do índice serviram para consolidar hipóteses sobre o impacto da corrupção no desenvolvimento de um país (DOIG; RILEY, 2002, p. 46).

Abre-se parênteses para considerar as dificuldades de mensuração da corrupção, vez que as práticas corruptas são ilícitas e ocorrem de forma velada, impedindo uma medição objetiva. Ademais, se por um lado o advento do IDH conseguiu elaborar parâmetros internacionais para mensurar o desenvolvimento, uma questão de importância fundamental para o estudo da corrupção permanece sendo o da criação de um índice que viabilize sua mensuração internacionalmente.

Como observado por Jain (2001, p. 120) e Mauro (2002, p. 53), o problema em medir a corrupção está na própria natureza de clandestinidade da prática, dado que o ambiente de ilegalidade no qual normalmente se reproduz faz com que ela não possa ser medida por meio de estatísticas oficiais ou de perguntas diretas sobre o envolvimento de pessoas em atos corruptos. Além disso, não se tem ao certo em que medida os aspectos culturais influenciam na prática ou na tolerância da corrupção.

Importante sistematizar que dos anos 70 até hoje é possível visualizar três gerações de estudos voltados a mensurar empiricamente a corrupção com base nas pesquisas de opinião. A primeira referiu-se à investigação das diferentes visões da corrupção e partiu do pressuposto de que os distintos modelos de conceituação do fenômeno representavam um problema. Diante disso, a saída mais corriqueira foi identificar a corrupção a partir de uma definição próxima àquela do Código Penal (MAURO, 2002, p. 24).

A segunda voltou-se à identificação dos riscos de investimento. Iniciou-se a partir dos anos 80, quando empresas de avaliação de riscos de investimento incluíram sucessivamente o item “corrupção” em suas análises dos países. Para avaliar instituições e normas, assim como a cultura e as práticas políticas relevantes para o investimento, os dados levantados incluem questões referentes à fragmentação do sistema partidário, a conflitos religiosos ou étnicos e à aceitação das normas constitucionais pelos vários atores políticos.

A terceira busca ferramentas para a intervenção e a reforma (MAURO, 2002, p. 29). O objetivo, aqui, segundo Kaufmann, Prahlan e Ryterman (1998, p. 12), não é somente melhorar a qualidade dos números, mas redirecionar as análises, para instigar, orientar e monitorar políticas de reformas institucionais.

Uma das iniciativas de maior impacto nessa área foi a integração de informações contidas em diferentes indicadores em um único índice, avaliando-se especificamente a questão da corrupção em vários países, o que resultou no Índice de Percepção da Corrupção – IPC (*Corruption Perceptions Index*), o principal e mais conhecido índice internacional utilizado na atualidade para medir a corrupção pública (KAUFMANN; PRAHAN; RYTERMAN 1998, p. 11), aplicado pela Organização Não Governamental Transparência Internacional – TI.⁸

A organização TI teve grande influência tanto na compreensão da corrupção – segundo a organização, corrupção é o abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos e sua ocorrência se dá tanto no setor público quanto no privado (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016a) – como especialmente no aumento da luta contra a corrupção na arena internacional, marcada por uma abordagem que fortalece articulações nacionais, regionais e globais, envolvendo Estados, instituições internacionais, sociedade civil e o setor privado.

O IPC classifica os países e territórios de acordo com níveis percebidos de corrupção no setor público. É composto por inúmeras avaliações e pesquisas de opinião promovidas por instituições respeitadas e reflete o entendimento de observadores de todo o mundo, inclusive

⁸ A Transparência Internacional (TI) é uma Organização Não Governamental que busca o enfrentamento da corrupção, analisando o fenômeno sob diversas perspectivas. A TI trabalha em conjunto com governos, empresas e cidadãos para acabar com o abuso de poder, o suborno e as negociações secretas. Ainda possui uma capacidade de pesquisa mundialmente reconhecida e um amplo conjunto de ferramentas e soluções de combate à corrupção. Link da Organização: <https://transparenciainternacional.org.br>

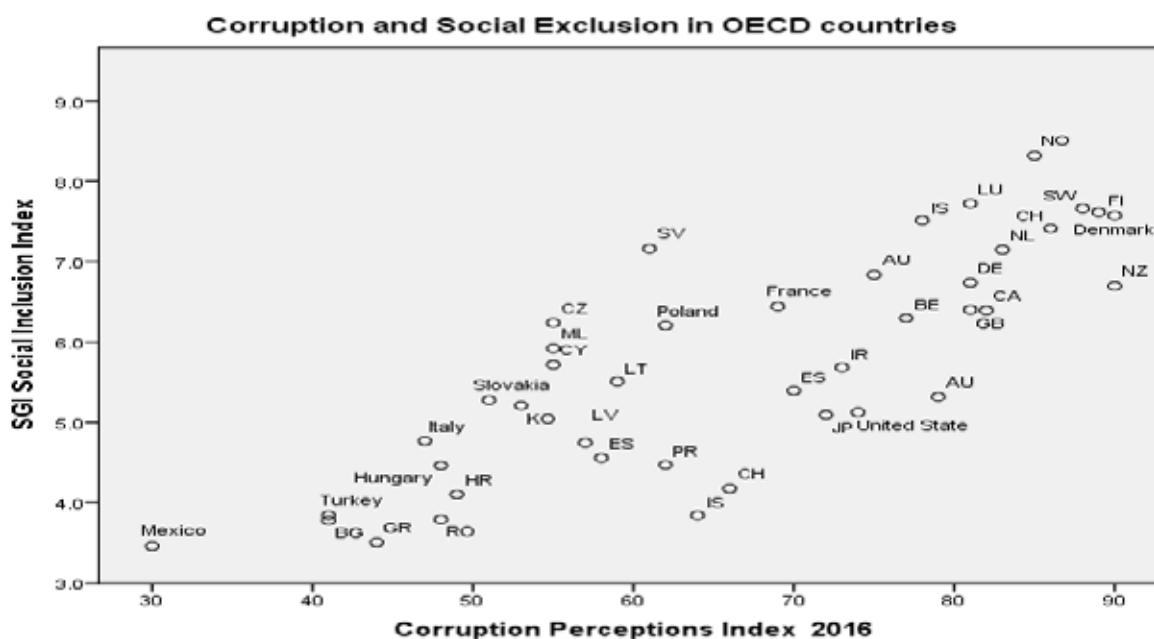
especialistas que vivem e trabalham nos locais avaliados. Concentra-se na corrupção praticada por funcionários públicos e políticos e sua fonte de dados decorre de questões como subornos, pagamentos de propinas em contratações públicas, desvios de recursos públicos, entre outras perguntas que verificam esforços e efetividade das medidas anticorrupção pelo setor público (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016b).

O IPC classifica 180 países e territórios por seus níveis percebidos de corrupção no setor público de acordo com especialistas e empresários e usa uma escala de 0 a 100, em que 0 é altamente corrupto e 100 muito livre de corrupção. No ano de 2017 o índice constatou que mais de dois terços dos países pontuaram abaixo de 50, com uma pontuação média de 43 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017, p. 45), o que mostra o quanto a corrupção é uma prática disseminada pelo mundo.

A TI explicita que a corrupção sistêmica e a desigualdade social reforçam-se uma à outra (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016b, p. 58). De fato, pesquisas anteriores realizadas por You e Khagram (2005, p. 136-137) demonstram que quanto mais desigual for uma sociedade, maiores serão seus indicadores de corrupção. Em outras palavras, a redução da desigualdade importa para o combate à corrupção. Em igual sentido, Begović (2006, p. 36) ressalta a existência de dois tipos principais de desenhos de pesquisa no que tange à relação entre corrupção e desigualdade. A primeira pauta-se no efeito da corrupção como fator que leva à desigualdade econômica; a segunda analisa a desigualdade econômica como fator explicativo da corrupção. Em qualquer dos casos assume-se que quanto maior a desigualdade maior a corrupção e vice-versa.

No relatório de 2016 a TI expõe a relação entre as pontuações de corrupção no IPC e o grau de exclusão social, como indicam os diagramas a seguir:

Figura 1 – Gráfico Indicador da Relação Entre Exclusão Social e Percepção Acerca da Corrupção (2016)



Fonte: TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016b.

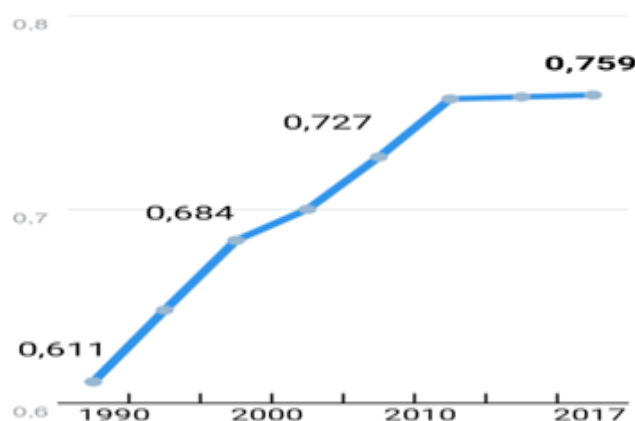
Observa-se que os resultados mais altos do IPC (CPI, no gráfico) e Inclusão Social (SGI, no gráfico) significam menos corrupção/exclusão. Em sentido contrário, os países que apresentem menores IPC são aqueles dotados de instituições públicas mais frágeis e funcionamento precário.⁹

Destaque-se o México, a Turquia (Turkey) e a Bulgária (BG), que possuem a correlação corrupção/inclusão social em níveis negativos se comparados aos demais países do gráfico. Por outro lado, aqueles que apresentam IPC mais elevado apresentam igualmente grau mais alto de liberdade de imprensa, acesso à informação sobre as despesas públicas, padrões mais fortes de integridade para funcionários públicos e sistemas de justiça independentes,¹⁰ com destaque para a Noruega (NO), Luxemburgo (LU), Suíça (SW). Constata-se que quanto menores os índices de exclusão social, maior o IPC.

3.3 A relação entre IDH e IPC no contexto brasileiro recente

O IDH brasileiro registrou no ano de 2016 um total de 0,754 pontos, mesmo índice que havia sido registrado em 2014, ocupando o país o 79º lugar no ranking que abrange 188 países. Em 2017, o Brasil se manteve na mesma posição e com o mesmo índice do ano anterior (UNDP, 2016, p. 123).

Figura 2 – Índices de Desenvolvimento Humano no Brasil de 1990 a 2017



Fonte: VENTURA *et al.*, 2018.

Em termos de IDH, o país permaneceu estagnado pelo terceiro ano consecutivo (UNDP, 2016, p. 256). Desde 2015 o país ocupa a 79ª colocação entre 189 países analisados, encerrando um ciclo de evolução. Conforme se observa no gráfico anterior, o Brasil registrava um crescimento do IDH desde 1990, porém estagnou no mesmo patamar a partir de 2014.

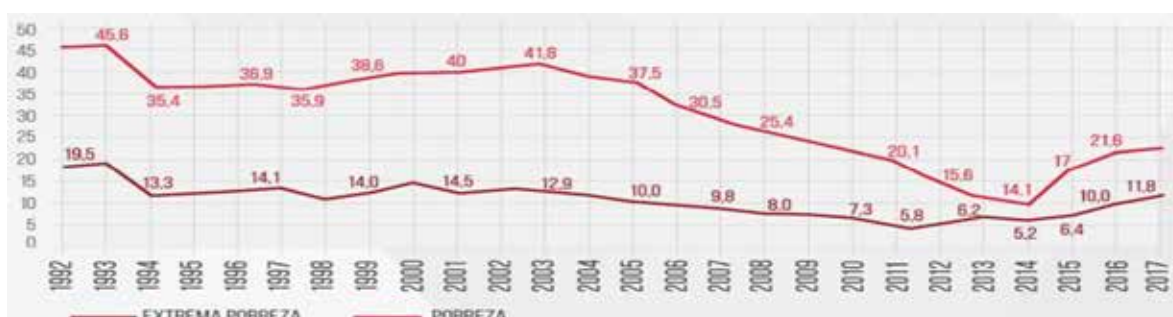
⁹ Para um aprofundamento acerca do assunto, relatório disponível em: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

¹⁰ Para uma análise mais detida sobre o assunto, relatório disponível em: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

De acordo com o Pnud, mais de 29 de milhões de pessoas saíram da pobreza entre 2003 e 2013 (PNUD, 2016, p. 95). O nível de pobreza, entretanto, voltou a crescer entre 2014 e 2015, quando cerca de 4 milhões de pessoas ingressaram em condições de pobreza. Nesse mesmo período, a taxa de desemprego voltou a subir, alcançando mais de 12 milhões de pessoas (PNUD; IPEA, 2016, p. 136).

Apesar de ser a nona maior economia do mundo (FÓRUM..., 2017, p. 25), o Brasil encontra-se entre os países com maior nível de desigualdade de renda, além de elevados níveis de pobreza. De acordo com o Relatório Luz 2018, elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para Agenda 2030 (GTSCA, 2030),¹¹ houve um aumento da pobreza e da extrema pobreza.¹² É o que mostra a figura a seguir:

Figura 3 – Índices de pobreza e extrema pobreza no Brasil nos anos de 1992 a 2017



Fonte: IBASE et al., 2018.

A piora dos índices relacionados ao desenvolvimento podem ser relacionados com o fenômeno da corrupção. Corrupção e desigualdade alimentam-se uma à outra, criando um círculo vicioso entre corrupção, distribuição desigual de poder na sociedade e distribuição desigual de riqueza.

Em estudo realizado pelo FMI constatou-se que o caso de corrupção relacionado a investigações na Petrobras e a crise política afetaram a confiança na economia, tendo um papel-chave no aprofundamento da recessão no Brasil (LIPTON; WERNER; BERKMEN, 2017, p. 12-13). Dessa forma, a interação entre a crise econômica e a crise da política alimentou a incerteza e levou a confiança empresarial e do consumidor a mínimas históricas, minando adicionalmente a atividade econômica atual e futura.

Além de ocasionar um ambiente de instabilidade política, a corrupção vem aumentando os custos para o país na busca pela retomada de recursos no mercado internacional. Dessa forma, torna-se mais caro e dificultoso para as empresas e governos captarem dinheiro no

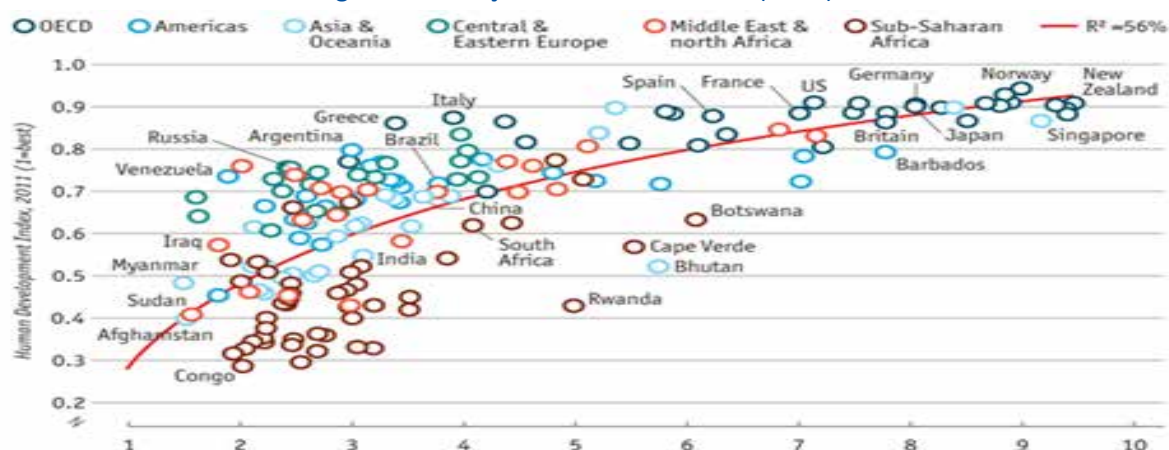
¹¹ GTSC A2030 é composto por Organizações Não Governamentais, movimentos sociais, fóruns e fundações brasileiras. O grupo foi o resultado do encontro entre organizações que estavam acompanhando a agenda pós-2015 e seus desdobramentos. Inicialmente facilitado pela Abong – Associação Brasileira de ONGs em defesa de direitos e bens comuns – e pela Gestos – Soropositividade, Comunicação e Gênero, o GT foi formalizado em 2014, ainda durante as negociações da Agenda 2030. Desde então tem atuado no segmento da instituição e monitoramento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS – focando ainda no acompanhamento da Agenda de Ação de Adis Abeba e buscando alinhar posições com setores progressistas da sociedade civil que seguem a agenda do Clima. O GT tem hoje mais de 40 participantes de diferentes setores e incide sobre o Estado brasileiro e organizações multilaterais, especialmente a Organização das Nações Unidas, visando à garantia e à promoção dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, e a superação das desigualdades.

¹² Para mais informações, consultar: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>

exterior (LIPTON; WERNER; BERKMEN, 2017, p. 33). Há, portanto, custos econômicos diretos da corrupção no Brasil que contribuíram para a instalação da recessão no país, mas também os custos indiretos, vez que índices maiores de corrupção estão atrelados ao maior risco do país, redução dos investimentos produtivos, internos e externos. Ademais, pelo fato de estar associada à redução da eficiência do gasto público, a prática da corrupção repercute negativamente na composição do IDH do país, o qual estagnou no caso brasileiro.

Considerando o IDH e o IPC, a TI aponta em que medida se dá a relação entre o IDH e o IPC:

Figura 4 – Relação entre os IDH e IPC (2016)



Fonte: TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016a.

O gráfico assinala que quanto maior o IDH, maior o IPC. Isso porque em países com maior IDH a corrupção é percebida em minúcias, condutas e práticas não entendidas da mesma forma em países com menor IDH, nos quais práticas corruptas tendem a ser mais “toleradas”. No ponto alto do gráfico estão países como a Nova Zelândia, Noruega e Singapura, todos com alto IDH e alto IPC. No outro extremo encontram-se países como Afeganistão, Sudão e Congo, todos com baixo IDH e baixo IPC, ou seja, as práticas corruptas não são tão perceptíveis como tal pela população, que tende a tolerar práticas que seriam manifestamente corruptas em outros contextos com maior IDH.

O Brasil situa-se a meio caminho no gráfico, em um quadrante próximo a países como China, África do Sul e Grécia, cuja característica, de modo geral, é de países que possuem IDH médio. Na última avaliação realizada (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017, p. 45), no entanto, o Brasil apresentou 37 pontos, ocupando a 96ª posição de um total de 180 países, refletindo uma queda de 17 posições no IPC, o que significa que a corrupção deixou de ser tão percebida como antes. No ano anterior (2016), o país possuía 40 pontos e ocupava a 79ª posição de um total de 176 países.

A queda do IPC no Brasil faz parte de uma tendência iniciada em 2014, a qual já custou ao país 6 pontos, trazendo a nota de 43 para 37, em uma escala de 0 a 100. Não coincidentemente, nesse período foram desenvolvidas investigações que desvendaram massivos esquemas de corrupção, atingindo as principais lideranças políticas do país, assim como órgãos públicos e empresas estatais. Ao longo de 2017, a imprensa retratou diversos escândalos que surpreenderam o cenário mundial, com a revelação de complexos esquemas de corrupção.

Segundo a organização Transparência Internacional, a queda apresentada pelo Brasil, no que respeita ao seu IPC, é resultado decorrente das investigações, em especial aquelas ligadas ao amplo contexto da Operação Lava Jato,¹³ assim como outras grandes operações que refletem um esforço relevante do país no enfrentamento do problema (SOUZA, 2018).

Tal reflexo ocorre tipicamente nos países que iniciam o combate e o enfrentamento da corrupção e que por consequência acabam por destrinchar todo o problema em todas as suas dimensões. As implicações negativas, entretanto, se revertem, se o país permanece no enfrentamento gerando uma percepção de maior controle da corrupção com o passar do tempo.

No caso brasileiro, o IPC dos últimos anos apresentava uma estabilidade relativa, que conduzia para uma ascensão do índice, no qual o país lograria os esforços empreendidos. A Organização Transparência Internacional, no entanto, interpretou o resultado do Brasil como um país que se encontra no dilema entre prosseguir no enfrentamento da corrupção e assim atingir novas perspectivas ou deixar que as influências que buscam neutralizar o processo de enfrentamento da corrupção persistam e o país continue no caminho da corrupção e impunidade sistêmicas.

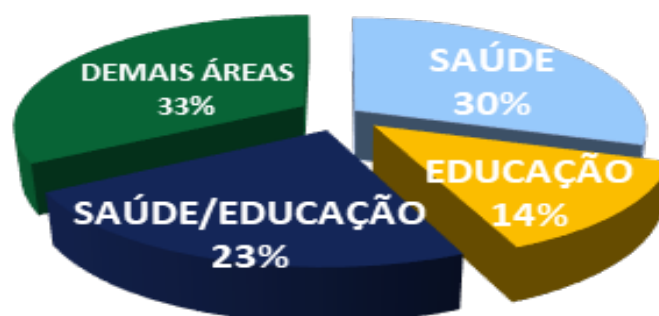
Em avaliação da TI, o resultado negativo que repercute no país decorre do risco que o combate à corrupção possa vir a sofrer. Afirma, igualmente, que essa piora no *ranking* é resultante da percepção de que os pilares da corrupção nacional seguem intactos, considerando que o Brasil não agiu de forma eficaz no que respeita a estratégias de incidência sistêmica nesse problema (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017. p. 21). Destaque-se que o IPC no Brasil caiu nos últimos anos, tendo apresentado uma queda significativa em 2017. Já o IDH manteve-se estagnado de 2014 a 2017.

É viável inferir que o desvio de dinheiro público afeta a oferta de educação e de saúde, e outros serviços necessários para o crescimento do IDH, principalmente da população que mais carece de tais serviços. O relatório global da TI de 2009 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2009, p. 75) ressalta que a corrupção não consiste apenas em descaminhos de recursos que seriam revertidos para fins sociais, mas sim em uma redução da governança, que por sua vez pode funcionar como combustível para o crime organizado, assim como redes que promovem crimes como o tráfico de seres humanos, de armas, falsificação e comércio de espécies em perigo.

No Brasil, em relatório anual de 2016, elaborado pelo Ministério da Transparência e pela Controladoria Geral da União, apurou-se que foram 247 operações deflagradas para combater a corrupção, pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal no período de 2003 a 2016. Por meio dessas operações identificou-se um prejuízo estimado em 4 (quatro) bilhões de reais (CGU, 2016a, p. 32). As operações de investigação dos crimes de corrupção, a CGU e o Ministério da Transparência apuraram que as principais políticas públicas afetadas pela corrupção, identificadas nessas operações, foram: saúde e educação, conforme a Figura a seguir:

¹³ A Operação Lava Jato é um conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal do Brasil, que cumpriu mais de mil mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva, visando a apurar um esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propinas. A operação teve início em 2014 e conta com 55 fases operacionais. A Polícia Federal a considera a maior investigação de corrupção da história do país.

Figura 5 – Distribuição dos recursos desviados de políticas públicas em decorrência da corrupção. Dados extraídos de investigações policiais da Polícia Federal no Brasil



Fonte: CGU; MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, 2016.

Observa-se que os principais recursos públicos afetados pela corrupção são aqueles imprescindíveis para a promoção de um desenvolvimento no país. Ambos os fenômenos, corrupção e desenvolvimento, interagem em um círculo vicioso: a corrupção leva a uma distribuição desigual do poder na sociedade, que, por sua vez, se traduz em uma distribuição desigual de riqueza e oportunidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A orientação para promover o desenvolvimento como objeto central dos esforços internacionais foi decisiva para a mudança de concepção em torno da corrupção, expandindo-se a tradicional visão de tolerância sobre a prática, que considerava seus efeitos como restritos aos ambientes dos negócios e transações econômicas. O novo enfoque passa a considerá-la como fenômeno que cerceia prerrogativas necessárias ao exercício dos direitos humanos e da promoção do desenvolvimento e por isso a ser combatido e superado.

A abordagem ampliada do desenvolvimento trazido pelas formulações internacionais, especialmente no âmbito destas sobre o direito ao desenvolvimento, parece ter sido decisiva nessa mudança de concepção em torno das causas e consequências da corrupção, bem como para a formulação de nova normativa internacional que orienta os Estados nas medidas de combate à corrupção, por ser norma necessária à promoção do desenvolvimento global.

A relação entre desenvolvimento, direitos humanos e corrupção revela-se, assim, fecunda, posto que ao complexificar a análise sobre a corrupção, consegue oferecer respostas à altura do desafio, especialmente nos contextos nacionais em que a prática da corrupção é sistêmica. Nesses contextos há uma redução da capacidade do Estado para desempenhar suas funções básicas, especialmente na promoção do desenvolvimento e dos direitos humanos, uma vez que a corrupção se caracteriza justamente como força contrária à correta alocação dos recursos públicos destinados a este fim.

Se, entretanto, por um lado o irromper global do discurso anticorrupção gerou um ambiente internacional de expressivo combate à prática, gerou também controvérsias a respeito da validade do uso acrítico destas medidas, haja vista que a experiência histórica revela seu uso como estratégia de deslegitimação de governos ou Estados. O efeito colateral parece afetar em alguma medida o ambiente institucional necessário à promoção dos direitos humanos

e à efetivação do direito ao desenvolvimento. No caso brasileiro, o ambiente de combate à corrupção e a crise política e econômica instalados apontam para um contexto empírico repleto de evidências sobre a relação entre desenvolvimento, direitos humanos e corrupção.

5 REFERÊNCIAS

- AL-MARHUBI, Fahima. Corruption and inflation. *Economics Letters*, Nova York. v. 66, n. 2, p. 199-202, 2000. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2016/>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- BACIO-TERRACINO, Julio. Linking Corruption and Human Rights. Proceedings of the Annual Meeting. *American Society of International Law*. Washington, v. 104, p. 58-74, Jan./June 2010.
- BEGOVIĆ, Boris. Economic inequality and corruption. In: *Third World Bank conference online quality, "Inequality, Politics and Power"*. Washington: The World Bank. 2006. Disponível em: <http://danica.popovic.ekof.bg.ac.rs/206.pdf> 2006. Acesso em: 15 jul. 2017.
- CGU. Controladoria Geral da União. *Relatório de gestão – exercício 2016a*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/74700. Acesso em: 1º jun. 2017.
- CGU. Controladoria Geral da União. *Dia Internacional Contra a Corrupção*. 2016b. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2016/>. Acesso em: 30 maio 2018.
- DOIG, Alan; RILEY, Stephen. *Corruption and Anti-Corruption Strategies: Issues and case studies from developing countries*. Disponível em: http://www.undp.org/oslocentre/PAR_Bergen_2002/corruption.htm#3 Corruption and Anti-Corruption. Acesso em: 20 jun. 2017.
- FILGUEIRAS, Fernando de Barros. Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 41, n. 164. p. 89-100, out./dez. 2004.
- FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *Las 10 mayores economías del mundo en 2017*. 2017. Disponível em: <https://es.weforum.org/agenda/2017/03/las-10-mayores-economias-del-mundo-en-2017/>. Acesso em: 2 out 2018.
- FRANCO, F. C. O direito ao desenvolvimento como resultado do encontro entre direitos humanos e desenvolvimento. In: FEITOSA, M. L. et al. *Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses*. 2. ed. Curitiba: Editora Appris, 2013.
- GEBEYE, Berihun Adugna. *Corruption and Human Rights: exploring the relationship*. Etiópia. 2012. Disponível em: <http://www.du.edu/korbel/hrhw/workingpapers/2012/70-gebeye-2012.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2018.
- GUPTA, S. et al. Does corruption affect income inequality and poverty? *Economics of Governance*, Springer, v. 3, n. 1. p. 23-45, Oct./Dec. 2002. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/12549/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Flavius%20Raymundo%20Arruda%20Sodre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- JAIN, Arvind K. Corruption: a Review. *Journal of Economics Surveys*, New Jersey. v. 15, n. 1, Nov./Dec. 2001.
- KAUFMANN, Daniel; PRAHAN, Sanjan; RYTERMAN, Randi. *New frontiers in diagnosing and combating corruption*. New York: The Worlds Bank Prem. Notes, n. 7, Oct. 1998.
- KOECHLIN, Lucy; CARMONA, Magdalena Sepúlveda. In: ROTBERG, Robert I. *Corruption, global security and world order*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2009.
- KUMAR, C. R. Corruption and Human Rights: Promoting Transparency in Governance and the Fundamental Right to Corruption-Free Service in India. *Columbia Journal of Asian Law*. v. 17, n. 1, Apr./May 2003.
- LIPTON, David; WERNER, Alexandre; BERKMEN, S. Pelin. Fundo Monetário Internacional (FMI). *Corrupção na América Latina: um caminho para o futuro*. 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/blog/2017/092817p.pdf>. Acesso em: 2 out. 2018.
- MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- PNUD; IPEA. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Relatório do Radar IDHM*. 2016. Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/data/rawData/RadarIDHM_VERSAO_Final.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano Regional para a América Latina e o Caribe 2016*. 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/undp-br-progresso-multidimensional-2016.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

- RAJAGOPAL, Balakrishnan. Corruption, Legitimacy and Human Rights: The dialectic of the relationship. *Connecticut Journal of International Law*, v. 14, n. 4. p. 495-510, June/July 1999.
- SOUZA, Ludmila. Índice de percepção da corrupção no Brasil tem queda e país fica pior no ranking. *Agência Brasil*. São Paulo, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/indice-de-percepcao-da-corrupcao-no-brasil-tem-queda-e-pais-fica-pior-no>. Acesso em: 29 set. 2018.
- SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. Rio de Janeiro. *Cadernos Adenauer*, v. 10, p. 9-45, mar./maio 2000.
- TANZI, Vito; DAVOODI, Hamid. Corruption, Public Investment, and Growth. *Corruption, Public Investment, and Growth*, v. 97, n. 139, p. 89-120, out./dez. 1997.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2009*. 2009. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado. Acesso em: 3 maio 2018.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepção da corrupção 2016*: círculo vicioso de corrupção e desigualdade deve ser rompido. 2016a. Disponível em: https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2016_circulo_vicioso_de_corrupcao. Acesso em: 17 jun. 2017.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. 2016b. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em: 3 out. 2017.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2017*. 2017. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 3 abr. 2018.
- UNDP. United Nations Development Program. 2011. *Relatório de desenvolvimento humano 2011*. 2011. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/271/hdr_2011_en_complete.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.
- UNDP. United Nations Development Program. *Relatório de desenvolvimento humano 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html#2016>. Acesso em: 27 set. 2018.
- UNDP. United Nations Development Program. *Relatório de desenvolvimento humano 2016*. 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.
- VENTURA, Manoel *et al.* IDH: educação não avança e Brasil fica estagnado no ranking de bem estar da ONU. *O GLOBO*. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/idh-educacao-nao-avanca-brasil-fica-estagnado-no-ranking-de-bem-estar-da-onu-23067716#:~:text=A%20taxa%20de%20crescimento%20do,de%20estudo%20subiu%204%20anos>.
- VIEIRA, Gabriela Alves Mendes; VARELLA, Marcelo Dias. A conexão entre os direitos humanos e a corrupção. *Revista de Direito Internacional*. v. 12, n. 2, p. 35-57, 2014. ISSN 2237 1036.
- YOU, J. S.; KHAGRAM, S. A. Comparative Study of Inequality and Corruption. *American Journal Association*, v. 70, n. 1, Feb. 2005.
- WORLD BANK. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank*. Washington: World Bank, 2000.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.209-221>

Sofrimento Mental e Dignidade da Pessoa Humana: Interpretando as Intercessões Históricas e Filosóficas da Ordem Psiquiátrica

Pedro Henrique Moreira da Silva

Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado e Professor de Direito.
<http://lattes.cnpq.br/5242432989474760>. <https://orcid.org/0000-0002-8217-2169>. pedroadvdireito@gmail.com

Valdênia Geralda de Carvalho

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2017). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2008). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1995). Diretora administrativo-financeira da Fundação Movimento Direito e Cidadania e Pró-Reitora de Pós-Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional.
<http://lattes.cnpq.br/2807932026067127>. valdenia@domhelder.edu.br

RESUMO

A presente pesquisa propõe-se discutir a respeito da questão psiquiátrica, tanto pela perspectiva do transtorno mental quanto pelo ponto de vista do sofrimento mental – o que se faz pela pesquisa hipotético-dedutiva, baseada em material bibliográfico e documental. Nesse sentido, busca-se satisfazer objetivos-chave, tais quais a compreensão dos sentidos do sofrimento mental, a abordagem histórica da “loucura”, a reflexão filosófica da lógica manicomial e dos recortes sociais e a explanação da psiquiatria democrática como alternativa aos padrões predatórios. Assim, resta viabilizada uma ótica ampliada da questão psiquiátrica, imperando a perspectiva humanista da tratativa do sujeito em sofrimento e a reflexão acerca da dignidade como elemento indissociável da pessoa humana.

Palavras-chave: Sofrimento mental. Dignidade da pessoa humana. Saúde mental. Reforma psiquiátrica.

MENTAL SUFFERING AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: INTERPRETING THE HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL INTERCESSIONS OF THE PSYCHIATRIC ORDER

ABSTRACT

The research proposes to discuss about the psychiatric issue, both from the perspective of the mental disorder and from the perspective of mental suffering - which is done by hypothetical-deductive research, based on bibliographic and documentary material. In this sense, it is sought to satisfy key objects such as the understanding of the meanings of mental suffering, the historical approach to “madness”, the philosophical reflection of the asylum logic and the social cuts and the explanation of democratic psychiatry as an alternative to predatory patterns. Thus, an extended perspective of the psychiatric question becomes feasible, with a humanistic perspective on the treatment of the suffering person and the reflection on dignity as an inseparable element of the human person.

Keywords: Mental suffering. Dignity of human person. Mental health. Psychiatric reform.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da doença psiquiátrica e do sofrimento mental. 3 Evolução e recortes da percepção do “ser” homem na construção das relações psiquiátricas de poder. 4 Dignidade humana na perspectiva da psiquiatria democrática e da luta antimanicomial. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 22/10/2018

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

O entendimento a respeito da questão psiquiátrica demanda a percepção de, no mínimo, duas vertentes de compreensão, estabelecidas entre a visão do “transtorno mental” e do “sofrimento mental”. Trata-se de um tema que só pode ser satisfatoriamente estudado com uma pesquisa que perpassa as linhas biológica e histórico-social – esta última imprescindível ao entendimento da problemática por uma ótica baseada nos conceitos da dignidade e do humanismo. É justamente a esse propósito que atende o presente estudo, isto é, pretende-se demonstrar linhas duplas do entendimento do sofrimento mental, promovendo-se a explanação acerca do sofrimento mental e de sua tratativa no meio social.

Para tanto, inclui-se na discussão a lógica manicomial de punição, segregação e afastamento dos indivíduos “loucos”, sem ignorar os recortes de classe, étnicos, sexuais e de gênero que marcam a problemática da “loucura”. Isso se viabiliza pela pesquisa hipotético-dedutiva e pela interpretação das tratativas históricas da temática ao longo dos anos – o que se faz pelos recursos bibliográficos e documentais.

O esclarecimento da questão perpassa, portanto, pela satisfação de objetivos-chave, tais como a compreensão dos sentidos do transtorno e do sofrimento mental, a abordagem histórica da “loucura”, a reflexão filosófica acerca da lógica manicomial e dos recortes sociais e a explanação a respeito da psiquiatria democrática como alternativa a um padrão predatório. A partir daí se justifica a pesquisa – seja pela compreensão do movimento de despersonalização da pessoa em sofrimento mental, seja pela urgência de resgate de um paradigma da dignidade que seja comum.

2 DA DOENÇA PSIQUIÁTRICA E DO SOFRIMENTO MENTAL

Antes que se adentre à temática proposta, faz-se necessário estabelecer a conceituação da “loucura” em duas vertentes, quais sejam, biológica e histórico-social. Dessa forma, será viável a problematização da dignidade e reconhecimento humano na dinâmica psiquiátrica, bem como constatar-se-á a lógica de poder que impregna a questão.

Nesse sentido a doença mental, em Dalgalarrodo (2008), é compreendida como

vivências, estados mentais e padrões comportamentais que apresentam, por um lado, uma especificidade psicológica (as vivências dos doentes mentais possuem dimensão própria, genuína, não sendo apenas “exageros” do normal) e, por outro, conexões complexas com a psicologia do normal (o mundo da doença mental não é um mundo totalmente estranho ao mundo das experiências psicológicas “normais”).

Assim, doença mental, ao ser verificada no âmbito médico, corresponde à somatória de fatores biológicos e fatores psicológicos. Segundo afirma Brunton (2012), entre os fatores biológicos destacam-se desbalanços na quantidade de substâncias químicas cerebrais (como 5-HT, noradrenalina e dopamina, neurotransmissores cujo excesso ou falta estão envolvidos em grande parte dos transtornos mentais). Além disso, em Dalgalarrodo (2008) apreende-se a importância das alterações em estruturas encefálicas (por exemplo, no envolvimento das áreas cerebrais frontais no processo de delírio esquizofrênico). Com relação aos fatores psicológicos envolvidos, destacam-se os modelos psicanalíticos e psicodinâmicos, segundo os quais experiências subjetivas e simbólicas ao longo da vida de um indivíduo, especialmente na tenra idade, contribuem de maneira substancial na gênese dos transtornos mentais.

A partir dessa concepção, sabe-se que existem diversas formas de acessar o sofrimento mental de um indivíduo no âmbito das ciências da saúde, tal como por meio da psicologia, da neurologia e da psicopatologia que, segundo Dalgalarondo (2008), constitui uma forma de abordar o indivíduo “louco” a partir das considerações do “ser”, compreendendo-se a extração dos sinais e sintomas objetos de estudo da ciência médica.

Por outro lado, a partir de perspectiva histórico-social, verifica-se a possibilidade – e a necessidade – da construção de um paradigma que ultrapasse a conceituação patológica da questão mental. Assim, considerando-se as subjetividades do indivíduo, propõe-se o entendimento da doença psiquiátrica como sofrimento mental. Isto é, o homem “louco” perde o caráter de “homem-transtornado” para ser visualizado como “homem-em-sofrimento”.

Note-se, a noção de sofrimento não perpassa pelo entendimento de sua condição mental como indesejável. Tão somente se reconhece que a vivência do ser humano fora dos padrões sociais é suficiente para caracterizar o sofrimento daquele que, por suas particularidades, não se adéqua à dinâmica artificial das relações humanas.

Dessa percepção conclui-se que a pesquisa acerca da saúde mental não pode se limitar à tecnicidade clínica, mas deve abordar os diferentes aspectos filosóficos e sociológicos dos transtornos. Referida investigação – acerca das relações sofrimento mental-comunidade e pessoa com sofrimento mental-comunidade – possibilita a conclusão a respeito do papel do ambiente social na construção dos transtornos mentais e na sustentação e criação de estigmas. A partir desses resultados restará a reflexão acerca dos processos de estabelecimento de critérios de normalidade, bem como da criação do entendimento do sujeito em tratamento psiquiátrico como sujeito de direitos – destinatário da dignidade da pessoa humana.

3 EVOLUÇÃO E RECORTES DA PERCEPÇÃO DO “SER” HOMEM NA CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES PSIQUIÁTRICAS DE PODER

A análise da construção dos paradigmas psiquiátricos por meio da história confirma a transmutação da percepção da imagem da pessoa com sofrimento mental. Isto revela que os esforços medicinais para enquadramento ou reenquadramento de uma pessoa à realidade da saúde mental são abordagens modernas. Inclusive, vale lembrar que a própria essência do homem foi alterada ao longo dos anos, com a criação de novas visões sociais, o que ocasionou mutações nos conceitos de normalidade e anormalidade psiquiátrica.

Note-se, os caracteres determinantes da condição mental do ser humano não são inerentes à natureza do *homo sapiens*. Trata-se de construções de uma sociedade global que acumula legados históricos, religiosos, políticos, econômicos, sexuais e raciais. Dessa forma, inviável a abordagem de um ser humano que, naturalmente, pode ser enquadrado na lógica de indivíduos bem ou malsucedidos biologicamente – no que tange à psiquiatria.

Pelo contrário, a variação fisiológica e mental é retrato da pluralidade humana – em todas as suas formas. A dinâmica social, todavia, parte do pressuposto da setorização humana, de forma que são criados padrões artificiais de normalidade. Como praxe, os espécimes que não atendem às expectativas do sistema social são submetidos a processos de padronização, sob pena de terem negada a condição humana e a dignidade.

Silveira e Braga (2005) confirmam a transmutação da percepção dos sofrimentos mentais ao relatarem que “inicialmente, por mais que pareça estranho aos olhos de hoje, pode-se afirmar que a experiência com a loucura nem sempre foi considerada algo negativo, muito menos uma doença. Pelo contrário, na Grécia antiga ela já foi considerada até mesmo um privilégio”.

Naquele primeiro período da Antiguidade o sofrimento mental era entendido como manifestação divina, ou meio pelo qual o indivíduo delirante obtinha acesso às verdades dos deuses. Silveira e Braga (2005) ressaltam que o fascínio pela essência sacra conferida àqueles comportamentos não significava a aproximação e aceitação social daquelas pessoas. É que a própria divinização do estado mental requereu o distanciamento dos deuses e homens, Olimpo e Terra.

Essa percepção viria a ser invertida já na Idade Média, período em que a lógica cristã católica se instalou e iniciou os processos de demonização daquilo e daqueles que entendia indesejáveis aos padrões de homem cristão. Dessa forma, se outrora o portador de sofrimento mental era afastado da sociedade para conservar a essência dos deuses, no período medieval foi excluído por representar a encarnação e manifestação do mal.

Ali, ainda inexistia o objetivo social de reintegrar o indivíduo aos padrões de comportamento e personalidade da comunidade. O que se observa é que a associação das variações mentais com a figura maligna incentivou a dinâmica medieval do socorro religioso. Isso porque, estando o homem sob possessão de um inimigo espiritual, contraiu a Igreja para si o ônus da cura.

Não obstante, o advento da modernidade e da ciência iluminista trataria de romper com a lógica cristã na tratativa dos sofrimentos mentais. Naquele período, com a criação dos centros hospitalares, a “loucura” enfrentou uma abordagem em novo regime. Silveira e Braga (2005, p. 593) explicam que “para garantir seu funcionamento, o modelo hospitalar necessitava da instauração de medidas disciplinares que viessem garantir a nova ordem”.

Isso implicava, portanto, na restrição de espaço físico e instauração de sistemas de vigilância para conter e supervisionar a nova figura do “louco” como indivíduo perigoso e antissocial. Foucault (2014) afirma que ali era um “lugar de confronto” e de poder, de forma que, ao mesmo tempo em que o modelo de hospital possibilitava a investigação, era também espaço de submissão. Isso porque o mesmo médico que dominava o diagnóstico pelo privilégio do conhecimento também era a figura responsável por criar a doença por meio de sua verdade e torná-la verdade ao paciente que lhe é submisso.

Nesse sentido, Foucault escreve:

Todas as técnicas ou procedimentos efetuados no asilo do século XIX – isolamento, interrogatório particular ou público, tratamentos, punições como a ducha, pregações morais, encorajamentos ou repreensões, disciplina rigorosa, trabalho obrigatório, recompensa, relações preferenciais entre o médico e alguns de seus doentes, relações de vassalagem, de posse, de domesticidade e às vezes de servidão entre doente e médico – tudo isto tinha por função fazer do personagem do médico o “mestre da loucura”; aquele que a faz se manifestar em sua verdade quando ela se esconde, quando permanece soterrada e silenciosa, e aquele que a domina, a acalma e a absorve depois de a ter sabiamente desencadeado (2014, p. 70).

A pessoa com sofrimento mental é inserida, portanto, em uma lógica de poder. A dominação que a ela é imposta implica a produção de uma doença que lhe caiba pelos estereótipos e na vigilância constante, em razão dos perigos que a verdade patológica representa.

Vejamos: o modelo hospitalar do século 19 tratou de conferir ao médico o *status* de portador e orador da verdade medicinal. Isto é, dentro ou fora dos asilos psiquiátricos, o profissional sustentava o saber-poder, cujo instrumento é o próprio conhecimento. Ele, portanto, é legitimado a definir a essência do “louco” – cuja capacidade de se reconhecer não mais existe.

De forma didática, Foucault estabelece diálogo que bem exemplifica a questão:

Sabemos sobre a sua doença e sua singularidade coisas suficientes, das quais você nem sequer desconfia, para reconhecer que se trata de uma doença; mas desta doença conhecemos o bastante para saber que você não pode exercer sobre ela e em relação a ela nenhum direito. Sua loucura, nossa ciência permite que a chamemos doença e daí em diante, nós médicos estamos qualificados para intervir e diagnosticar uma loucura que lhe impede de ser um doente como os outros: você será então um doente mental (2014, p. 73).

É nesse sentido que se constituiu a cultura perceptiva de aceitação da reclusão arbitrária da pessoa com sofrimento mental. Ora, a condição psiquiátrica dos indivíduos “despadronizados” retirou-lhes a autonomia e, com fins de manutenção das relações de controle social, deslegitimou-os do próprio conhecimento.

Essa perspectiva carece de especial atenção, tendo em vista que ao paciente mental foi (e é) negado o *status* de persona, o que leva às justificativas dos métodos de acolhimento e tratamento e à própria supressão de dignidade. Isso porque a subjugação do “louco” implica a negativa de direitos fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, vale invocar e interpretar os posicionamentos de Arendt (2001), no sentido de que a negativa da dignidade do homem “louco” perpassa pela negação de sua condição humana, antes e após a submissão aos métodos e locais de controle. Assim, são inviabilizados à pessoa com sofrimento mental o labor, o trabalho e a ação – trata-se da despersonalização do humano.

O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as necessidades vitais produzidas (...) a condição humana do labor é a própria vida. O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último. (...) A ação, a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo (ARENDR, 2001).

Dessa forma, ao ser enclausurado, o homem desviado dos padrões sociopsiquiátricos deixa de constituir o corpo social que lhe significa como humanidade. Isto é, considerando-se que “os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência” (ARENDR, 2001), o “ser” isolado nos hospitais psiquiátricos não só perde a capacidade de “ser *persona*”, como também fica im-

possibilitado de projetar sua condição humana no meio. Trata-se da construção de um “não ser” em um “não mundo”, em que o paradigma da dignidade é inaplicável pela inexistência do próprio objeto, da negativa da problematização lembrada por Arendt (2001), a “*quaestio mihi factus sum*”.¹

Referenda-se a perspectiva supra também pela análise da *vita activa*, em Aristóteles e em Agostinho. No primeiro, porque a lógica manicomial impede a vida em ocupação do belo, “a vida voltada para os prazeres do corpo” (ARENDR, 2001); a vida em dedicação à *polis*; e a vida do filósofo, “dedicada à investigação e à contemplação das coisas eternas” (ARENDR, 2001). Assim, tal qual a vida do escravo na visão aristotélica, o homem “louco” não atende às premissas de ser e possuir a condição humana. No segundo – em Agostinho – porque a pessoa com sofrimento mental, ao ser submetida aos hospitais de internação, perde a capacidade de “engajamento ativo nas coisas deste mundo” (ARENDR, 2001).

A partir desse entendimento torna-se possível verificar que os hospitais psiquiátricos, para além de prisões e instituições para controle dos corpos, são dinamizados em um padrão de degradação da condição daqueles que ali se encontram – que não mais são pessoas humanas (ou não o foram nunca), portanto, passíveis de punição e tortura.

No Brasil pós-República essa concepção desdobrou-se no cenário que, nos termos de Daniela Arbex (2013), foi o “holocausto brasileiro”. A significação do portador de sofrimento mental como “indesejável social” retirou-lhe a própria garantia de ser e existir: aos “loucos”, a vida enquanto for possível remediar; a morte como fim necessário de um ciclo indesejável.

Em razão dessa dinâmica de poder e submissão, a história psiquiátrica brasileira foi marcada pela indignidade no tratamento das pessoas com sofrimento mental, que vivenciaram condições análogas às dos campos de concentração nazistas. Daniela Arbex, realizando releitura da obra “Sorôco”, de Guimarães Rosa, escreve que, aqueles pacientes, “ao receberem o passaporte para o hospital, (...) tinham sua humanidade confiscada” (ARBEX, 2013).

É justamente no livro de Arbex (2013), “Holocausto brasileiro”, que se encontram variados relatos acerca das tratativas médicas dentro daquele que foi o maior hospital psiquiátrico do Brasil. Antônio Gomes da Silva, ex-paciente conduzido para o Hospital Colônia em 1969, ao ser entrevistado pela autora supracitada, relatou que desconhece os motivos pelos quais foi enviado ao hospital, tendo sido submetido à nudez constante e situações degradantes à moral: “Se existe inferno, o Colônia era esse lugar” (ARBEX, 2013) – aqui, note-se, a nudez se apresenta como consequência da desconsideração de uma das condições de “ser homem” em sociedade, qual seja, a vestimenta que possibilita a inserção do humano nos meios ordinários.

Geraldo Magela Franco, ex-vigia do hospital, e Ronaldo Simões Coelho, médico do Colônia, tratam de confirmar a questão quando de seus depoimentos a Arbex (2013), afirmando que os tratamentos de choque e as medicações assumiram, dentro do hospital, finalidades punitivas e não terapêuticas, confirmando-se a hipótese extraída da filosofia de Arendt.

¹ “A questão que me tornei para mim mesmo”.

A coisa era muito pior do que parece. Havia um total desinteresse pela sorte. Basta dizer que os eletrochoques eram dados indiscriminadamente. Às vezes, a energia elétrica da cidade não era suficiente para aguentar a carga. Muitos morriam, outros sofriam fraturas graves (ARBEX, 2013).

Assim, seja pela natureza das internações do Hospital Colônia, seja pelos tratamentos e punições aplicados aos pacientes, conclui-se pela negativa da condição de “ser” humano à pessoa com sofrimento mental – não sendo Homem, também não faz jus à dignidade do Homem, o que legitima seu afastamento da sociedade e tortura.

Nesse ponto, importa destacar que a questão da negativa do caráter de “*persona*” não é uma conduta aleatória. Trata-se de uma postura dos sistemas de poder, que vilipendia os princípios da República, na medida em que está impregnada de recortes socioeconômicos, étnicos, sexuais e de gênero.

Essa constatação permite dizer que os pobres, negros, LGBTQs e mulheres são seres mais propensos à submissão da lógica predatória psiquiátrica – desde a inauguração da Psiquiatria como Medicina. Seja pela vulnerabilidade social, seja pela ofensiva do sistema em silenciar essas comunidades, a própria condição étnica, cultural, social, sexual e de gênero é invocada como legitimadora da intervenção psiquiátrica – a condição subjetiva do ser homem como patologia.

A psiquiatria, ao tematizar questões importantes às estratégias de ordem social da República como os comportamentos sexuais, as relações de trabalho, a segurança pública, a questão racial e as manifestações políticas (Engels, 1999, p. 559), permitiu ao Estado brasileiro justificar cientificamente práticas de política social excludentes e segregadoras: destruição de cortiços, higienização das cidades e medidas sanitárias, repressão policial, internamentos (CUNHA, 1990; SEVCENKO, 2010, p. 82 *apud* SOARES, 2017).

A gênese, motivação e consequências desses recortes dentro da temática do sofrimento mental são distintas, de forma que importará à pesquisa promover análises apartadas – com desfecho na invocação da psiquiatria democrática como resposta à problemática da dinâmica de submissão psiquiátrica.

No que respeita ao recorte socioeconômico, cabe-nos lembrar que a naturalização da pobreza é questão datada da Antiguidade. Promoveu-se, desde lá, um padrão social pautado em diferenças econômicas e de desenvolvimento – fato que nos leva à consequência lógica de fortalecimento da dinâmica de privilégios dos detentores do poder e oneração do proletariado, que se intensificou na Revolução Industrial Inglesa.

Engels (2008), ao relatar as contradições socioeconômicas na Inglaterra industrial já explanava que

Liverpool, apesar do seu tráfego, do seu luxo e da sua riqueza, trata ainda os seus trabalhadores com a mesma barbaridade. Um bom quinto da população, ou seja, mais de 45.000 pessoas, habitam na cidade em casas exíguas, escuras e mal arejadas, em número de 7 862 25. A isto ainda se juntam 2.270 pátios, quer dizer, pequenos locais fechados pelos quatro lados, tendo como acesso e saída uma estreita passagem, frequentemente abobadada (que por conseguinte não permite o mais pequeno arejamento), a maior parte das vezes muito sujos e habitados quase exclusivamente por proletários (ENGELS, 2008, p. 69-70).

Tal realidade reflete a negação da dignidade humana a partir da negação de moradia, saneamento básico, meio ambiente equilibrado, alimentação e saúde adequadas. Assim, ao ter negados os meios de produção, são retirados do proletariado também seus direitos fundamentais – o sistema trata de transfigurar o “ser” em “mão de obra”. A consequência, portanto, é a negativa da humanização do proletário, cuja existência no mundo social é viabilizada tão somente enquanto durar sua capacidade de produzir.

Ultrapassada a capacidade laboral, o proletário é condenado às ruas e à miséria, assumindo a posição de indesejável social. Como tal, deve ser afastado do convívio comunitário e é justamente a esse papel que se presta a lógica psiquiátrica predatória. Nas ruas e nas periferias, a figura do homem pobre vilipendia as perspectivas do crescimento urbano e perturba o ambiente paisagístico. Ademais, sua sobrevivência apartada dos desejos capitalistas e do poder de consumo passa a ser verificado como perturbação da mente e do espírito – cria-se o homem “louco” que, ou sofre pela incompatibilidade social ou sofre em razão dos danos causados pelo sistema.

Assim, a condição de pobreza e miséria consolida-se como legitimadora da intervenção psiquiátrica. Note-se, mais que o desejo de adequar aquele homem aos padrões sociais, a internação do indivíduo em situação de miséria é método para retirar-lhe o contato social e, como verificado nos relatos de Arbex (2013), retirar-lhe a vida.

Nesse ponto, importa afirmar que a experiência contra-hegemônica não perpassa pelo simplório impedimento do sequestro dos pobres em situação de miséria das ruas e periferias. Há que promover-se a ressignificação do proletariado como pessoa humana, efetivando-se o que Balera (1982) denomina de “Direito dos Pobres” – com disposição constitucional presente, mas ainda insuficientemente sólida. “Essas garantias visam, precipuamente, libertar os pobres das situações de miséria e de opressão a que são submetidos” (BALERA, 1982), de forma que o resgate da dignidade de vida resulta na própria contraofensiva à pretensão psiquiátrica de promover a retirada dos “indesejáveis” sociais do meio ambiente.

Nesse mesmo sentido se entrelaça a questão racial que, em Foucault (2014), apresenta-se como método de hierarquização dos corpos humanos para garantir benefícios a uns e mazelas a outros. O conceito de raça – controverso do ponto de vista dos direitos humanos – surge como pilar da biopolítica, alimentando e fortalecendo os padrões de legitimação da intervenção psiquiátrica. Explana Foucault (1999) acerca do tema:

É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros.

Assim, ao estabelecer raças humanas, distinguindo-as pela cor e fenótipos, a ordem médica brasileira traçou contornos claros acerca de padrões não ideais que, em razão de sua inferioridade, estavam/estão mais sujeitos à intervenção. Foram estabelecidas características

físicas que, por bastarem, já indicariam submissão – “a cor preta, *platirhinismo* (septo nasal largo), cabelo carapinhado, progratismo, mais ou menos pronunciado (projeção das maxilas), lábios grossos e protahidos e pouca barba” (BARBOSA, 1992 *apud* SOARES, 2017).

Nesse contexto, conforme relembra Soares (2017), as publicações da Escola Médica do Rio de Janeiro não se constrangeram ao relatar que “a demência é a forma em que mais avulta os negros. Pode-se dizer que se tornam eles dementes com muito mais frequência, por sua constituição, que os brancos” (SOARES, 2017).

Ademais, o sofrimento mental foi também associado à miscigenação, de forma que a manifestação de sintomas como epilepsia indicavam ascendência negra – tratava-se de meio para desestimular relacionamentos afetivo-sexuais entre pessoas brancas e negras, com fins de “embranquecimento” social. É o que se nota nas constatações dos miscigenados como “um tipo mental sem valor, que não serve nem para o modo de viver da raça superior, nem para o da raça inferior, que não presta, enfim, para gênero algum de vida” (SOARES, 2017).

Assim, o negro passou a ser recolhido do meio social e trancado nos hospitais psiquiátricos, conforme bem leciona Carneiro (1993a) ao exemplificar que “em Salvador, o negro indigente, sofrendo de imbecilidade, de epilepsia e de outras moléstias mentais – como colocavam os discursos psiquiátricos – era capturado nas ruas e entregue às mãos do asilo psiquiátrico. Classificando-se o negro de insano, institucionalizava-se assim a exclusão” (CARNEIRO, 1993b *apud* SOARES, 2017).

Referida hipótese se confirma quando da análise dos dados acerca dos internados psiquiátricos no Brasil. Soares (2017) viabiliza a constatação de que os negros representavam, até 1920, dois terços da população sequestrada pelos hospitais psiquiátricos. E mais, a maior parte dos prontuários dos pacientes negros estava em branco, com menções breves de termos referentes à noção racial do humano – “beócio, primitivo, idiota, imbecilidade, débil mental” (SOARES, 2017).

Note-se, esses métodos de encarceramento (nos hospitais psiquiátricos) representaram a perpetuação da conduta escravocrata de restrição das liberdades, após a abolição. Isso porque, não servindo mais para o trabalho escravo – assim como o proletariado – o negro perde sua função no sistema, e como pessoa humana nunca foi, resta-lhe o extermínio em uma sociedade que reproduz a dinâmica dos poderes capitalistas.

Se, por um lado, o recorte socioeconômico e racial na psiquiatria está ligado às questões historicamente objetivas do sistema, o recorte sexual e de gênero impregna-se de subjetividades. Isso porque a ofensiva psiquiátrica à comunidade LGBTQ e às mulheres é também parte da violência estrutural do patriarcado.

Assim, conforme lecionam Zanella e Silva (2012) – e aplicando tal entendimento tanto à questão sexual quanto de gênero – são criados estigmas sociais para categorizar características valorizadas em cada sexo. “Nas mulheres foram encontrados o comportamento sexual marcado pela renúncia e pelo recato; traços de caráter relacionais, isto é, qualidades relacionadas à abnegação de si mesma e cuidado com os outros; e cuidado com o corpo, no sentido da busca de um ideal estético” (ZANELLA; SILVA, 2012). No caso dos LGBTQs, são esperados padrões de comportamento de supressão sexual e compensação da orientação sexual em ou-

tras áreas sociais – no cuidado com o corpo, no sucesso acadêmico. O resultado, certamente, não é outro que a constatação de que as mulheres são até três vezes mais propensas à depressão que os homens, por exemplo (ZANELLA; SILVA, 2012).

Em um primeiro momento o discurso biológico trata de culpabilizar as próprias mulheres pelas mazelas que lhe são imputadas – a carga hormonal torna o corpo feminino propenso aos transtornos mentais. Da mesma forma, os LGBTQs têm a orientação sexual indicada como principal favorecedora do surgimento dos próprios transtornos. Não obstante, não se pode ignorar o entendimento de que o sofrimento mental, nesses casos, relaciona-se diretamente com os aspectos sociais e históricos. É o que confirmam Zanella e Silva (2012):

Em paralelo, a corrente sócio-histórica, preocupada com as condições materiais e existenciais que favorecem o sofrimento psíquico e seu agravamento, tem demonstrado quanto os fatores de risco relacionados à depressão são engendrados e sociais. Referem-se à maior pobreza, menores índices de alfabetização, rendas ínfimas, violência (física, sexual, verbal), etc. (ZANELLA; SILVA, 2012).

Essa realidade resulta em duas situações que, conseqüentemente, se seguem. Isso porque, ao desviar-se dos padrões delimitados pelo patriarcado, a mulher e a comunidade LGBTQ se inserem na dinâmica denominada por Zanella e Silva (2012) de hiperdiagnóstico: os corpos femininos e estranhos à lógica heterossexual que se atrevem a ser livres são os corpos “loucos” da sociedade. Assim, legitima-se o recolhimento nos hospitais psiquiátricos como forma de retirar-se do meio social figuras indesejáveis e intoleráveis que, em alguma medida, afrontam o sistema.

O “ser” mulher e o “ser” LGBTQ – tal qual ocorreu/ocorre com o “ser” negro – adentram o campo da patologia. É o que se confirma da classificação histórica da homossexualidade e transexualidade como transtornos mentais (notam-se avanços referentes à temática, com a retirada dos termos da lista de doenças psiquiátricas da Organização Mundial da Saúde).

É justamente da percepção dos recortes socioeconômicos, raciais, de gênero e sexualidade que se verifica o posicionamento da lógica psiquiátrica na sociedade. Isso porque construiu-se uma dinâmica de poder e controle dos corpos, recorrendo o sistema às internações nos “manicômios” como forma de remover os indesejáveis sociais do meio. Removê-los, note-se, não se confunde com recolhê-los para promoção da adequação à ordem. Trata-se de método para extermínio dessas comunidades, o que se faz pela modulação de condições inviáveis à vida dentro das instituições:

Péssima higiene do hospício, número insuficiente de funcionários, alimentação deficiente, precariedade das instalações, além das elevadas taxas de mortalidade por moléstias contagiantes como tuberculose e infecções gastrointestinais (...) o Juquery [por exemplo] constituiu-se como verdadeiro dispositivo de produção de mortes: dos 5.048 internos que aí foram deixados morrer, 59,23% faleceram de fato, permanecendo em média 7,12 anos no Juquery (SOARES, 2017).

As relações de poder na ordem psiquiátrica fazem imperar, portanto, a desconsideração da humanidade e, conseqüentemente, a negação da dignidade, o que, nos termos de Delgado (1992), gera indignação e faz acender – sobretudo no Brasil, após 1980 – o movimento pela luta antimanicomial. Funda-se, nesse período, a contraofensiva à psiquiatria predatória – con-

comitantemente à redemocratização do país – com novas possibilidades de entendimento e abordagem do sofrimento mental e, principalmente, com a inauguração da utopia que, em Basaglia (2005) e Delgado (1992), se denomina Psiquiatria Democrática, com fins de resgate do paradigma da Dignidade da Pessoa Humana – o objeto seguinte da pesquisa.

4 DIGNIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA DA PSIQUIATRIA DEMOCRÁTICA E DA LUTA ANTIMANICOMIAL

O ensaio dessa guinada ocorre, conforme leciona Batista (2014), a partir da década de 50 do século 20, quando surgem correntes e abordagens da “loucura” pautadas na reforma terapêutica das instituições, extensão da psiquiatria ao espaço público e ruptura com os conceitos de loucura – seja pela antipsiquiatria, seja pela psiquiatria democrática. Esta última corrente, fortalecida pelos argumentos de Basaglia (2005), focava em uma tentativa de erradicar os manicômios, na medida em que passam a ser entendidos como uma instituição de violência nos moldes das prisões e escolas – baseados em autoridade opressiva e arbitrária, chantagem, exploração e ameaça. “O manicômio destrói o doente mental” (BASAGLIA, 2005).

Essa colocação se consolida, principalmente, pelo supracitado caráter discriminatório da caracterização da loucura.

Um esquizofrênico rico, internado em clínica particular, recebe um prognóstico diferente de um esquizofrênico pobre, encaminhado a um hospital psiquiátrico. O primeiro nunca é descontextualizado ou separado totalmente de sua realidade, o que facilita sua reinserção na sociedade. Os pobres seriam aqueles que já sofrem com a violência do sistema social (...) a exclusão dos loucos do mundo dos sãos só confirma e sanciona a validade das normas que a própria sociedade estabelece (BATISTA, 2014).

Assim, Basaglia (2005) propõe que a ação por uma psiquiatria democrática deve ser pautada em uma reviravolta institucional e científica, que nega a psiquiatria como forma de resolução de entraves sociais. Isto é, deve-se romper com a concepção de que aqueles que sofrem devem se adequar a uma sociedade viciada em suas condutas. A questão deixa de ser patológica para se tornar sociológica, na medida em que o problema da ordem psiquiátrica predatória é justamente a relação que estimula entre a sociedade e o “louco”. Nesse contexto, o primeiro grande avanço no sentido de uma democratização da dinâmica psiquiátrica se esboçou na Itália, com a Lei Basaglia, quando se rompeu com a ideia inicial da internação obrigatória e se construiu uma proposta de tratamento obrigatório – o cuidado se sobrepondo aos hospitais asilares (BATISTA, 2014).

No Brasil, as primeiras propostas de rompimento com o padrão psiquiátrico punitivo foram delineadas no período de democratização, sobretudo pela articulação do Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental, que promoveu uma desarticulação da política de expansão e precarização dos asilos psiquiátricos. Ademais, a questão foi absorvida pelo debate acadêmico, de forma que se consolidou o Movimento da Luta Antimanicomial, com influência direta na legislação – no sentido de alternativas ao padrão da internação compulsória em asilos distantes do convívio social. Fontes (2012) trata de explicar que “a reforma psiquiátrica efetivamente começou a se materializar em serviços extra-hospitalares”. A reforma psiquiátrica passa, nesse momento, a ser mais que uma utopia de rompimento com um modelo preda-

tório, uma política de resgate e reformulação de paradigmas – a dignidade da pessoa humana ascendia na década de 80 como a coroa do ordenamento constitucional brasileiro, coroando também o projeto psiquiátrico.

Nesse sentido, como fim do movimento antimanicomial, a psiquiatria democrática molda-se como um ideal de resgate da condição de dignidade da pessoa com sofrimento mental, rompendo com um sistema que movimenta a exclusão e discriminação. Nesse ponto, a democracia aplicada à questão da “loucura” viabiliza o acolhimento em detrimento da exclusão e a construção de propostas de tratamento e aceitação da condição alheia ao padrão social solidificado em uma sociedade que adoce a si mesma ao desassociar a vida do outro do merecimento da dignidade – uma dignidade humana e comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verifica da pesquisa, há possibilidade de se afirmar que a questão psiquiátrica pode ser visualizada sob dois aspectos. Um primeiro relacionando à condição mental como patologia de necessário tratamento, com justificativas para internação compulsória e afastamento do indivíduo da sociedade. Em um segundo aspecto, há possibilidade de visualizar a questão da condição mental como sofrimento mental, de forma que a pessoa passe a ser vista como parte vulnerável em uma sociedade baseada na lógica predatória – e que, portanto, merece e necessita ser cuidada e incluída.

Essa segunda perspectiva viabiliza o entendimento dos manicômios como instituições construídas para segregar e punir, de forma que o cuidado é secundário ou inexistente. Ademais, a própria dinâmica manicomial contribui e fortalece padrões segregacionistas, de forma que a questão da “loucura” amolda-se nas comunidades com relevante recorte de classe, etnia, sexo e sexualidade. Assim sendo, o transtorno mental – ou sofrimento, em uma visão mais humanista – é incorporado pelo sistema como instrumento para criação de indesejados sociais e promoção de seu afastamento do meio social. Nesse sentido, negros, mulheres, homens alheios aos padrões heteronormativos e pobres são tachados de “loucos” e aprisionados em recintos baseados na opressão e punição. A estes é negada a própria condição de *persona* e, conseqüentemente, a dignidade que lhes seria de direito.

É nesse contexto que a psiquiatria democrática surge como alternativa a um padrão baseado na máxima “vigiar e punir”, segregar e afastar. A democratização da tratativa da pessoa com sofrimento mental perpassa por incluí-la no meio social e resgatar sua condição como humano – elemento indispensável à garantia de sua dignidade. É inegável que o fortalecimento da utopia nos anos 80, com a influência nas políticas e leis é um avanço significativo. Não obstante, é indispensável manter a luta antimanicomial fortalecida como instrumento para alcançar novas conquistas e questionar os limites entre a existência de uma lógica de condição mental e a criação de um padrão que serve ao capitalismo, afastando indivíduos de sua inseparável coroação com a dignidade humana.

6 REFERÊNCIAS

- ARBEX, D. *Holocausto brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ARENDT, H. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2001.

- BASAGLIA, F. As instituições da violência. In: AMARANTE, P. (org.). *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- BATISTA, M. D. G. Breve história da loucura, movimentos de contestação e reforma psiquiátrica na Itália, na França e no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, n. 40, p. 391-404, jan./abr. 2014.
- BALERA, W. *O Direito dos pobres*. São Paulo: Edições Paulinas, 1982.
- BARBOSA, R. M. *Uma instituição modelar: o Hospício do Juquery*. São Paulo: Fundação Seade, 1992.
- BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BRUNTON, L. L. *Goodman & Gilman: as bases farmacológicas da terapêutica*. 12. ed. São Paulo: AMGH Editora, 2012.
- CARNEIRO, M. L. T. Negros, loucos negros. *Revista USP*, São Paulo, n. 18, p. 144-151, 1993a.
- CARNEIRO, M. L. T. Negros, II. *Revista USP, Dossiê Brasil/África*, São Paulo, n. 18, p. 144-151, 1993b.
- CUNHA, M. C. P. *Cidadelas da ordem: a doença mental na República*. São Paulo: Brasiliense. 1990.
- DALGALARRONDO, P. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Artmed, 2008.
- DELGADO, P. G. *As razões da tutela*. Psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: TeCorá. 1992.
- ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.
- FONTES, E. M. M. As sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. *Revista Estudos de Sociologia*, Pernambuco, v. 1, n. 18. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/view/235235/28258>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 28. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2014.
- FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LIBERATO, M. D. Desinstitucionalizar é ultrapassar fronteiras sanitárias: o desafio da intersetorialidade e do trabalho em rede. *Caderno Brasileiro de Saúde Mental*, Santa Catarina, v. 1, n. 1, p. 212-221, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://stat.ijkem.incubadora.ufsc.br/index.php/cbsm/article/view/1016/1142>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- LÜCHMANN, L. H.; RODRIGUES, J. O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, n. 2, p. 399-407, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n2/a16v12n2>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2004. *Residências terapêuticas*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/120.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- NAPOLI, M. Democracia, política, ciência e psiquiatria: o racismo como estratégia na sustentação do poder. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 111-121, jul./dez. 2006.
- SEVCENKO, N. *A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.
- SILVEIRA, L. C. BRAGA, V. A. B. Acerca do conceito de loucura e seus reflexos na assistência de saúde mental. *Revista Latinoamericana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 13, n. 4, jul./ago. 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rlae/article/viewFile/2123/2212>. Acesso em: 29 dez. 2017.
- SOARES, S. A. Raça e psiquiatria: uma análise genealógica da questão racial na psiquiatria brasileira. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 7, n. 2, p. 252-283, jul./dez. 2017.
- ZANELLA, V.; SILVA, R. M. C. Saúde mental, gênero e violência estrutural. *Revista Bioética*, v. 20, n. 2, p. 267-279. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/seculoxxi/article/viewFile/31916/17578>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- ZUARDI, A. W.; LOUREIRO, S. R. Semiologia psiquiátrica. *Semiologia Especializada*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 29, p. 44-53, jan./mar. 1996. Disponível em: http://revista.fmrp.usp.br/1996/vol29n1/semiologia_psiquiatica.pdf. Acesso em: 16 jan. 2018.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.222-237>

Combate à Pobreza por Meio de uma Justiça Distributiva: Importância do Acesso à Educação para a Distribuição Equitativa de Oportunidades

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira

Doutora em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Valencia-Espanha. Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (Unipe). Professora da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).
<http://lattes.cnpq.br/2046560540604336>. <https://orcid.org/0000-0001-7806-5056>. flaviadepaiva@hotmail.com

Maria Marconiete Fernandes Pereira

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa-PB (UNIFE). mmarconiete@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/6349224313306934>.
<https://orcid.org/0000-0002-1894-2237>.

Cristina Serafim Gadelha Campos

Graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (2014). Tem experiência na área das Ciências Sociais Aplicadas, com ênfase em Direito. <http://lattes.cnpq.br/5983350145721230>. cristinacampos_@hotmail.com

RESUMO

O cenário de profundas desigualdades e exclusão social que marca o Brasil e, infelizmente, repete-se na imensa maioria dos países periféricos, acarreta a pobreza socialmente desfavorecidas como uma de suas principais consequências. Nesse sentido, considerando que o acesso à educação possibilita que as pessoas vivam de acordo com o seu potencial e tenham a capacidade de lutar por uma boa qualidade de vida, resta evidente o quanto o incentivo à educação favorece o pleno desenvolvimento humano e social, ao mesmo tempo que combate a pobreza. Em vista disso, o presente artigo científico pretende demonstrar que a provisão do direito fundamental à educação é um forte aliado da distribuição equitativa de recursos, que, por sua vez, trata-se de pressuposto essencial para a eliminação das desigualdades que geram a pobreza. Sendo assim, trará algumas considerações acerca da justiça distributiva proposta por John Rawls, bem como da segunda tese de Ferrajoli, além de destacar a contribuição que a cooperação internacional e a instituição de programas educacionais – públicos ou de iniciativa privada – podem oferecer à provisão do direito à educação, sobretudo no Brasil. Quanto à metodologia utilizada, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e feito uso dos métodos indutivo e qualitativo.

Palavras-chave: Pobreza. Direito à educação. Eliminação de desigualdades. Cooperação internacional para incentivo à educação. Programas educacionais.

FIGHTING POVERTY BASED ON A DISTRIBUTIVE JUSTICE: IMPORTANCE OF ACCESS TO EDUCATION FOR EQUITABLE DISTRIBUTION OF OPPORTUNITIES

ABSTRACT

The scenario of deep inequalities and social exclusion that marks Brazil and, unfortunately, repeats itself in the vast majority of peripheral countries, leads the poverty of socially disadvantaged as one of its main consequences. In this sense, considering that access to education enables people to live according to their potential and have the ability to fight for a good quality of life, it is evident how the promotion of education favors the full human and social development, same time combating poverty. In view of this, the present research paper aims to demonstrate that the provision of the fundamental right to education is a strong ally of equitable distribution of resources, which, in turn, it is prerequisite for the elimination of inequalities that create poverty. So bring some considerations of distributive justice proposed by John Rawls and the second thesis Ferrajoli, in addition to highlighting the contribution that international cooperation and implementation of educational programs - public or private - can offer the provision of right to education, especially in Brazil. As the methodology used, a literature search will be developed and made use of inductive and qualitative methods.

Keywords: Poverty. Right to education. Inequalities elimination. International cooperation for educational promotion. Educational programs.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Estímulo da ONU à cooperação internacional para efetivação do direito à educação. 3 Acesso à educação e distribuição equitativa de oportunidades: uma análise à luz da teoria de Rawls e Ferrajoli. 4 A educação como fator de redução da pobreza no Brasil. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 27/11/2018
Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Um cenário social marcado por profundas desigualdades e exclusão cria uma série de problemas sociais, que afetam sobretudo as camadas mais marginalizadas da população. Entre tais problemas, há que ser destacada a pobreza, que decorre de um conjunto de privações, impedindo que as pessoas vivam sob condições dignas e gozem de elementos inerentes à sua situação de seres humanos, notadamente seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, faz-se importante destacar que a educação, como instrumento que permite que os indivíduos desfrutem da capacidade que detêm, figura como um dos pressupostos capazes de garantir uma boa qualidade de vida. Assim sendo, o acesso a esse direito fundamental merece ser amplamente valorizado, tendo em vista sua evidente potencialidade para promover o pleno desenvolvimento humano e social.

Nessa perspectiva, a cooperação internacional pode oferecer significativa contribuição para o amplo acesso à educação e deve ser incentivada. Sendo assim, merece destaque o empenho da Organização das Nações Unidas (ONU) para estimular a cooperação internacional direcionada à ampliação mundial do acesso ao âmbito educacional, bem como à melhoria da qualidade da educação em plano global. Considerando que os países periféricos, tais como o Brasil, apresentam índices relacionados à educação que permanecem muito aquém do desejado, a atuação da ONU – seja por meio da criação de entidades especializadas, promoção de conferências, ações fiscalizatórias ou estímulo à edição e cumprimento de pactos educacionais – representa uma forte contribuição ao combate às desigualdades sociais decorrentes da falta de acesso aos serviços educacionais.

Em outras palavras, constata-se que a educação fomenta a distribuição equitativa de oportunidades, possibilitando a liberdade e a igualdade de condições que conduzem à satisfação humana. Neste sentido, programas (de iniciativa pública ou privada) que visam à ampliação do acesso à educação de qualidade contribuem diretamente para o desenvolvimento humano e social, merecendo ser adotados, sobretudo, nos países marcados por cenários de pobreza, como o Brasil.

O problema do presente artigo consiste em perquirir se o acesso à educação favorece a distribuição equitativa de oportunidades, revelando-se um instrumento dotado de potencialidade para combater a pobreza e demais problemas decorrentes das desigualdades e exclusão social. Tem-se como objetivo geral demonstrar que a ampliação do acesso à educação tem sido incentivada pelas organizações internacionais por meio de instrumentos de cooperação internacional e encontra amparo na Teoria de Rawls e Ferrajoli. Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica – amparada na reunião de informações e dados relativos à educação no panorama internacional e interno brasileiro, bem como ao reflexo, no Brasil, de documentos globais que tratam da educação – e utilizados os métodos dedutivos para analisar informações relativas à potencialidade da educação para a promoção da equidade social, e então concluir acerca da possibilidade de tal instrumento trazer resultados positivos, nesse aspecto, (especificamente no âmbito interno brasileiro), e qualitativo, procurando interpretar e dar significado às informações colhidas.

2 ESTÍMULO DA ONU À COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Considerando o conjunto de normas internacionais e nacionais, bem como o empenho de várias entidades especializadas em prol do acesso de todos à educação de qualidade, resta possível constatar que tanto no âmbito interno quanto no exterior, existe uma notável preocupação com a efetividade do direito à educação. Sua provisão, entretanto, permanece sendo uma tarefa difícil, como pode ser comprovado por meio do elevado índice de pessoas que permanecem sem acesso à educação.

Nesse diapasão, registre-se que a diretora da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) enfatizou durante conferência na realizada no Chile, em julho de 2017, que existem cerca de 758 milhões de analfabetos no mundo, sendo que dois terços desses números correspondem a mulheres (O GLOBO, 2018). Quanto ao panorama interno brasileiro, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e divulgada em 2015 registrou que cerca de 10.478.450 brasileiros entre 0 e 19 anos não frequentam a escola (KUZUYABU, 2018); enquanto isso, conforme pesquisa também realizada pelo IBGE e divulgada em 2016, cerca de 7,2% do total da população brasileira a partir de 15 anos é analfabeta, o que corresponde a 11,8 milhões de pessoas (O GLOBO, 2018).

Neste sentido, merece destaque a atuação da Organização das Nações Unidas, reconhecendo que a cooperação internacional pode oferecer significativa contribuição para o atendimento do direito à educação, e então se esforçando para estimulá-la. Tal esforço pode ser constatado, entre outros mecanismos, por meio da fixação do segundo objetivo do milênio – descrito na Declaração do Milênio, documento originalmente assinado por 191 países, reunidos em Nova York em setembro de 2000 (ONU, 2000), qual seja, atingir o Ensino Básico universal. Em virtude do estabelecimento deste propósito, percebe-se que, embora a abrangência do direito à educação, bem como sua qualidade, ainda mereçam ser bastante aprimoradas, apresentaram um progresso significativo nas últimas décadas, o qual pode ser comprovado por meio de alguns dados que lhes dizem respeito.

Em conformidade com o Relatório de Desenvolvimento do Milênio 2013 da ONU, o percentual de crianças dos países em desenvolvimento que frequentavam o ensino primário passou de 80%, em 1990, para 90%, em 2011 (ONU, 2013a). Além disso, considerando as taxas de alfabetização dos jovens em todo o mundo como indicadores relevantes para a constatação do progressivo cumprimento do segundo objetivo do milênio, a ONU procedeu à sua análise, destacando no Relatório citado que os resultados obtidos foram bastante satisfatórios: as referidas taxas apresentaram melhoras significativas, e, com elas, trouxeram notável diminuição na desigualdade de gênero, como obstáculo ao acesso à educação.

Por outro lado, alguns dados contidos no mesmo Relatório de Desenvolvimento do Milênio deixam claro que uma grande parcela da população mundial ainda permanece à margem do ensino básico. Considerando que a ONU estabelece metas que devem ser progressivamente cumpridas, revelando-se verdadeiras etapas que conduzirão à efetivação de cada um dos objetivos do milênio, percebe-se que não foram cumpridas metas que representam grande peso para o atingimento do Ensino Básico universal, merecendo destaque o não cum-

primário da meta relativa à universalização da educação primária até 2015. Como aponta a própria ONU, por meio de referido Relatório, a garantia de que todos os meninos e meninas tenham oportunidade de terminar o ensino primário até 2015 não seria atingida devido ao lento ritmo de expansão educacional, bem como em virtude das significativas disparidades sociais, que prejudicam, sobretudo, as meninas e crianças das zonas rurais.

Quanto ao reflexo, no Brasil, do estabelecimento do segundo objetivo do milênio, percebe-se que também produziu resultados valiosos no país, estimulando-o a ampliar o acesso obrigatório à Educação Básica. Salienta-se que fortalecendo as diretrizes referentes ao mencionado objetivo mundial, o Relatório Educação para Todos no Brasil 2000-2015, elaborado pelo Ministério da Educação, destaca a importância da Cúpula Mundial de Educação, realizada em Dakar no ano 2000 (BRASIL, 2014).

Com o objetivo de fortalecer a cidadania e promover as habilidades necessárias a um desenvolvimento humano pleno e sustentável, os 164 (cento e sessenta e quatro) países que estiveram presentes na reunião de Dakar propuseram uma agenda comum de políticas de Educação Para Todos (EPT). Como fruto desta agenda, acordaram quanto à perseguição de seis objetivos, a serem cumpridos até 2015. Em virtude de sua importância, passa-se a destacá-los:

- a) Expandir e melhorar o cuidado e a educação da criança pequena, especialmente para as crianças mais vulneráveis e em maior desvantagem.
- b) Assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e crianças em circunstâncias difíceis, tenham acesso à educação primária, obrigatória, gratuita e de boa qualidade até o ano 2015.
- c) Assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso equitativo à aprendizagem apropriada, a habilidades para a vida e a programas de formação para a cidadania.
- d) Alcançar uma melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015.
- e) Eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e o desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade e
- f) Melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, matemática e habilidades essenciais à vida (ONU, 2000, p. 25-26).

O empenho do Brasil para concretizar os referidos objetivos – amplamente compatíveis com o segundo objetivo do milênio – pode ser constatado por intermédio dos seguintes dados, fornecidos pelo Ministério da Educação: a porcentagem de jovens entre 15 e 24 anos com pelos menos seis anos completos de estudo subiu de 59,9%, em 1990, para 84%, em 2012; além disso, foi superada a desigualdade de acesso à escola pelas crianças de 7 a 14 anos (BRASIL, 2014). Tais resultados otimistas, embora não plenamente satisfatórios, decorreram das sucessivas políticas de universalização do ensino desenvolvidas no país, orientadas no sentido de reduzir radicalmente as restrições de oferta de serviços educacionais.

Associando-se aos referidos esforços internos, também merece destaque que normas de caráter internacional têm dado suporte à melhoria gradativa do quadro educacional brasileiro. Com efeito, documentos têm sido assinados por diversos países visando ao compromisso recíproco com a qualidade da educação no âmbito particular de cada Estado, denotando sua aptidão para trazer resultados positivos aos propósitos a que se destinam.

Tendo isso em vista, há que se constatar a importância da Carta das Nações Unidas, responsável pela criação da ONU em 1945, como um documento que norteia a cooperação internacional, ressaltando a educação como elemento que deve ser promovido e valorizado. Logo no seu artigo 1º, que dita os quatro propósitos das Nações Unidas, constata-se o estímulo que a entidade pretende dar à valorização dos direitos humanos e liberdades fundamentais (entre os quais está incluída a educação de qualidade), como claramente demonstram seus terceiro e quarto propósitos:

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns (BRASIL, 1945).

Além disso, ao estabelecer normas relativas à cooperação econômica e social, a Carta da ONU valoriza a educação ao prezar por níveis mais altos de vida e condições de desenvolvimento, pela cooperação internacional, bem como pelo respeito universal e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 55); saliente-se, em acréscimo, que favorece a criação de entidades especializadas com vistas à promoção dos interesses defendidos internacionalmente, tais como os assuntos educacionais (artigos 57 e 59), como deixa claro seu artigo 62.

Ao determinar que os membros das Nações Unidas também se comprometem a assegurar o bem-estar dos habitantes dos territórios sem governo – que são aqueles cujos povos assumiram responsabilidades pela administração de territórios, mas não atingiram a plena capacidade de governarem a si mesmos – também é fortalecida a cooperação internacional com vistas à valorização da educação, uma vez que preza pelo progresso educacional destes povos (artigo 73, “a”). Além disso, dispendo acerca do Sistema Internacional de Tutela, a Carta da ONU expressamente prevê o fomento do progresso educacional dos habitantes dos territórios tutelados como um dos objetivos básicos do sistema de tutela (artigo 76) (BRASIL, 1945).

Procurando tornar viável seu objetivo de promover a educação em âmbito mundial, a ONU baseou-se na diretriz que estimula a criação de entidades especializadas na promoção dos interesses que defende e criou, três meses após sua fundação, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Orientando-se com vistas a fomentar o acesso da população mundial à educação, a Unesco atua seguindo duas prioridades globais: África e igualdade de gênero.

Quanto à prioridade global África, refere-se à resposta que a entidade pretende dar às situações de pós-conflito e reconstrução; sendo assim, o respectivo continente foi integrado a todas as fases de elaboração, instalação e avaliação dos seus programas. Para execução de seus propósitos na África, a Unesco trabalha em cooperação com três entidades, quais sejam: a União Africana, a Nova Parceira para o Desenvolvimento Africano (Nepad) e um conjunto de oito comunidades sub-regionais africanas reconhecidas pela União Africana e pelo sistema das Nações Unidas (ONU, 2014).

Destacando especialmente a cooperação entre a Unesco e a União Africana, constata-se que resultou em relevantes decisões pan-africanas na área de educação, tal como a instituição da Segunda Década da Educação para a África (2006-2015). Além do campo educacional, os setores cultural e das ciências naturais africanos foram beneficiados, o que pode ser claramente exemplificado por meio do estabelecimento de uma ação coordenada em relação às línguas, à diáspora, artes e cultura africanas; de um plano de ação voltado para a ciência e tecnologia, denominado AfriMAB, bem como da criação de um Observatório Africano para a Ciência.

Em relação à prioridade global da Unesco referente à igualdade de gênero, está baseada na defesa dos direitos das meninas e mulheres, bem como na promoção do seu empoderamento, por meio da valorização dos seus domínios de competência, com destaque para a educação.

Como aponta a ONU (2013b), a constatação de pelo menos cinco indicadores demonstrou, em 2011, que pessoas do sexo feminino encontram maiores obstáculos para o acesso à escola, realização profissional e participação nas tomadas de decisão políticas, além de estarem mais sujeitas à violência em situações de conflito armado. Neste sentido, eis as informações apresentadas:

- As meninas representam mais da metade das crianças fora da escola no mundo.
- Dois terços dos 796 milhões de adultos analfabetos são mulheres.
- Três quintos do bilhão de pessoas mais pobres do planeta são meninas e mulheres.
- As mulheres são ainda sub-representadas nas tomadas de decisão políticas e, muitas vezes, são levadas a aceitar empregos precários e com baixa remuneração.
- As mulheres são mais vulneráveis em períodos de crise econômica e financeira, além de estarem mais sujeitas à violência nas situações de conflito armado (ONU, 2013b, p. 17).

Sendo assim, a Unesco segue firme no propósito de priorizar a igualdade de gênero, adotando programas consistentes e ações concretas que visam a conferir paridade de oportunidades a homens e mulheres. Para tanto, elaborou um projeto que resume suas diretrizes de atuação, qual seja, o Plano de Ação para a Prioridade Igualdade de Gênero; quanto à articulação deste, está organizada com base em uma dupla abordagem: uma programação que considera o gênero e se apoia em iniciativas que visam ao nivelamento das desigualdades, sejam elas relativas a meninas e mulheres, ou meninos e homens, e na promoção da igualdade de gênero baseada na totalidade de sua programação vinculada a este objetivo.

No que se refere especificamente à influência da referida prioridade global no domínio da educação, seja ela formal ou informal, a Unesco pretende eliminar as desigualdades de gênero em termos de acesso à educação, permanência na escola, conclusão dos estudos e qualidade

dos serviços educacionais oferecidos. Em vista disso, não causa surpresa a constatação de que entre os cinco objetivos primordiais da referida entidade internacional, o progresso educacional é expressamente destacado logo no primeiro deles (garantir educação de qualidade para todos e aprendizagem ao longo da vida), além de estar implicitamente contido nos demais (mobilizar conhecimento e política na área da ciência, a serviço do desenvolvimento sustentável; enfrentar os novos desafios sociais e éticos; promover a diversidade cultural, o diálogo intercultural e a cultura da paz; defender a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa) (ONU, 2013b).

Sendo assim, consideradas as prioridades globais da Unesco e tendo em vista que sua atuação se estende sobre um vasto conjunto de países, resta evidente o quanto contribui para a ampliação do acesso à educação de qualidade, e conseqüentemente, para a concretização do segundo objetivo do milênio proposto pela ONU. Em vista disso, percebe-se que sua criação pela referida entidade mundial foi bastante positiva, favorecendo o desenvolvimento humano e social por meio da melhoria de índices relativos à educação.

Nesse contexto, considerando que a determinação da ONU em incentivar a cooperação internacional com vistas ao atendimento do direito à educação também pode ser constatada por meio da promoção de uma série de conferências mundiais, pactos internacionais e ações fiscalizatórias de cumprimento de orientações, a Organização efetivamente mostra-se uma aliada do desenvolvimento – o qual notadamente merece ser compreendido como um processo que objetiva a qualidade de vida e garantia do bem-estar humano. Reconhecendo a valorização da educação como um meio que conduz à realização humana, e enxergando a cooperação internacional como uma promotora deste, a ONU demonstra empreender uma batalha indispensável ao pleno desenvolvimento humano e social na medida em que luta pela efetivação do direito de todos à educação de qualidade.

3 ACESSO À EDUCAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE OPORTUNIDADES: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE RAWLS E FERRAJOLI

Ainda que a dignidade humana – inerente à condição humana e, portanto, estendida indistintamente a todas as pessoas – garantida que todos merecem igualdade de oportunidades e meios para alcançar seu pleno desenvolvimento, a falta de equidade na distribuição dos instrumentos que garantem o bem-estar e a qualidade de vida é evidente no Brasil e em grande parte dos países, sobretudo nos periféricos.¹

Neste sentido, vale destacar a Teoria da Justiça proposta por Rawls, a qual estabelece uma ideia de justiça baseada na distribuição equitativa de oportunidades. Considerando que uma vida honrada suscita condições mínimas de dignidade, Rawls (1997, p. 80) destaca que “esse mínimo existencial deve ser assegurado, sobretudo ao criar um sistema de prevenção com subvenções especiais para casos de doença e desemprego”.

¹ Conforme apresentado pela revista *The Economist*, em 2017, por meio de estudo que analisa as melhores cidades do mundo para se morar – o qual é intitulado *The Global Liveability Report* – as oito cidades mais bem classificadas apresentam índices educacionais 100% satisfatórios, estando todas elas localizadas em países desenvolvidos, quais sejam: Austrália, Áustria, Canadá e Nova Zelândia (THE ECONOMIST, 2017, p. 6). Enquanto isso, das oito cidades mundiais que apresentam as piores classificações, seus índices educacionais alcançam percentuais de satisfação que variam de 66,7% a 33,3%, estando localizadas nos seguintes países periféricos: Zimbábue, Paquistão, Argélia, Papua Nova Guiné, Bangladesh, Líbia, Nigéria e Síria (THE ECONOMIST, 2017, p. 6).

Sendo assim, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, o autor discute acerca da teoria do contrato social, entendendo que a sociedade seria uma associação de pessoas, marcadamente autossuficiente, dotada de regras e palco para conflitos de interesses. Em vista disso, Rawls (1997, p. 5) destaca que alguns princípios seriam necessários à sociedade “para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social”. Tais princípios de justiça se resumiriam a dois: liberdade e igualdade.

Em sua obra *Justiça como Equidade*, Rawls (2003) afirma que por meio do princípio da liberdade cada pessoa teria direito a um modelo de liberdades básicas iguais e compatibilizadas para todos da mesma forma. Trata-se do reconhecimento de que os direitos fundamentais são titularizados por todos, indistintamente, posto que a condição humana é igualmente inerente a todas as pessoas e exige um conjunto de liberdades básicas para sua plena satisfação.

No que se refere à igualdade, Rawls (2003) observa que todos merecem oportunidades equitativas, bem como que os benefícios devem, ao máximo, serem direcionados aos menos favorecidos da sociedade.

Neste sentido, eis algumas de suas palavras:

Cada pessoa tem o direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos. O segundo, que “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade” (2003, p. 60).

Nesse contexto, ao estabelecer os mencionados princípios de justiça, Rawls demonstra corroborar a ideia de que é necessária uma distribuição equitativa de oportunidades, garantindo direitos e liberdades para todos, ainda que isto exija atuação estatal com vistas a efetivar um mínimo social. “No que se refere às desigualdades sociais e econômicas, merecem ser ordenadas de modo a oferecerem vantagens para todos, nos limites do razoável” (RAWLS, 1997, p. 64).

Tendo em vista que a igualdade e a liberdade fazem parte da essência da justiça, os postulados rawlsianos apresentam compatibilidade com a noção de justiça social, apta a assegurar a todos oportunidades iguais de acesso aos meios que garantem o bem-estar e a qualidade de vida. Sendo assim, revelam-se ferramentas capazes de combater as desigualdades, as quais notadamente acarretam a pobreza e tantas outras mazelas sociais.

Considerando que a educação permite que as pessoas vivam de acordo com o potencial que detêm, tendo acesso a oportunidades de crescimento profissional e pessoal, deve ser considerada um instrumento imprescindível à inclusão social e distribuição equitativa de oportunidades. Como salienta Holanda (2015, p. 57), “a educação pode ser a chave para que as injustiças sociais sejam eliminadas”. No mesmo sentido, Pompeu e Siqueira (2014, p. 174) ressaltam que “um sistema de educação inclusivo tem a capacidade de criar justas oportunidades, e conseqüentemente, condições para a redução das desigualdades, possibilitando o oferecimento de condições equitativas para o exercício da liberdade e equilíbrio social”.

Procurando determinar as bases de uma justiça equitativa, Rawls (1997) reconheceu o valor da educação, destacando que não somente possibilita o bem-estar social e a eficiência econômica, mas também a possibilidade de uma pessoa apreciar a cultura de sua sociedade e participar das suas atividades, fazendo sentir-se provida de dignidade. Sendo assim, eis algumas de suas palavras:

[...] suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares, seja estabelecendo um sistema de ensino público (RAWLS, 1997, p. 303-304).

Assim sendo, com amparo na justiça distributiva proposta por Rawls, resta consolidada a ideia de que o acesso à educação contribui para a equidade na distribuição de oportunidades. Tendo em vista que a educação possibilita que as pessoas tenham o conhecimento necessário à sua realização profissional e enfrentamento dos problemas que lhes surjam, permite a inserção social e oferece as ferramentas para a eliminação das desigualdades.

As teses formuladas por Ferrajoli acerca dos direitos fundamentais também deixam claro que a valorização da educação contribui para a concretização das demais liberdades fundamentais. Em vista disso, vale destacar que a classificação dos direitos fundamentais adotada pelo autor inicia-se pela ideia de direitos subjetivos, que corresponderiam às expectativas positivas (de prestações) ou negativas (de não sofrer lesões) que determinada norma jurídica atribui universalmente a todos os seres humanos na condição de sujeitos dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato (FERRAJOLI, 2004).

Em vista disso, Ferrajoli (2004) propõe um cruzamento de critérios quanto à classificação dos direitos fundamentais, resultando na formulação de quatro classes destes direitos. Resumindo-as sucintamente, ei-las: (1) direitos humanos: seriam os direitos substanciais das pessoas, concernentes a todos os seres humanos, tais como a educação, a vida, a saúde, a liberdade, a integridade e as garantias penais e processuais; (2) direitos públicos: reconhecidos apenas aos cidadãos, a exemplo do direito do trabalho, em certos casos; (3) direitos civis: direitos instrumentais titularizados por todas as pessoas dotadas de capacidade de fato, como a liberdade contratual e de empresa, poder negocial, postulação em juízo e todos os direitos potestativos relativos ao mercado; e (4) direitos políticos: reservados apenas aos cidadãos dotados de capacidade de fato, tais como os direitos de votar e ser votado.

Considerando que a referida classificação fundamenta a estruturação das teses propostas, apresentam-se algumas resumidas considerações acerca das quatro teses: a primeira delas aponta a diferença estrutural entre os direitos fundamentais (visam à inclusão dos indivíduos) e os direitos patrimoniais (capazes de excluir os demais indivíduos); a segunda, por sua vez, demonstra que todos têm o interesse e a expectativa de que seus direitos fundamentais sejam instituídos, resultando em um parâmetro de igualdade jurídica para aferir a democracia material; já a terceira tese expressa a pretensão supranacional de uma grande parte dos direitos fundamentais, os quais os fazem ultrapassar os limites territoriais do Estado; e, por fim, a quarta tese destaca a relação entre os direitos e as garantias, apontando que os direitos fundamentais são expectativas positivas ou negativas correspondentes a obrigações de prestações ou proibição de lesão (FERRAJOLI, 2004).

Embora seja reconhecido que todas as quatro teses de Ferrajoli demonstrem o quanto o acesso à educação contribui significativamente para o combate ao cenário de desigualdades, notadamente ao garantir maior equidade na distribuição das oportunidades, constata-se o quanto a segunda tese formulada é clara neste sentido.

Resta evidente que todos têm a expectativa e o interesse de que seus direitos fundamentais sejam respeitados. Apesar disso, a desigualdade e a exclusão social impedem que uma grande parcela da população, representada pelos menos favorecidos socialmente, sequer tenha acesso a estes direitos que lhes são inerentes. Neste sentido, considerando o parâmetro de igualdade jurídica proposto por Ferrajoli (2004), o qual está baseado na igualitária possibilidade de todos terem seus direitos fundamentais assegurados, a educação assume uma conotação extremamente importante.

Tendo em vista sua capacidade de permitir que as pessoas vivam de acordo com suas potencialidades, a educação é uma porta de acesso aos demais direitos fundamentais. Revela-se como um instrumento a serviço não apenas da democracia formal (que garante a positivação dos direitos fundamentais em instrumentos normativos), mas propriamente da democracia substancial, a qual expressa que estes direitos devem ser observados em quaisquer circunstâncias.

Considera-se, todavia, que sob circunstâncias que imponham obstáculos ao acesso igualitário a oportunidades de bem-estar e dignas condições de sobrevivência, os direitos fundamentais dos que sofrem tais limitações restam nitidamente desrespeitados. É neste sentido que se torna possível perceber claramente a contribuição que o fomento ao amplo acesso à educação oferece à concretização dos demais direitos fundamentais; a educação dissemina o conhecimento necessário à promoção dos elementos inerentes à condição humana, representados pelos direitos fundamentais.

Sendo assim, há que se concluir que a distribuição equitativa de oportunidades é imprescindível à efetivação dos referidos direitos. Além disso, com amparo nos postulados da justiça distributiva de Rawls, bem como nas teses de Ferrajoli (especialmente na segunda), constata-se que um quadro social marcado por desigualdades e exclusão social impossibilita a equidade na distribuição das oportunidades. Reitera-se, portanto, a significativa importância do acesso à educação para o combate às disparidades sociais e disseminação das condições que favorecem o desenvolvimento.

4 A EDUCAÇÃO COMO FATOR DE REDUÇÃO DA POBREZA NO BRASIL

Ainda que a Constituição Federal de 1988 estabeleça em seu artigo 3º, IV, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste na erradicação da pobreza e na diminuição das desigualdades sociais e regionais, tais mazelas representam sérios problemas econômicos e sociais que, além de estarem sendo atualmente enfrentados pelo país, são favorecidos pela imensa concentração de renda nele observada.

Neste sentido, constata-se que embora o Brasil esteja posicionado entre as maiores economias do mundo, a concentração de renda nas mãos de poucos impede considerá-lo uma nação desenvolvida. Em outras palavras, o abismo social verificado no país não con-

diz com o tamanho de sua economia, em termos globais; sendo assim, resta demonstrado que o desempenho da economia brasileira não foi seguido pelo seu nível de desenvolvimento social, abrindo margem para desigualdades sociais (HOLANDA, 2014, p. 78).

A pobreza é, pois, uma consequência do cenário de exclusão social que progressivamente foi sendo consolidado no Brasil. Apesar de não ter uma essência pobre (tendo em vista a grandeza de sua economia), é um país que apresenta uma enorme quantidade de pobres. Nesta lógica, Barros, Henriques e Mendonça (2000, p. 123) assevera que tal condição reforça sua estrutura excludente e atribui sua principal causa à “perversa desigualdade na distribuição da renda e das oportunidades de inclusão econômica e social”.

Nesse sentido, destaca-se o quanto os Estados periféricos, entre os quais está incluído o Brasil, devem priorizar interesses públicos em detrimento dos privados, garantindo que os anseios humanos e sociais da população sejam conciliados com seus anseios econômicos (POMPEU, 2009). Noutros termos, cabe a eles criar estratégias que além de estimular o crescimento econômico, sejam capazes de promover o desenvolvimento social, e conseqüentemente, eliminar a desigualdade social no país (HOLANDA, 2015).

Seguindo esta lógica, Barros, Henriques e Mendonça (2000, p. 141) destacam que a redução da desigualdade por meio de políticas estatais é imprescindível para a erradicação da pobreza no Brasil. Nas suas palavras:

É imperativo reduzir a desigualdade tanto por razões morais, como por motivações relativas à implementação de políticas eficazes para erradicar a pobreza. A tradição brasileira, contudo, tem reforçado a via única do crescimento econômico, sem gerar, como vimos, resultados satisfatórios no que diz respeito à redução da pobreza. É óbvio que reconhecemos a importância crucial de estimular políticas de crescimento para alimentar a dinâmica econômica e social do país. No entanto, para erradicar a pobreza no Brasil é necessário definir uma estratégia que confira prioridade à redução da desigualdade.

A intervenção do Estado por meio de políticas públicas direcionadas à redução da desigualdade é, pois, um instrumento a serviço do desenvolvimento humano e social, tendo em vista sua contribuição para a efetivação dos direitos que a condição de pobreza subtrai das pessoas. Sendo assim, há que ressaltar que um Estado enfraquecido, incapaz de promover estratégias que pressuponham o desenvolvimento humano e social, favorece a consolidação do abuso e da exclusão social.

Nesse sentido, o Estado deve intervir na sociedade com vistas à equalização das condições sociais capazes de fortalecer os cidadãos, “até o ponto em que se tornem aptos ao desenvolvimento político e econômico” (POMPEU; ANDRADE, 2011, p. 8.015-8.016). Sendo assim, políticas de proteção devem acompanhar o equilíbrio do desenvolvimento social, não somente para que a coletividade não sofra tanto com os efeitos prejudiciais das diretrizes do mercado, mas sobretudo para garantir que o sistema de mercado não se autodestrua em virtude de suas tendências antropofágicas, garantindo a ampliação do espaço doméstico para a política e a elevação na taxa de crescimento mundial (KUTTNER, 2004).

Nessa perspectiva, assimilando a ideia de que o Estado tem o dever de estabelecer políticas sociais efetivas que protejam o cidadão, dado que a condição humana e a valorização de sua dignidade assim o exigem, faz-se necessário destacar os elementos mínimos que me-

recem ser perseguidos pela atuação estatal. É nesse sentido que se destaca a educação como ferramenta apta a contribuir para a erradicação da pobreza e o combate ao subdesenvolvimento.

Além de favorecer significativamente o acesso ao mercado de trabalho, a educação é capaz de oferecer ao homem oportunidades de melhoria na sua qualidade de vida e satisfação de suas condições pessoais. Resta evidente que a educação é fator de suma importância para o desenvolvimento humano, implicando a constatação de que o conhecimento é fator preponderante para o desenvolvimento de uma nação.

Em conformidade com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (ONU, 2014), a educação permite que os indivíduos vivam de acordo com o seu potencial, tornando-os capazes de enfrentar os problemas, além de lhes possibilitar maior oferta de emprego.

A educação é importante não só porque habilita os indivíduos a viverem de acordo com o seu potencial e faz aumentar a produtividade, mas também porque aumenta a capacidade dos indivíduos para lidarem com os choques. Os indivíduos mais instruídos têm mais facilidade, por exemplo, em mudar de emprego. Embora os efeitos benéficos dessas políticas possam ser evidentes, a verdade é que continuam a ser cruciais (ONU, 2014, p. 85).

Considerando que a pobreza pode ser entendida como um conjunto de privações, impondo condições miseráveis de sobrevivência, resta evidente o quanto pode ser combatida por meio do acesso à educação. Ademais, constata-se que políticas públicas que pretendam garanti-lo são instrumentos bastante importantes para o combate a referido problema social. Em vista disso, e atentos ao fato de que o cenário social brasileiro está marcado por extrema desigualdade, bem como que esta implica a configuração de um considerável grau de pobreza no país, percebe-se que a criação de políticas públicas educacionais no Brasil é uma forte aliada do pleno desenvolvimento humano e social dos brasileiros.

Sendo assim, vale destacar o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), bem como o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), o qual aprofunda questões tratadas no primeiro, além de incorporar aspectos contidos nos principais documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

O PNDH, por sua vez, consiste em um programa do governo federal em pleno desenvolvimento no Brasil, tendo como objetivo a criação de novos meios de construção e monitoramento das políticas públicas brasileiras voltadas para os direitos humanos, valorizando a educação como direito fundamental de indispensável observância. Trata-se do Programa por meio do qual é apresentada a política de Estado para temas relativos aos referidos direitos, estabelecendo diretrizes, objetivos e ações para os anos que se seguem. Para que se torne viável, pretende consolidar a integração e os mecanismos de participação já existentes (BRASIL, 2009).

Vale salientar que está sendo atualmente executado no Brasil o PNDH-3 – cuja versão preliminar foi disponibilizada pela primeira vez no *site* da Secretaria Estadual dos Direitos Humanos em 2009 – o qual consiste em um aprimoramento do PNDH-2 (estabelecido em 2002 e demonstrando preocupação com os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais), que, por sua vez, aprimorou o PNDH-1 (criado em 1996 e focado na garantia dos direitos civis e

políticos). A elaboração deste Programa contou com ampla participação social, sobretudo por meio de conferências realizadas em todos os Estados brasileiros no ano de 2008, envolvendo diretamente mais de 14 mil cidadãos, bem como de consulta pública.

Tendo em vista que a constatação dos eixos orientadores do PNDH-3 facilita a compreensão acerca da execução do Programa no Brasil, passa-se a destacá-los: interação democrática entre Estado e sociedade civil (agentes públicos e todos os cidadãos são igualmente responsáveis pela consolidação dos direitos humanos no país, fortalecendo a importância dos fóruns de participação e da democracia participativa); desenvolvimento e direitos humanos (promoção da inclusão social e do amplo exercício da cidadania, sobretudo por meio do direito ao meio ambiente e às cidades sustentáveis, além do fomento às pesquisas de tecnologias inclusivas); universalizar direitos em um contexto de desigualdades (redução da pobreza e geração de renda para as camadas mais pobres da sociedade); segurança pública, acesso à Justiça e combate à violência (erradicação do tráfico de pessoas e da tortura, bem como diminuição da discriminação e da violência, sobretudo sexual); educação e cultura em direitos humanos (formação de uma consciência individual e coletiva de tolerância, solidariedade e respeito ao outro) e direito à memória e à verdade (formulação de pactos que assegurem a não repetição da violação de direitos humanos) (BRASIL, 2009).

Atuando com objetivos semelhantes ao PNDH, o PNEDH começou a ser elaborado em 2003, tendo sido concluído e efetivamente instituído no Brasil em 2006. Como deixa clara a cartilha que detalha a estrutura o PNEDH, elaborada em 2007 pelo Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, o referido Programa está baseado no compromisso do governo brasileiro com a promoção de uma educação de qualidade para todos, notadamente um direito humano essencial. Sendo assim, pretende garantir a universalização do Ensino Fundamental, além da ampliação da Educação Infantil, do Ensino Médio, da Educação Superior e da melhoria da qualidade de todos eles, bem como das diversas modalidades de ensino (ONU, 2007, p. 11).

Quanto à execução do PNEDH, merece destacar que resulta de uma articulação institucional que envolve os três poderes da República (com destaque para o poder Executivo, em todos os níveis da Federação), organismos internacionais, instituições de Educação Superior e entidades organizadas da sociedade civil. Além disso, especifica-se que o Ministério da Educação e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com Secretarias Especiais e com o Ministério da Justiça, são responsáveis pela execução de programas e projetos de educação em direitos humanos, bem como pela coordenação e avaliação de ações desenvolvidas por órgãos e entidades públicas e privadas (ONU, 2007, p. 11).

Vale destacar, ainda, que a determinação do referido Programa em garantir o amplo acesso à educação envolve a assimilação de que suas diretrizes devem favorecer a educação das pessoas portadoras de necessidades especiais, a profissionalização de jovens e adultos, a erradicação do analfabetismo, além da valorização dos educadores e da qualidade de formação inicial e continuada (ONU, 2007, p. 11). Para tanto, o PNEDH adota o conhecimento e a consolidação dos direitos humanos como eixos estruturantes.

Ainda que não seja uma política pública, mas uma iniciativa da Rede Globo em parceria com a Unesco, o Programa Criança Esperança também merece ser destacado como um projeto que promove o acesso à educação no Brasil. Estando em pleno desenvolvimento desde

1986, trata-se de um programa de mobilização social que pretende transformar o futuro de jovens e crianças vulneráveis, enxergando a educação como um instrumento indispensável para o alcance deste propósito. Para tanto, esforça-se para aumentar a conscientização sobre os direitos da criança e a motivação por um futuro melhor (REDE GLOBO, 2016).

Saliente-se que o Programa permanece sendo executado durante o ano inteiro, promovendo, anualmente, uma grande campanha para mobilizar a população brasileira a fazer doações para apoiar os projetos sociais que desenvolve nas cinco regiões do país. Uma vez ao ano é produzido um show ao vivo, contando com a participação voluntária de artistas e personalidades, sendo transmitido em horário nobre; trata-se do evento mais importante da campanha, uma vez que os elevados índices de audiência garantem ao menos a mínima assimilação do seu tema (sempre relacionado aos direitos humanos), além do aumento nas doações. Ademais, o Criança Esperança tornou-se um programa social com grande visibilidade e reconhecimento no Brasil; além disso, representa uma poderosa ferramenta de divulgação da Unesco (REDE GLOBO, 2016).

Quanto aos resultados do Programa, merece ser destacada a criação de oportunidades educacionais e de promoção social para um considerável número de crianças e jovens. Tendo em conta sua capacidade de sensibilizar, também deve ser constatada a motivação que oferece aos atores sociais para o fomento ao acesso à educação.

Nesse sentido, resta evidente que a instituição de programas – sejam eles públicos ou frutos de iniciativa privada – com vistas à provisão do direito à educação são imprescindíveis à efetivação do referido direito fundamental, em meio a um cenário de desigualdades extremas. Tendo em vista que a valorização da educação tem potencial para garantir o pleno desenvolvimento humano e social, revela-se um fator bastante eficaz para a redução da pobreza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de desigualdades e exclusão que marca uma grande quantidade de países, sobretudo os Estados periféricos, reflete a falta de equidade na distribuição das oportunidades que promovem o desenvolvimento. Sendo assim, enquanto a camada mais poderosa da população permanece enriquecendo e ditando os rumos da sociedade, a parcela marginalizada mantém-se destituída de uma série de elementos indispensáveis ao seu bem-estar e digna qualidade de vida.

Neste cenário, o acesso à educação destaca-se como um fator capaz de fomentar a distribuição equitativa de oportunidades, revertendo este quadro social marcado por desigualdades. Considerando que a pobreza se trata de uma das consequências mais notáveis das desigualdades sociais, há que se destacar que a valorização da educação – assegurando que as pessoas possam usufruir de suas potencialidades – tem a faculdade de oferecer ao ser humano as ferramentas necessárias ao combate às privações que a condição de pobre lhes impõe.

Noutras palavras, o acesso à educação revela-se um aliado do processo de desenvolvimento, o qual merece ser entendido como a garantia de bem-estar e qualidade de vida. Evidências claras de que o desenvolvimento deve refletir melhorias nas condições de vida da

população podem ser constatadas, por exemplo, observando-se o que ocorreu no Brasil em um passado recente, quando a economia do país mostrou-se bastante forte, mas os índices relativos ao desenvolvimento humano permaneceram aquém do desejável.

O acesso à educação, portanto, revela-se uma chave para contribuir com o pleno desenvolvimento humano e social. Nesse sentido, merecem ser valorizados os esforços da Organização das Nações Unidas no sentido de mobilizar a comunidade internacional para assegurar a provisão do direito à educação. Seguindo a mesma lógica, também devem ser estimulados os programas que fomentam o acesso ao âmbito educacional, bem como a qualidade dos serviços abrangidos.

No que se refere ao Brasil, considerando que o país está marcado por um quadro social de profunda desigualdade, não impressiona a constatação de que a pobreza assume proporções bastante elevadas. Sendo assim, vale destacar que atuação da ONU com vistas ao fomento educacional contribui significativamente para a melhoria dos índices que dizem respeito não somente à educação, mas também daqueles que estão relacionados às demais condições afetadas pelo progresso educacional. Além disso, aponta-se que os programas educacionais desenvolvidos no país – tais como o Programa Nacional dos Direitos Humanos, o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos e o Programa Criança Esperança – vêm contribuindo bastante com a efetivação do direito dos brasileiros à educação, e conseqüentemente, com seu pleno desenvolvimento.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos. *Diário Oficial*. Poder Executivo, Brasília, DF. 21 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm. Acesso em: 17 fev. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei 19.841, de 22 outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. *Diário Oficial*. Poder Executivo, Brasília, DF. 22 out. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. Ministério da Educação. Relatório Educação para Todos no Brasil 2000-2015. MEC. Brasília, DF. 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=11514071>. Acesso em: 8 nov. 2018.
- BRASIL. Ministério da Educação. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Unesco. Brasília, DF. 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 9 nov. 2018.
- FERRAJOLI, L. *La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- GLOBO. PORTAL G1. *62 milhões de meninas não têm acesso à educação no mundo, diz Unesco*. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/62-milhoes-de-meninas-nao-tem-acesso-a-educacao-no-mundo-diz-unesco.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- HOLANDA, M. M. A educação e a igualdade de recursos: como instrumento de eliminação da pobreza e inserção da dignidade humana. In: SCHWARTZ, G. A. D.; BIZAWU, K. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., Teorias da justiça, 2015. Aracaju, SE. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 50-66.
- HOLANDA, M. M. *Análise constitucional do acesso ao trabalho digno, como instrumento do desenvolvimento econômico e social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- KUTTNER, R. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, W.; GIDDENS, A. *No limite da racionalidade*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004.
- O GLOBO. *Brasil ainda tem 11,8 milhões de analfabetos, segundo IBGE*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-118-milhoes-de-analfabetos-segundo-ibge-22211755>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração de desenvolvimento do milênio*. New York, 2000. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

ONU. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Unesco. 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>.

ONU. PNUD. *Relatório de Desenvolvimento do Milênio 2013*: atingir o ensino básico universal. New York, 2013a. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/odm2.aspx>. Acesso em: 15 fev. 2016.

ONU. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013*: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado. New York, 2013b. Disponível em: <http://www.pnud.org.br>. Acesso em: 17 fev. 2016.

ONU. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2014*: sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. New York, 2014. Disponível em: <http://www.pnud.org.br>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BARROS, R. P. de; HENRIQUES, R.; MENDONÇA, R. Desigualdade e pobreza no Brasil. Retrato de uma estabilidade inaceitável. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 42, p. 123-142. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010269092000000100009&script=sci_abstract&tlng=t. Acesso em: 20 ago. 2018.

POMPEU, G. M. V. O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização. In: POMPEU, G. V. M. (org.). *Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI*. Fortaleza: Edições UFC, 2009.

POMPEU, G. M. V.; ANDRADE, M. D. de. Ayn Rand revisitada e a materialização dos direitos sociais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

POMPEU, G. V. M.; SIQUEIRA, N. Liberdade e igualdade: condicionamentos democráticos para o desenvolvimento humano, para o crescimento econômico e à estabilidade social. In: POMPEU, G. V. M.; CARDUCCI, M.; SÁNCHEZ, M. R. *Direito constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAWLS, J. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Org. Erin Kelly. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Forense, 1997.

REDE GLOBO. *Programa Criança Esperança*. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/criancaesperanca/index.html>. Acesso em: 20 fev. 2016.

THE ECONOMIST. *The Global Liveability Report 2017*. Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Liveability-Ranking-Free-Summary-Report-August-2017.pdf&mode=wp&campaignid=Liveability17>. Acesso em: 9 nov. 2018.

KUZUYABU, M. Qual o panorama do acesso de meninas à educação no Brasil? *Educação*, v. 251, n. 22, 2018. Disponível em: <http://www.revistaeducacao.com.br/qual-o-panorama-do-acesso-de-meninas-educacao-no-brasil/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.238-259>

Mudanças Climáticas e os Refugiados do Clima como uma Questão de Segurança Humana: Repensando a Proteção dos Direitos Humanos e o Multilateralismo no Século 21

Diego Emanuel Arruda Sanchez

Doutorando em Direito pela PUC-PR e Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR); Analista Ambiental do IBAMA/PR, Mestre em Ecologia e Especialista em Direito Tributário e do Trabalho; Bacharel em Ciências Biológicas (UFPR) e em Direito (UFPR). <http://lattes.cnpq.br/0784308878183692>.
<https://orcid.org/0000-0003-2246-8459>. sanchezadvc Curitiba@gmail.com

RESUMO

As mudanças climáticas já vêm apresentando consequências nocivas sobre diversas dimensões da vida humana. Com robustas previsões e múltiplos estudos que já apontam para diversos efeitos severos e persistentes sobre diferentes aspectos da vida humana em sociedade, riscos estes que vão de impactos sobre as fontes de geração de energia a questões envolvendo segurança alimentar, aos problemas sociais e de saúde que o deslocamento forçado causado por ela também provoca. Estima-se que, até o ano de 2050, algo em torno de 150 a 250 milhões de pessoas serão obrigadas a deixar os seus lares, comunidades e os seus próprios territórios nacionais por conta das secas, desertificação, aumento do nível dos mares, perdas de lavouras, eventos climáticos extremos e outros efeitos adversos das mudanças climáticas. Trata-se, portanto, de uma anunciada crise de segurança humana e das relações internacionais sem precedente na história humana. Diante disto, este artigo tem por objetivo traçar um breve panorama sobre as complexas interconexões deste tema e realizar uma análise histórico-crítica do atual estágio de tutela protetiva desta população deslocada e as instituições de direito atualmente existentes que possam ampará-la e assegurar a proteção da sua dignidade humana. Este é um estudo realizado sobretudo sob a ótica do materialismo histórico e da teoria da sociedade de risco, e que busca analisar, em especial, o papel da ONU e seus órgãos, nas negociações do clima e no multilateralismo internacional nesta área temática do Direito e da política internacional como elementos indispensáveis para a manutenção da paz mundial.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Refugiados ambientais. Refugiados climáticos. Multilateralismo. Paz mundial. ONU.

CLIMATE CHANGE AND REFUGEES CLIMATE AS A HUMAN SECURITY ISSUE: RETHINKING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND MULTILATERALISM IN THE 21ST CENTURY

RESUMO

Climate Change has already had harmful consequences on various dimensions of human life. With robust predictions and several studies that already point to several severe and persistent effects on various aspects of human life in society, these risks range from impacts on energy sources to issues involving food security to social and health problems that displacement. forced caused by it also causes. By the year 2050, an estimated 150 to 250 million people will be forced to leave their homes, communities and their own national territories because of droughts, desertification, rising sea levels, losses. crops, extreme weather events and other adverse effects of climate change. It is, therefore, an announced crisis of human security and of international relations unprecedented in human history. Given this, this paper aims to draw a brief overview of the complex interconnections of this theme and to perform a historical-critical analysis of the current stage of protective protection of this displaced population and the existing institutions of law that can support them and ensure the protection of human dignity, a study conducted mainly from the perspective of Historical Materialism and Risk Society Theory, which seeks to analyze, in particular, the role of the UN and its organs, climate negotiations and international multilateralism in this thematic area of the law and international policy as indispensable elements for the maintenance of world peace.

Keywords: Climate changes. Environmental refugees. Climate refugees. Multilateralism. World Peace. ONU.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conectando mudanças climáticas, multilateralismo e a proteção internacional dos direitos humanos. 2.1 Os refugiados do clima, a governança ambiental e a proteção internacional dos direitos humanos. 2.2 A ONU, o SIPDH e a questão dos refugiados do clima. 2.3 O desenvolvimento sustentável, o multilateralismo e a proteção internacional dos direitos humanos. 3 Conclusões. 4 Referências.

Recebido em: 17/11/2019
Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

No final de 2018 comemoramos os 70 anos da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco jurídico que tem como propósito maior a garantia da manutenção da paz e da segurança internacional e que tem como valores supremos elencados no seu texto o respeito e a afirmação dos direitos humanos e da dignidade humana, documento, portanto, que após os horrores experimentados pela humanidade na Primeira e na Segunda Guerra Mundial, fundamental na construção de uma nova comunidade internacional que fosse capaz de impedir os Estados de voltarem a cometer os mesmos erros do século 20.

Ao mesmo tempo, contudo, que comemoramos estes 70 anos de notáveis avanços no âmbito da proteção dos direitos humanos e uma forte tendência de globalização da política mundial (BAYLIS; SMITH; OWENS, 2017), vivemos uma época marcada por uma convergência de graves crises de proporções e potencial destrutivo/transformador poucas vezes antes visto na História da humanidade (CRUTZEN, 2002, 2006; STEFFEN *et al.*, 2011). Uma época marcada, sobretudo, pelo inédito e abrangente impacto das atividades humanas sobre o planeta, os seus ecossistemas, os seus ciclos naturais e as suas espécies; uma sociedade global, industrial, cientificista e pós-tradicional caracterizada pela existência e necessidade de instalação de mecanismos internos para o constante manejo e superação dos constantemente criados novos riscos desta sociedade da modernidade tardia (BECK, 2010; GIDDENS, 2010), na qual já há um elevadíssimo consenso de que são as mudanças climáticas que têm como causa as ações do homem sobre a natureza (IPCC, 2014b, p. 5); na qual há consenso da comunidade científica e política internacional sobre a importância estratégica dos objetivos de desenvolvimento sustentável e das medidas de mitigação e adaptação diante dos efeitos adversos das mudanças climáticas, tanto para a manutenção da paz mundial quanto para o futuro econômico e socioambiental das diversas nações; ciência, portanto, por parte de grande parte de um significativo conjunto de tomadores de decisão do cenário político global quanto ao fato de que atualmente as mudanças climáticas constituem-se em uma das questões mais dramáticas da política interna e externa de várias nações e sem dúvida o maior desafio com que a comunidade política internacional já precisou lidar em termos de proteção da dignidade humana e dos direitos humanos desde a Segunda Guerra Mundial.

Hoje, as mudanças climáticas configuram uma séria ameaça à segurança e saúde alimentar para diversos povos e regiões ao redor do globo (MCLEAN; TSYBAN, 2001; REUVENY, 2007). Um fenômeno global que já tem graves e num futuro próximo terá ainda maiores consequências sobre a renda, o modo de vida, a saúde, o acesso a recursos naturais e aos meios de subsistência de muitas populações em todo o planeta (BARNETT; ADGER, 2007; MCLEAN; TSYBAN, 2001; REUVENY, 2007; SCHEFFRAN; BATTAGLINI, 2011; WARNER *et al.*, 2010), o que terá impactos socioambientais significativamente mais severos para os países menos desenvolvidos e para as populações mais vulneráveis destes e de outros países do planeta (*cf.* IPCC, 2001, 2007; HUMPHREYS *et al.*, 2010; BOYD, 2018). Por conta disto, a transformação dos compromissos internacionais diante das mudanças climáticas em ações concretas e em efetivas políticas públicas por parte de todos os Estados-Nação modernos tem se tornado um tema da mais elevada importância e urgência no âmbito do Direito, da economia e da política

internacional (cf. CQNUMC, 1997; DINCER, I., 2000; HOFFERT *et al.*, 2002; MARTIONOT, 2006; GIDDENS, 2010; DAHLMAN, 2007; BILGEN *et al.*, 2008; BILEN. *et al.*, 2008; FOX-PENNER *et al.*, 2010; ARENT *et al.*, 2011; BULKELEY *et al.* 2013; IPCC, 2014a; IPCC, 2014b; CQNUMC, 2015).

Aliado a isto e à crescente consciência da crise ambiental global, a segunda década do século 21 tem sido marcada por uma grande instabilidade e baixo crescimento da economia mundial e por uma série de graves conflitos na área macroeconômica (crise financeira global de 2008-2009, seguida pela crise da austeridade fiscal da Europa de 2010-2012 e crise global dos preços das *commodities* de 2014-2016) apenas começam a dar sinais de uma recuperação da saúde das suas economias (ONU, 2018; UNCTAD, 2017). Um início de recuperação da economia global a qual, contudo, infelizmente ainda é muito desigualmente distribuída entre os diversos países (UNCTAD, 2017).

Assim, dois séculos após o fim das Guerras Napoleônicas e de os principais Estados presentes no Congresso de Viena, em 1815, concordarem que a sociedade internacional não mais deveria ser deixada ao sabor de mecanismos de ajustamento da balança de poder; um pouco mais de 70 anos também após os governos aliados afirmarem na *Declaração das Nações Unidas*, de 1942, de que a vitória dos países aliados foi “essencial para defender a vida, a liberdade e a justiça”, e sete décadas também após o surgimento de um regime de Direito Internacional que tem contribuído para a redução da probabilidade de guerras e de violações dos direitos das pessoas em larga escala; apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas na seara dos direitos humanos, das negociações multilaterais e dos mecanismos internacionais pacíficos de resolução de conflitos, paradoxalmente vivemos atualmente, no Brasil e no mundo, um dos piores cenários na política internacional desde o afloramento da Segunda Guerra Mundial.

Então como evitar que esta fase de longa e profunda crise econômica destrua as conquistas humanitárias alcançadas ao longo desse período de moderada paz mundial compreendido entre o final da Segunda Guerra Mundial até os dias atuais? Como assegurar que as quase centenárias e mundialmente reconhecidas deficiências do sistema ONU não comprometam seriamente o multilateralismo, a cooperação internacional e os objetivos do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH)? Como fazer com que a falta de compromisso de algumas das potências mundiais com o multilateralismo e os mecanismos pacíficos de solução de conflitos não venham a se tornar um estopim para uma ampla deterioração mundial dos direitos humanos e talvez para uma terceira Grande Guerra?

Estas mesmas dúvidas, em termos gerais, foram questões centrais que guiaram o pensamento de autores como Norberto Bobbio ao longo de muitas das suas obras. Em uma melhor síntese desta preocupação, em seu livro “*O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*” Bobbio sintetiza estas mesmas preocupações gerais na seguinte questão “É possível, e como é possível, sair do sistema de equilíbrio pelo qual a paz sempre foi, e sempre será, uma trégua entre duas guerras, e aperfeiçoar o processo de democratização da comunidade internacional, cujo objetivo deveria ser aquele, próprio a todo sistema democrático, de estabelecer regras e instituir poderes para a resolução pacífica dos conflitos entre as partes?” (BOBBIO, 2009). Uma centenária preocupação do direito que agora, com a poluição, o aque-

cimento global e diversas outras dimensões da crise socioambiental moderna, têm, na interconexão entre direitos humanos e meio ambiente, nos mostrado um dos seus mais urgentes e dramáticos contornos.

Atualmente, se olharmos para esta ameaça aos direitos humanos e à paz mundial derivada da degradação do meio ambiente com a visão de pensadores como Ulrich Beck e Antony Giddens, veremos que se trata do resultado de um conjunto muito maior de crises da modernidade tardia (BECK, 2010; GIDDENS, 2010); ponto em que se observa que os maiores riscos à segurança humana neste início de novo século, ao contrário da segunda metade do século anterior, passou a ter como fonte causadora primordial problemas oriundos de alguma das muitas dimensões desta crise ambiental global (BARNETT, 2009; BARNETT; ADGER, 2007; HARTMANN, 2010; MATTHEW, 2018; REUVENY, 2007; SCHEFFRAN; BATTAGLINI, 2011). Um quadro em que a crise ambiental, as mudanças climáticas e a questão dos refugiados do clima passaram a ocupar, nas últimas décadas, um lugar de relevante destaque no interior dos debates de segurança humana e no qual a arena política global tem se mostrado cada vez mais atenta à interconexão existente entre a crise ambiental global e os objetivos internacionais de promoção do desenvolvimento, proteção da dignidade humana, cooperação entre os povos e manutenção da paz mundial.

Assim, considerando o fato de que esta convergência de crises constitui-se provavelmente em uma das maiores questões de segurança humana dos dias atuais (AMORIM, 2015), debate-se neste artigo a questão da proteção da dignidade humana dos refugiados do clima como elementos indispensáveis para a efetiva proteção da dignidade humana no século 21. Analisa-se, a este respeito, no presente trabalho, em especial o papel da ONU e seus órgãos, nas negociações do clima e do multilateralismo internacional como arena política e instituições internacionais de fundamental importância para a manutenção da paz mundial.

2 CONECTANDO MUDANÇAS CLIMÁTICAS, MULTILATERALISMO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

As atividades humanas estão causando impactos crescentes sobre o meio ambiente em todas as escalas, interferindo de modo significativo e perigoso em quase todos os ecossistemas ao redor do mundo e de maneira grave em vários processos biogeoquímicos de escala global (CRUTZEN, 2002, 2006). Essa crise ambiental tem chegado a um ponto tal que a comunidade científica tem sistematicamente passado a reconhecer que a ação do homem sobre o planeta tornou-se um força geológica tão ampla, persistente e significativa que atualmente acredita-se que é justificável atribuir o termo “antropoceno”, em vez de “holoceno”, para a época geológica em que vivemos (CRUTZEN, 2002, 2006; STEFFEN *et al.*, 2011; IPCC, 2014b).

Começamos, também, nas últimas décadas, a sentir as piores consequências da crise ambiental global e das mudanças climáticas, um período histórico em que, ao mesmo tempo, a sociedade científica já possui bastante consciência e certeza sobre a gravidade e extensão dos problemas atuais e futuros das mudanças climáticas (IPCC, 2014b, p. 5). Vivemos numa época em que, ao mesmo tempo em que já se conhece com bastante certeza a importância estratégica que esta emergência climática representa para vários aspectos da vida no planeta (STEFFEN, 2011), cada vez mais autores e instituições internacionais têm passado a compreender que a solução para o problema de se conciliar os imperativos da burocracia com as

demandas da democracia é atualmente um dos maiores desafios dos governos modernos, os quais passaram a defender que a boa governança pública e a democracia não são apenas desejáveis, mas condições essenciais para o desenvolvimento de todas as sociedades (LEFTWICH, 1993; ADGER, 2003; BULKELEY, 2005; BULKELEY *et al.* 2013; SHIVA, 2016). Destacam ainda que, além da crise ambiental (BENJAMIN, 1998; GIDDENS, 2010; LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017), a crise democrática é também um dos maiores desafios jurídicos do século 21 (FLORINI, 2003; KARIN *et al.*, 2010; MASON, 2012; CELIKATES, 2015).

Por essas razões, cada vez mais autores têm passado a defender os benefícios de se melhorar os processos de *environmental accountability* como forma de aproximar as democracias modernas. Defendem também que o bom desenvolvimento das nações atualmente, em vários dos seus aspectos, depende em grande parte da capacidade que os Estados possuem de proteger a população e construir políticas públicas eficazes voltadas ao desenvolvimento sustentável (GLASBERGEN; BIERMANN; MOL, 2007). As múltiplas e graves conexões existentes entre mudanças climáticas e deslocamento forçado também já têm sido muito bem constatadas, previstas e examinadas por diversos outros autores, tais como Bates (2002), Bell (2004), Giddens (2010) e Matthew (2018), destacando que, paradoxalmente, muito pouco ou quase nada esses países têm se mostrado preparados para lidar com os 150 a 250 milhões de pessoas que se estima sejam obrigadas a deixar os seus lares, comunidades e os seus próprios territórios nacionais por conta das secas, desertificação, aumento do nível dos mares, perdas de lavouras, eventos climáticos extremos e outros efeitos adversos das mudanças climáticas até o ano de 2050 (MYERS, 2002).

Vivemos, portanto, uma época em que já se tem uma boa compreensão dos impactos futuros que as mudanças climáticas terão para vários aspectos da vida humana em nosso planeta; uma época em que já se conhece os atuais e muito bem se estima os seus impactos futuros para a saúde, bem-estar e diversos outros aspectos importantes para o futuro dos Estados, entre eles: segurança energética, mercados de carbono, políticas verdes, governança, mudança tecnológica e impostos, adaptação e geopolítica (DINCER, 1999; DINCER, 2000; ISSAR; ZOHAR; 2007; ROCKSTRÖM *et al.*, 2009; GIDDENS, 2010; ARENT *et al.*, 2011; BULKELEY *et al.*; 2013). Sabe-se também que as mudanças climáticas já são e num futuro próximo serão em escala ainda maior a grande causa motivadora dos deslocamentos forçados dos tempos atuais (IPCC, 2007; MYERS, 2002; WARNER *et al.*, 2010, entre outros). E que, se nada for feito para interromper os atuais níveis de emissão de GEE, as consequências desta crise ambiental serão imensamente mais catastróficas para a economia e a manutenção da vida humana da forma como a conhecemos no nosso planeta (IPCC, 2014b; STERN, 2008; SCHEFFRAN; BATTAGLINI, 2011).

Em uma época também em que, apesar da significativa alteração dos ambientes constitucionais de vários Estados voltados ao aprimoramento da gestão ambiental em seus territórios¹ (BOYD, 2018, p. 17-41), verifica-se também que as modificações do Direito e da gover-

¹ Processo que, nas últimas décadas foi responsável pelo aumento substancial dos direitos procedimentais dos cidadãos em temas atrelados ao meio ambiente ao mesmo tempo em que contribuíram para a diminuição da pegada ecológica das nações, melhorando os índices dos indicadores ambientais destes países e transformou o ambiente político dos países de modo a torná-los mais prováveis a ratificarem compromissos ambientais internacionais ainda mais ambiciosos em mais de 80 países (BOYD, 2018, p. 17-41).

nança estatal da questão ambiental ocorridas no Direito Nacional e Internacional nas últimas décadas não têm se mostrado capazes de efetivamente interromper o aprofundamento da crise ambiental e prevenir as suas mais nefastas consequências. Constata-se que a anunciada crise humanitária global, resultado das mudanças climáticas, por todos estes motivos, será, sem sombra de dúvidas, no decorrer das próximas décadas, um tema de importância estratégica sobre diversos aspectos da vida humana e para o desenvolvimento de todos os países do planeta ao longo dos próximos anos. Algo que seguramente configurar-se-á, em pouco tempo, em uma das dimensões mais dramáticas das mudanças climáticas e o maior desafio humanitário dos últimos séculos.

2.1 Os refugiados do clima, a governança ambiental e a proteção internacional dos direitos humanos

Quando olhamos para este problema do risco que as mudanças climáticas representam para a segurança humana global, verifica-se que o modo como o Direito e a política, nacional e internacional, vem lidando com esta convergência de crises não tem se mostrado capaz de nem minimamente prevenir os seus impactos socioambientais mais adversos, ainda que o maior reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável no cenário doméstico dos Estados-Nação por meio da incorporação deste valor nas suas Constituições tenha contribuído para a melhora da performance ambiental destes Estados. Entre outros benefícios, tem contribuído para um maior aumento do controle social (*social accountability*), em várias regiões ao redor do globo; para o fortalecimento da governança ambiental e melhora da instituição da legislação ambiental em âmbito constitucional e infraconstitucional nestes muitos países; para o aumento da frequência e importância no processo adjudicativo das decisões judiciais das Cortes nacionais (BOYD, 2018, p. 17-41).

Na visão de Humphreys *et al.* (2010, p. 1-33), a atual íntima relação existente entre as mudanças climáticas e os direitos humanos é algo muito claro e latente. Na sua visão, tal crise, tem por essência a característica de consistirem em ser uma interconexão de crises da economia, da política e do Direito Internacional, o que nos alertaria para a importância, ao tratarmos de temas atrelados aos impactos das mudanças climáticas, da utilização da linguagem e valores dos direitos humanos – haja vista a importância deste ramo do Direito para as situações nas quais os direitos não são reconhecidos, são indisponíveis ou fortemente contestados. Algo que faz destas questões onde há grande interconexão entre os direitos humanos e meio ambiente – em especial aquelas nas quais há impactos sobre as camadas mais vulneráveis da sociedade, comprometem ou demandam esforços de cooperação internacional, impactam os compromissos internacionais de redução das desigualdades e o futuro desenvolvimento das nações – em temas que o desenvolvimento sustentável tem passado a ser compreendido como uma grande linha condutora que, cada dia mais, passará a guiar o presente e o futuro da política e o direito internacional. Uma multicrise internacional para a qual, infelizmente, a forma como atualmente lidamos com o problema é, em diversos aspectos, problemática e muito pouco capaz de assegurar a proteção de diversas importantes dimensões dos direitos humanos de uma grande infinidade de indivíduos, sobretudo, das camadas mais vulneráveis da população global.

Assim, embora a incorporação destes direitos fundamentais ao meio ambiente nas Cartas Constitucionais tenha sido algo que nas últimas décadas contribuiu enormemente para uma grande e rápida transformação da governança ambiental executada por estes Estados nos seus territórios² e que, nos últimos anos, causou grandes transformações nos ambientes jurídicos e governança ambiental, principalmente em países como a Argentina, Portugal, Costa Rica, Brasil, Colômbia, África do Sul e Filipinas (BOYD, 2018, p. 28-41), trata-se de uma transformação que ainda precisa ocorrer no ordenamento jurídico de muitos outros países, posto que em grande parte de onde ela ocorreu representa um avanço carente de efetividade e em grande parte meramente simbólico e que, para o alcance de um mais concreto e efetivo resultado, na visão de Boyd seria muito beneficiada se fosse uma modificação que viesse também acompanhada de uma grande transformação no âmbito do Direito Internacional e da criação de uma ferramenta global de proteção (BOYD, 2018, p. 25-41).

Neste mesmo sentido, autores como Turner (2005), Humphreys *et al.* (2010), Boyle (2012), Weston e Bollier (2013), Daly e May (2018), também têm defendido que a forma tradicional de enfrentamento deste problema – baseada num direito privatista-liberal, no primado da soberania estatal e na governança individualizada do problema – não tem se mostrado suficientemente eficaz de superar esta grave crise da modernidade. Para eles, a melhor resposta a estas questões passa, em grande parte, pelo aumento do reconhecimento da crise ambiental como uma questão de direitos humanos. Na visão destes autores, o direito humano a um ambiente saudável seria uma valiosa forma de se complementar o regime de direito fundamental ao meio ambiente existente nos regimes constitucionais domésticos que floresceram nas últimas décadas ao redor do mundo. Um Direito Internacional que, no entendimento de Daly e May (2018), uniria as nações em volta de normas ambientais protetoras que reconheceriam, desta forma, a indivisível conexão existente entre os direitos humanos e o mundo natural que nos cerca.

Nesse aspecto Cullet (1995) destaca que, nos dias atuais, a preservação, conservação e restauração do meio ambiente são uma parte necessária e integrante do gozo, entre outros, dos direitos à saúde, à alimentação e à vida, incluindo uma qualidade de vida decente. Por outro lado, autores como Andrew Dobson e Melina Fachin também nos lembram que, infelizmente, o desafio de conciliar desenvolvimento sustentável e justiça social ainda é um paradoxo difícil de ser resolvido porque, ao mesmo tempo que são muitas das vezes – senão em todas – valores e realidades conflitantes, são também extremamente correlacionados e interdependentes (DOBSON, 1998; FACHIN, 2015).

Razão pela qual, para estes e outros autores, o reconhecimento do direito ao meio ambiente como uma questão de direitos humanos seria a melhor forma para o aprimoramento da governança global desta crise. Segundo eles, o meio ambiente saudável constituiria algo indispensável para a vida digna das presentes e futuras gerações, para o bom desenvolvimento de todas as sociedades e que os Estados têm o dever de elaborar políticas eficazes na busca

² Algo que na visão de Boyd teria feito com que, em ao menos 80 países, nas últimas décadas, contribuísse enormemente para que o direito doméstico deste tenha passado a incorporar novos valores e princípios do desenvolvimento, a assegurar o direito ao acesso à informação como uma máxima no processo de governança ambiental, a propiciar maior participação pública nos processos de tomada de decisão e a melhor instrumentalizar ou fortalecer a questão da importância do acesso à justiça aos muitos afetados pelas externalidades ambientais (BOYD, 2018, p. 25-41).

da sua proteção e promoção, um direito fundamental e indispensável que todo ser humano tem de acessar os bens, espaços e recursos naturais necessários para manter uma existência física e corporal (como comida, água e ar), mas também relacionado às coisas que os seres humanos precisam para ter uma vida psicológica e social saudável (como um grau ínfimo de interação e um nível mínimo de reconhecimento). Para estes, o direito humano ao ambiente saudável é uma precondição necessária para a promoção e gozo de vários direitos humanos globalmente reconhecidos (BAYLIS; SMITH; OWENS, 2017; CULLET, 1995; HISKES, 2008; HUMPHREYS *et al.*, 2009; SACHS, 2004; SHRADER-FRECHETTE, 2006).

Nesse ponto vale a pena destacar ainda as conclusões do recente relatório do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o qual enfaticamente destaca as obrigações e responsabilidades essenciais dos Estados e de outros responsáveis (incluindo empresas) e suas implicações nos acordos, políticas e ações relacionadas às mudanças climáticas. Adverte ainda, este documento, a toda a sociedade política global, que a busca pela coerência das políticas internacionais e os objetivos mundiais de mitigação e adaptação diante das mudanças climáticas levam-nos a fazer algumas importantes considerações a respeito da forma como as mudanças climáticas sempre foram tratadas no âmbito do Direito Internacional. Que a realidade atual da emergência global e o nível de compreensão que a comunidade internacional possui a respeito da interconexão existente entre mudanças climáticas e direitos humanos, impulsionam os Estados a um dever ético de agir de modo a atenuar as mudanças climáticas e impedir seus impactos negativos nos direitos humanos; a atuar de forma a garantir que todas as pessoas tenham a capacidade necessária para se adaptar às mudanças climáticas; a garantir a prestação de contas e remediar efetivamente os danos aos direitos humanos causados pelas mudanças climáticas; a mobilizar o máximo de recursos disponíveis para o desenvolvimento sustentável e baseado nos direitos humanos; a agir de forma cooperativa em âmbito internacional; a garantir a equidade na ação climática; a possibilitar que todos desfrutem dos benefícios da ciência e de suas aplicações; a proteger os direitos humanos de danos aos negócios; a assegurar o tratamento igual e não discriminatório em relação a estas políticas e aos riscos climáticos; a garantir uma participação significativa e informada a todos os seus cidadãos (OHCHR, 2019).

2.2 A ONU, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a questão dos refugiados do clima

Após a Segunda Guerra Mundial, relevantes fatores contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos. A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, constituiu o pilar do surgimento de uma nova ordem internacional, com preocupações que incluem a manutenção da paz e a segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a admissão de um padrão internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção do meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica mundial e a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011).

Criada em 26 de junho de 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi estabelecida com seis órgãos principais (nenhum deles especificamente constituído para o enfrentamento dos problemas ambientais, considerando-se que naquela época, não se revelavam, nem de longe, uma das maiores preocupações para a temática da segurança humana), sendo

eles: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, a Secretaria-Geral, o Conselho de Tutela e a Corte Internacional. Sucessora também da antiga Sociedade das Nações, neste processo a ONU recebeu, além da integralidade dos ativos de sua antecessora, as expectativas de uma sociedade internacional profundamente marcada e ainda atordoada pela ruptura totalitária ocorrida na Alemanha e na Itália e pelo fracasso da utopia da modernidade e da razão instrumental (AMORIM, 2015, p. 41).

Nos seus anos iniciais a ONU protagoniza a condução, tanto da formação e consolidação do sistema internacional de proteção da pessoa humana quanto do cuidado com o meio ambiente, sobretudo por meio da realização de grandes conferências diplomáticas sobre o tema e da codificação de seus principais temas em convenções multilaterais. Apenas mais tarde, entretanto, com a ascensão dos movimentos ambientalistas nos Estados Unidos e na Europa no final dos anos 60 – em grande parte impulsionados pela grave deterioração do meio ambiente causada pela falta de regulação das indústrias e atividades poluidoras nesses países, em resposta à crescente força do movimento ambientalista mundial, mas motivados também pelos debates e agenda política da descolonização – é que a questão ambiental, ao mesmo tempo que começa a extrapolar as paredes da Organização e ganhar também uma agenda regional, passa a receber maior destaque dentro da política internacional (AMORIM, 2015; IVANOVA, 2007).

Foi nesse contexto que, em 1968, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 3 de dezembro, a Resolução 2.398, na qual a Organização reconheceu que a relação entre o homem e o meio ambiente passava por profundas transformações, em razão dos avanços científicos e tecnológicos, e que os efeitos desses avanços poderiam trazer sérios riscos ao bem-estar social e à saúde física e mental do ser humano, bem como prejudicar o efetivo gozo de direitos humanos, tanto em países desenvolvidos quanto naqueles em desenvolvimento (AMORIM, 2015, p. 117). Ressalta-se também que, mais tarde, em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, os 113 governantes reunidos em Estocolmo foram capazes de enfrentar coletivamente os desafios ambientais e criar o acordo que viria a se constituir na base da arquitetura internacional para abordar os problemas ambientais globais nas décadas subsequentes.

Foi apenas na década de 80, contudo, que o problema da mudança climática finalmente deixou de ser uma questão em boa parte científica e passou a entrar na agenda dos formuladores de políticas ambientais. As advertências, cada vez mais coordenadas e unificadas, feitas por grupos de cientistas e, muitas vezes, reforçadas e retransmitidas para o políticos e opinião pública em geral por Organizações Não Governamentais ambientalistas, revelaram de que o conjunto das atividades humanas no planeta estariam provocando mudanças climáticas globais.

Este é um período em que o conjunto de Estados-Nação tem realmente se esforçado para a construção de uma eficaz política global de governança climática que seja capaz ao menos de mitigar ou adaptar os efeitos nocivos dessa nova realidade climática sobre a natureza, a saúde humana, a economia dos diversos países e a sociedade global como um todo. Processo este, no entanto, que não tem se mostrado suficientemente capaz de interromper o aumento das emissões globais de GEE e que embora tenha se baseado na lógica de impor sobre todos os atores internacionais, estatais e particulares, o dever de rever as estruturas

mais básicas da economia moderna e repensar os pilares éticos que sempre sustentaram o desenvolvimento e as relações internacionais, não tem se mostrado uma abordagem suficientemente apta a promover mudanças capazes de interromper ou atenuar os piores impactos da emergência climática (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013).

Um processo de evolução da economia global, do Direito Internacional e de busca de transformação das relações internacionais que é fruto de um esforço coletivo de diversos atores globais – e que teve, nas últimas décadas, como grandes marcos das suas conquistas a criação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), em 1988, voltado a fomentar, organizar, sintetizar e aprimorar o conhecimento científico então existente sobre o fenômeno das mudanças climáticas, o Protocolo de Kyoto, assinado na Rio-92, que entre outros compromissos definiu um calendário pelo qual os países-membros (principalmente os desenvolvidos) ficavam obrigados a cumprir uma meta de redução de emissão de Gases do Efeito Estufa (GEE) aos níveis de 1990 no período entre 2008 e 2012, e o Acordo de Paris, assinado em 2015, que similarmente teve por objetivo incentivar os diversos Estados a cumprirem uma meta predefinida de redução dos níveis de GEE, diferindo-se, entretanto, este novo Tratado em relação ao anterior, entre outros pontos também importantes, pelo fato de que as metas de redução, mesmo para os países desenvolvidos, não estarem desta vez definidas no próprio Tratado, mas terem ficarem a cargo dos próprios Estados-parte na forma das Nationally Determined Contributions (NDCs) e que tem, cada vez mais, levado os Estados e a comunidade política internacional a repensarem os limites da soberania Estatal, a reformularem a tradicional hegemonia conservadora das relações internacionais e a buscarem uma maior valorização do desenvolvimento sustentável como princípio norteador das relações internacionais.

Aliada a esta evolução do Direito e da política internacional relativa à emergência climática, tem crescido a preocupação de que as mudanças climáticas serão um dos maiores responsáveis pelos deslocamentos forçados ao longo do século 21 (IDMC, 2016; MYERS, 2002; UNHCR, 2009; WARNER *et al.*, 2010). Algo que, quando entendido pelo prisma do compromisso internacional de busca do desenvolvimento, da paz mundial e da proteção da dignidade humana, impele-nos a procurar uma solução ampla e definitiva para a questão dos refugiados. A refletir a respeito da necessidade da criação de uma nova espécie de tutela protetiva sobre deslocados que agora abarcasse também, além dos seus critérios clássicos que ensejam a concessão de refúgio (a perseguição e ameaça à pessoa em razão da sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social), aqueles que agora são obrigados a se deslocar por causa de eventos climáticos extremos ou da grave deterioração da qualidade ambiental da sua região de origem: a criação do instituto jurídico da tutela dos refugiados do clima.

Esta situação evidencia o risco que corremos de vivenciar em breve a maior crise de refugiados na história da humanidade (IPCC, 2007 ; MYERS, 2002; WARNER *et al.*, 2010, entre outros) e revela-nos que as escolhas que fizermos nos próximos anos serão determinantes para o curso do progresso humano ao longo de todo o século 21. Que nos forcem, por conta disso, a repensar a estrutura básica da nossa sociedade e vários institutos clássicos do direito humano e do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), de forma a assegurar uma eficaz tutela protetiva à multidão de pessoas que serão gravemente afetadas pelas mudanças climáticas e seus eventos extremos. E a pensar que, no âmbito da segurança

humana, da proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente, não é mais tolerável que se continue a ignorar o grave impacto sobre a vida de 900 milhões de seres humanos que esta vertente da crise ambiental global vem ocasionando, levando-nos, cada vez mais, à certeza de que não podemos continuar ignorando os refugiados ambientais simplesmente porque não há modo institucionalizado de lidar com eles. Cenário que, conforme bem destaca Myers (2002), força-nos a expandir nossa abordagem aos refugiados em geral, a fim de incluir os refugiados ambientais em particular.

Este é um momento histórico no qual, como muito bem alertaram Ulrich Beck e Anthony Giddens, atesta-se a emergência da sociedade de risco por meio das ameaças ecológicas e que, inobstante a degradação ambiental tenha passado despercebida durante o processo de modernização, esta questão, em razão dos enormes riscos gerados, acentuou-se ao longo do último século. Um tempo também, conforme bem alertam o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR, 2016) e os estudos de Myers (2002), entre outros, em que se verifica que a questão dos refugiados climáticos já se mostra um dos maiores desafios à preservação da paz mundial e um dos mais graves problemas humanitários do século 21.

2.3 O desenvolvimento sustentável, o multilateralismo e a proteção internacional dos direitos humanos

Como já vimos, já se tem bastante certeza científica sobre o fato de que as mudanças climáticas já vêm tendo, e terão ainda mais, complexos, profundos, graves e prolongados impactos sobre os ecossistemas, os ciclos naturais, o futuro de todas as formas de vida na Terra e sobre infinitas dimensões dos aspectos sociais, ambientais e econômicos da vida humanas (IPCC, 2001, 2007, 2014b). Estudos apontam também que, se nada for feito para se manter o aquecimento dentro do patamar máximo de 2° C acima dos níveis pré-industriais, as consequências das mudanças climáticas serão imensamente mais catastróficas para a economia e a manutenção da vida humana da forma como a conhecemos no nosso planeta (IPCC, 2014a; STERN, 2008; SCHEFFRAN; BATTAGLINI, 2011).

Já vivemos, infelizmente, em um mundo no qual milhões de pessoas, em grande parte do mundo, sobretudo na África e na Ásia, vêm sendo forçadas a deixar suas casas para buscar refúgio em outros lugares ou países. Já temos também o conhecimento de que, caso as previsões dos efeitos adversos do clima sobre o meio ambiente e o funcionamento dos ecossistemas se concretizem, num futuro breve (até 2050) teremos no mundo todo em torno de 150 a 250 milhões de refugiados climáticos, ou seja, de pessoas obrigadas a deixar os seus lares, comunidades e os seus próprios territórios nacionais por conta das secas, desertificação, aumento do nível dos mares, perdas de lavouras, eventos climáticos extremos e outros efeitos adversos das mudanças climáticas (MYERS, 2002).

Muito correto parece, portanto, o pensamento da política norueguesa e então primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, a qual, na 44ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 1989, em Nova York, proferiu um discurso que reflete bem o espírito dos pensadores mais progressistas da época. Segundo ela, a globalização econômica em escala sem precedentes que atualmente vivemos, a revolução na informação, a biotecnologia e outras tecnologias, a liberalização dos mercados de capitais e a consequente

integração dos movimentos comerciais e financeiros, trazem consigo um grande risco de que os Estados-Nação passem a perder o controle sobre importantes aspectos das relações internacionais e da segurança humana. Alertou então a primeira-ministra, neste seu discurso na Assembleia Geral, que se nada fosse feito, num futuro muito próximo os governos nacionais seriam cada vez menos capazes de lidar com uma situação de interdependência global (BRUNDTLAND, 2018).

Para a ministra Brundtland, estaríamos vivendo um período de transição e as escolhas que fizemos nestas décadas do início da transição seriam determinantes para o curso do progresso humano ao longo do novo milênio que ainda não havia se iniciado. Um período em que, segundo ela, por conta dos riscos oriundos da ameaça nuclear, da crescente degradação do meio ambiente, da necessidade de combater a pobreza e diminuir as desigualdades e os demais riscos da sociedade industrializada moderna, seria imprescindível que o conceito de segurança humana passasse a incorporar dentro de si, em ampla escala, o conceito de sustentabilidade. Para a ministra, havia chegado o momento de unir a humanidade na busca da solução pacífica e solidária desses problemas, de unir esforços na busca de soluções pacíficas e compartilhadas para os problemas oriundos da crise ambiental e das mudanças climáticas (BRUNDTLAND, 2018).

Defendeu ela também, naquela mesma ocasião, que havia chegado a hora de uma renovação do compromisso de todos os Estados-Nação ali presentes em busca dessas soluções; que as mudanças climáticas globais estavam emergindo como o problema ambiental mais alarmante que a humanidade já havia enfrentado; que seria de fundamental importância a criação de instrumentos efetivos para a governança global sobre a questão das mudanças climáticas; que a criação de um fundo internacional e os trabalhos desenvolvidos no âmbito do IPCC seriam de importância fundamental para o avanço das discussões e para o alcance de efetivos mecanismos de solução do problema e, sobretudo, que a governança coletiva da interdependência global não seria um *slogan* vazio, que estaríamos enfrentando uma era em que as novas ameaças à nossa segurança devem receber a mesma atenção de alto nível que as questões tradicionais relativas à guerra e à paz, que certos elementos de supranacionalidade deveriam agora ser considerados em âmbito global, sendo os desafios do meio ambiente um exemplo disso, e que havia chegado a hora de um novo compromisso com o multilateralismo para a busca de soluções globais (BRUNDTLAND, 2018).

Passados mais de 30 anos deste discurso da primeira-ministra norueguesa à frente das Nações Unidas, teriam as suas previsões se concretizado? Para que lado avançaram os riscos ambientais à segurança humana e para que lado caminhou, ao longo destes anos, o multilateralismo? Qual a compreensão atual do papel da dimensão ambiental sobre a questão da segurança humana global? Estariam as previsões da primeira-ministra, ao menos neste aspecto, corretas?

Quanto a este último ponto, como vimos anteriormente, atualmente há amplo consenso de que a degradação ambiental global, se não se caracteriza como a maior ameaça à segurança humana global da atualidade, ao menos certamente constitui-se em uma das principais preocupações para a efetiva garantia e manutenção desta última, um elemento-chave desta com interconexões fortes sobre todas as outras dimensões. Consenso este que além destes dados levantados, baseia-se e materializa-se também na presença de grande parte da essên-

cia desta mesma conclusão em um grande número de importantes diplomas do Direito Internacional, de relatórios de diversos órgãos multilaterais, de relatórios de diferentes agências importantes de distintas potências mundiais, neles incluídos os comandos relativos a esta temática contidos na Declaração do Direito ao Desenvolvimento, de 1986, da Declaração do Rio, de 1992, e do Acordo de Paris, de 2015.

Entre estes, chama-nos especial atenção a presença de quase idêntico alerta a respeito da importância do aprimoramento da governança nacional e internacional do meio ambiente para o bom desenvolvimento dos povos e a manutenção da paz mundial, contido nas conclusões do Relatório de Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no ano de 1987. Documento internacional este no qual, há mais de 30 anos, já se destacava que *“formas insustentáveis de desenvolvimento empurram alguns Estados contra seus limites ambientais [...] e a competição pelo uso de recursos naturais comuns [...] pode fazer subir o nível dos conflitos internacionais e ameaçar a paz e a segurança internacionais”*.

De forma similar às conclusões do Relatório de Desenvolvimento Humano, de 1994, e também do relatório *“A more secure world: our shared responsibility”* do Painel Sobre Ameaças, Desafios e Mudanças do Secretariado Geral da ONU, o qual apontou *“a pobreza, doenças infecciosas e a degradação ambiental”* como sendo as maiores ameaças atuais à paz mundial. Neste mesmo aspecto também versa o Relatório *“Climate Change-Induced Water Stress and its Impacts on Natural and Managed Ecosystems”*, do Parlamento Europeu, do ano de 2008, assim como o Relatório *“World in Transition – Climate Change as a Security Risk”*, do Conselho Consultivo sobre Mudanças Climática do governo alemão, publicado em 2007, e também a Estratégia de Segurança Nacional dos EUA, publicada em maio de 2010.

A este respeito, importante destacar os alertas de Anthony Giddens expressos em seu livro *A Política das Mudanças Climáticas*, no qual o autor, analisando em especial este cenário complexo e interdependente de crises oriundas das mudanças climáticas, alerta para os processos e interesses que promovem a divisão e envolvem interesses econômicos, socioambientais, geopolíticos e militares de grande peso. E, que por conta disto, as questões ligadas à mudança climática – especialmente se em conjunto com interesses da indústria de energia – apesar de à primeira vista poder nos parecer um cenário que inexoravelmente nos guiará para um panorama de cooperação internacional, trata-se de um grave problema global que facilmente também pode enveredar para um aumento das hostilidades internacionais e um quadro de rápida deterioração da segurança humana mundial. Situação pessimista esta que, caso venha a ocorrer, ressalta o autor que as metas prioritárias de reduzir as emissões poluentes podem vir a se tornar vítimas de uma luta competitiva pelos recursos naturais, uma questão a exacerbar o quadro de tensões e divisões existente entre muitos dos Estados-Nações modernos (GIDDENS, 2010, p. 249-253).

Hoje é bastante seguro afirmar que a degradação ambiental global constitui uma grande ameaça à segurança humana. Um fenômeno de causa humana que se constitui em uma séria ameaça à segurança e saúde alimentar de milhares de pessoas, tendo também um grande potencial de se tornar uma criadora e impulsionadora de deslocamentos ambientais, além de um fenômeno que, ao que tudo indica, causará um considerável declínio econômico destas populações, além de grandes inundações de áreas costeiras e uma maior degradação da terra

e dos recursos de água doce (BARNETT, 2009; BARNETT; ADGER, 2007; HARTMANN, 2010; MATTHEW, 2018; REUVENY, 2007; SCHEFFRAN; BATTAGLINI, 2011). Constata-se que estava bastante correta a preocupação destes vários autores aqui citados quanto aos prováveis impactos sobre os direitos humanos e a dignidade humana da presente e futuras gerações em uma escala global. Muito acertada e visionária também a previsão da primeira-ministra Brundtland quanto a este aspecto.

Acertada também a visão daqueles autores mais recentes, que vêm criticando o fato de que, por muitos anos, as negociações multilaterais e a instituição de políticas globais atreladas às mudanças climáticas estiveram muito centradas na lógica de construção de consenso e na adoção voluntária por parte dos Estados de políticas de mitigação e adaptação voltadas ao enfrentamento da questão, sem maiores meios coercitivos do Direito Internacional capazes de controlar a efetividade dos programas estatais ou de cobrar de cada Estado-Parte um maior compromisso ou uma maior efetividade das suas metas e programas. Compromissos internacionais que historicamente sempre ocorreram de forma independente e, em paralelo, à evolução legislativa e doutrinária e à sistemática protetiva do sistema internacional dos direitos humanos (HUMPHREYS, 2010, p. 4). Um processo em que, cada vez mais, a rígida e formal linguagem dos direitos humanos contrasta com a suave, dinâmica, pragmática e substantiva linguagem do regime jurídico internacional das negociações da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (CQNUMC ou UNFCCC).

Nesse sentido, é algo que, como vimos anteriormente, tem levado vários autores a defender que a proteção internacional do meio ambiente, centrada em grande parte na cooperação voluntária dos países, no uso de instrumentos internacionais de natureza pouco vinculante (*soft law*), na aceitação voluntária do princípios do “desenvolvimento sustentável” e no não reconhecimento dos problemas ambientais como uma questão de direitos humanos propriamente dita, por si só não é uma abordagem capaz de assegurar bons níveis de qualidade ambiental (TURNER, 2005; HUMPHREYS, 2010, KNOX; PEJAN, 2018), entre outras obras e autores.

Faz-se necessário, na visão destes muitos autores, uma radical transformação na forma como atualmente o Direito Internacional lida com esta interconexão de crises, uma transformação político-normativa que, tal como a Comissão de Direitos Humanos da ONU tem sustentado, viesse a conferir uma holística e ampla visão de futuro e uma forma prática de se lidar com os problemas ambientais. Uma abordagem que, além fazer com que tais direitos fossem imediatamente reconhecidos e aplicados, imporia aos Estados e órgãos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos o dever de aprimorarem, em âmbito global e regional, todo um conjunto de leis e procedimentos relacionados às tomadas de decisão ambientais. A defenderem também diversas vantagens que a abordagem dos direitos humanos para o enfrentamento das mudanças climáticas poderia vir a constituir uma mudança de paradigmas que na visão destes autores conectaria estas crises a uma visão mais holística, interdisciplinar e integrada do desenvolvimento e traria inúmeros benefícios recíprocos para estas duas áreas do Direito e da política internacional.

Em estágio ainda mais incipiente e pouco eficaz do que o próprio regime jurídico do clima, até muito recentemente, encontrava-se a situação específica da proteção dos direitos humanos das massas de deslocados derivadas desses eventos climáticos relacionados à emer-

gência do clima. Ramo da política e do Direito Internacional que, ao contrário das tratativas voltadas à cooperação para a mitigação e adaptação em geral às mudanças climáticas que têm se desenvolvido no âmbito da CQNUMC, até recentemente encontrava-se totalmente carente de um maior amparo jurídico do Direito Internacional. Algo que só muito recentemente, com a entrada em vigor do Acordo de Paris, em 2015, e com a recente adoção em 2018 por mais de 160 países do Pacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular, começou a se alterar.

Um ramo do Direito Internacional, portanto, que até há bem pouco tempo muito avançou para o reconhecimento da vulnerabilidade destas grandes massas de afetados da emergência climática global e que, só muito recentemente, começou a dar sinais de mudança desta postura de grave omissão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Destaca-se que, até então, à exceção de alguns casos particulares regionais de excepcional reconhecimento institucional em tratados regionais dessas espécies de refugiados, não possuía em nenhum diploma de maior poder coercitivo e escala global, um instrumento jurídico de força internacional que efetivamente assegurasse a esses deslocados do clima o formal reconhecimento da sua condição de refugiados. E que, mesmo com os avanços recentes, ainda não se pode dizer que nos dias atuais exista no conjunto de tratados, normas e diplomas, um ordenamento jurídico capaz de efetivamente assegurar a efetiva proteção desses migrantes e deslocados, o seu acolhimento e asilo, a eficaz tutela protetiva à sua vida e integridade física. Um ordenamento que efetivamente os proteja em escala global de violências estatais que possam agravar ainda mais a sua condição de afetados pelas mudanças climáticas, tal como atos abusivos de extradição coletiva e forçada ou atos discriminatórios que não lhes garantam, em seus locais de “asilo”, os mesmos direitos e nível de proteção assegurados aos refugiados políticos em geral.

Neste aspecto é preciso alertar, portanto, que apesar da amplitude e seriedade do problema, a despeito dos dados alarmantes das previsões do número de pessoas que serão em um futuro próximo muito provavelmente afetadas de forma drástica pelos eventos extremos do clima e se tornarão refugiados ambientais e/ou climáticos, infelizmente, até o presente momento não existe um instrumento jurídico próprio que confira a esta espécie de deslocados forçados a concreta e categórica condição de refugiados. A bem da verdade, pouco existe, até o presente momento, uma clara definição do que realmente viria a ser um refugiado ambiental e/ou climático, não tendo, como talvez fosse desejável pela primeira-ministra Brundtland, a política e o Direito Internacional avançado o suficiente ainda neste aspecto das negociações multilaterais.

Constata-se, desse modo, que quanto a este ponto, a atual norma internacional fundamental para o reconhecimento e proteção dos refugiados – a Convenção de Genebra de 1951 – ainda não reconhece os refugiados ambientais e/ou climáticos como sendo verdadeiros refugiados, não conferindo a estes os mesmos direitos e tratamentos que o Direito Internacional atualmente obriga os Estados a conferirem aos demais refugiados. Não se sabe ao certo, também, como o Direito Internacional passará a interpretar esta norma em leitura conjunta com a redação do Pacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular que, apesar de ser um tratado e por essa razão um instrumento de pouco poder coercitivo, claramente busca assegurar aos deslocados ambientais o mesmo *status* protetivo assegurado às demais

classes de refugiados. Anomia no Direito Internacional que se revela, desta forma, um grande obstáculo à efetiva proteção da dignidade humana desta massa de deslocados. É uma falha protetiva que tem como ponto central da sua existência o fato de o termo “refugiado” utilizado na Convenção de Genebra, mesmo após a atualização efetivada pelo Protocolo de 1967, até os dias atuais, ainda se basear no seguinte conceito legal de refugiados:

“[...] qualquer pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse” (Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados, artigo 1º, §1, alínea c).

Constata-se, portanto, como bem destacado por Rodrigues e Junior (2017), que da simples leitura da definição legal de refugiado anteriormente apresentada, o fato de trazer em si uma restrição conceitual que se mostra rigidamente apegada à noção de perseguição e grave ou iminente violação a direitos civis e políticos em seu país de origem, faz com que a norma não permita o reconhecimento dos refugiados ambientais e/ou climáticos como sendo verdadeiros refugiados. Não se enquadram, desse modo, ao menos no âmbito global do sistema ONU, os migrantes ambientais, uma classe de pessoas abarcadas pelo sistema tradicional de proteção internacional dos refugiados e protegidos pelo ordenamento típico da Convenção de 1951.

Algo bastante distinto, no entanto, ocorre no âmbito de alguns sistemas regionais de direitos humanos do mundo, em especial dos sistemas africano e americano, nos quais existem algumas iniciativas no sentido de ampliar o alcance normativo do conceito de refugiado, tais como a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 (OUA) e a Declaração de Cartagena de 1984.

Desse modo, corretas, visionárias e muito necessárias de resgate e reafirmação as palavras da ministra Brundtland, que já nos anos 70, bem antes do total florescimento e evidência dos problemas ambientais de escala global e das mudanças climáticas, proclamavam que o meio ambiente é “essencial para o bem-estar e para o gozo de direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida”, e que todo o ser humano tem o direito fundamental à “liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna”.

Uma visão de governança global para a resolução dos problemas ambientais e do aquecimento global que só viria a ser instituída muitos anos mais tarde, contendo também, neste discurso, uma visão de cooperação internacional para a questão do meio ambiente que, em grande parte, condiz com os princípios de Direito e compromissos multilaterais estabelecidos, por exemplo, na Declaração Sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, adotada em 1997 pela Conferência Geral da Unesco, a qual estabeleceu que a fim de garantir que as gerações futuras se beneficiem das riquezas dos ecossistemas da Terra, “as gerações presentes devem juntar esforços em prol do desenvolvimento sustentável e preservar as condições de vida, particularmente a qualidade e a integridade do meio ambiente”. Há também, na visão de multilateralismo e governança global contida na fala da primeira-ministra Gro Harlem, muita sincronia com os principais compromissos estabelecidos em diversas outras Convenções, Compromissos e Tratados Internacionais de Meio Ambiente,

entre os quais aqueles presentes na Declaração do Rio, na Agenda 21, no Protocolo de Kyoto, na Convenção de Basileia, na Convenção de Cartagena, no Compromisso de Johannesburgo e no recém-celebrado Acordo de Paris.

Um discurso, que além de atento e bem consciente da gravidade e riscos oriundos da Modernidade Tardia e da Crise Ambiental da Modernidade Tardia, mostrou-se também muito bem sintonizado e ancorado em antigas proposições teóricas que se pautavam no utópico, mas universalmente desejável, objetivo de perpetuação da manutenção da paz, tais como o projeto kantiano de paz perpétua, ou as ideias do pacifismo jurídico de Hans Kelsen, Norberto Bobbio, entre outros. Algo que, lido neste contexto, mostra-se um conjunto de pensamentos que corre na mais perfeita sintonia com os princípios e objetivos, tanto da Declaração das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano quanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Em perfeita harmonia também com os objetivos originais que levaram à criação da Organização das Nações Unidas, a qual, conforme termos do preâmbulo, artigos 1º e 2º do seu ato constitutivo (Carta da ONU), estabelece como um dos seus objetivos fundamentais o propósito de manter a paz e a segurança internacional por meio da adoção coletiva de medidas efetivas para se evitar ameaças à paz, ou a sua ruptura, reprimir atos de agressão, buscar a solução pacífica de controvérsias e fomentar a cooperação internacional para a solução dos problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários da sociedade internacional e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (AMORIM, 2015; ONU, 1948).

Evoluções estas dos instrumentos multilaterais de solução pacífica das controvérsias internacionais que, infelizmente, se examinarmos o atual cenário mundial, verificaremos que houve nos últimos anos, em grande parte pela política que vem sendo adotada pelo presidente Donald Trump de retirada dos Estados Unidos do Acordo de Paris, de fomento à economia do carvão e de endurecimento nas políticas migratórias norte-americanas, mas também pelo conjunto de crises econômicas observadas nos últimos anos, pelo surgimento e agravamento de várias crises de refugiados mundo afora, pela ascensão ou aumento da influência de setores ultraconservadores ou de extrema direita em vários lugares ao redor do mundo, que enfrentamos atualmente um momento muito delicado e de grandes riscos para a sobrevivência e avanço das ações humanitariamente progressistas do sistema ONU e das negociações multilaterais no âmbito das negociações do clima, algo que poderia vir a representar uma perda significativa do potencial destas negociações serem capazes de alcançar os almejados objetivos do Acordo de Paris.

Ascensão da direita e extrema direita que também tem causado grandes transformações no Brasil e América Latina e, nesta região, levado a um preocupante cenário de enfraquecimento das políticas e agendas ambientais e sociais progressistas. Uma mudança de rumos que segue o mesmo padrão do também observado em outros países onde, nestes últimos anos, houve ascensão de líderes de extrema direita e que, ao menos no âmbito regional da América Latina, se não causada, foi em grande parte impulsionada pelas recentes crises econômicas mundiais que contribuíram para o fim do superciclo das *commodities* iniciado no ano de 2003 (KUMANO, 2018), algo que, evidentemente, não foi a única causa mas que, aliado a outros fatores da política interna de cada um destes países, reascendeu e unificou forças conservadoras e neoliberais em boa parcela destes países.

Vem ocorrendo uma alternância do pêndulo político, que em termos regionais e globais tende a ser um complicador a mais para este cenário, ao menos em escala regional, posto que tem contribuído para um deslocamento do pêndulo esquerda-direita em muitos dos países da América Latina (FAGNANI, 2017; CARVALHO, GUERRA, 2016) e, ao menos no Brasil, contribuído para a ascensão de um governo de extrema-direita. Preocupante porque estes políticos e partidos de direita e/ou extrema-direita, no Brasil e no mundo, têm, em grande parte do seu conjunto de propostas e planos de governo, em geral, apresentado um discurso negacionista e/ou de forte resistência diante da questão das mudanças climáticas, favorável à economia do petróleo e um conjunto de propostas que em geral representam graves ameaça para a manutenção e promoção da proteção dos direitos humanos, políticos, civis e ambientais, no âmbito interno e externo, por parte desses países.

3 CONCLUSÕES

Conclui-se ao final deste trabalho que vivemos um tempo em que a questão dos refugiados climáticos mostra-se um dos maiores desafios à preservação da paz mundial e um dos mais graves problemas humanitários do século 21. Constata-se que existem largas evidências científicas que apontam para inúmeros e graves impactos socioambientais em razão das mudanças climáticas. Impactos estes que repercutirão nos próximos anos de maneira grave sobre a vida de um grande número de pessoas no planeta, em especial sobre as populações de regiões mais sensíveis e sobre aquelas dos países pobres e/ou em desenvolvimento. Já no que se refere à migração humana, será um fenômeno que certamente fará com que ocorra, nas próximas décadas, um grande aumento do número de deslocamentos do clima em situação de grande vulnerabilidade.

Razão pela qual parece estar bastante correta a compreensão de Myers (2002) de que chegamos em um momento da nossa história de vida em sociedade em que se torna urgente a necessidade de ampliar e aprofundar nossa compreensão a respeito da crise de refugiados ambientais, estabelecendo as causas do problema – não apenas causas ambientais, mas também problemas associados, mais a interação dos dois conjuntos de forças. Um período em que a eficaz proteção dos direitos humanos e do meio ambiente mostram-se questões altamente conectadas e interdependentes, considerando que a eficaz proteção da dignidade humana nas próximas décadas parece depender fortemente do maior reconhecimento do direito humano ao meio ambiente saudável e da criação de um eficaz instrumento global de proteção deste direito.

Razão pela qual não se mostra justa ou aceitável que a definição atual de refugiados continue a se basear no arcaico e restrito conceito da Convenção de Genebra, não se mostrando coerente com os princípios do Direito Internacional e proclamados na DUDH, que o estatuto jurídico internacional de refúgio continue a não reconhecer aos refugiados climáticos a mesma esfera mínima de proteção que já é há muito tempo assegurada às outras classes de deslocados. Também não é tolerável que a atual anomia no Direito Internacional em relação à tutela protetiva dos deslocados do clima continue a constituir um empecilho para que os Estados e a sociedade global como um todo passem a atuar de forma mais coordenada, consciente e eficaz de modo a mitigar ou evitar as consequências mais severas desta grande crise

de refugiados na história da humanidade. Este é um cenário que nos revela que as escolhas que fizermos nos próximos anos serão determinantes para o curso do progresso humano ao longo de todo o século 21.

Um cenário que nos força a repensar a estrutura básica da nossa sociedade e vários institutos clássicos do direito humano e do SIPDH de forma a assegurar uma eficaz tutela protetiva à multidão de pessoas que virão a se tornar gravemente afetadas pelas mudanças climáticas e seus eventos extremos. E leva-nos, invariavelmente, à conclusão de que não é mais tolerável que se continue a ignorar o forte impacto sobre a vida de milhões de pessoas simplesmente porque não há um modo institucionalizado de lidar com elas. A ter a certeza de que é preciso expandir a tutela protetiva do Direito Internacional assegurada aos refugiados no seu sentido clássico, de modo a incluir, no estatuto do Direito Internacional, também todas as distintas espécies de deslocados internacionais do clima.

Uma conjunção de crises e aproximação dos Direitos Humanos às questões de meio ambiente que leva-nos à conclusão de que, a despeito dos avanços regionais na tutela protetiva aos refugiados climáticos conferidas pelo advento da Convenção da Organização de Unidade Africana, de 1969, e apesar dos recentes avanços relativos à questão da proteção dos refugiados do clima presentes no Acordo de Paris, derivadas também do Pacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular, celebrado em 2018, até o presente momento nem o Direito Internacional nem o sistema internacional de proteção dos direitos humanos mostram-se como instituições e instrumentos capazes de efetivamente assegurar um bom nível de proteção da dignidade humana da grande massa de afetados pelas mudanças do clima. Existe a certeza, portanto, de que ainda vivemos um período de grande vulnerabilidade em termos de proteção dos direitos humanos mais básicos para gigantescas massas de indivíduos e um tempo de grande apreensão para os direitos humanos internacionais.

Uma evolução do Direito Internacional que se mostra urgente e fundamental, tanto para a preservação das boas relações internacionais entre os países quanto para evitar um infundável número de abusos sobre direitos humanos básicos de milhões de pessoas no presente momento e ainda mais ao longo de todo o curso deste longo e tortuoso século. Evoluções do Direito Internacional e dos instrumentos multilaterais de solução pacífica das controvérsias que, infelizmente, precisamos urgentemente agir de modo a evitar que a ascensão de setores ultraconservadores ou de extrema-direita em vários lugares ao redor do mundo continuem a dilapidar as suas bases. E que, para a sua sobrevivência e contínuo avanço protetivo, precisamos atentar para os riscos que a confluência desta crise com a dos interesses de certos setores conservadores da economia global, oferecem para a geopolítica global e continuidade do avanço dos objetivos e metas progressistas do sistema ONU e da política internacional. Ressalte-se que, se não forem criadas coalizões ou mecanismos de Direito para proteção ao retrocesso, isso pode vir a representar uma perda significativa do potencial destas negociações serem capazes de alcançar os almejados objetivos do Acordo de Paris.

4 REFERÊNCIAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Tendências ACNUR*. 2016. Disponível em: <http://www.acnur.es/PDF/Tendencias2016.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

ADGER, W. Neil *et al.* Governance for sustainability: towards a “thick” analysis of environmental decision making. *Environment and planning A*, v. 35, n. 6, p. 1.095-1.110, 2003.

- AMORIM, J. A. A. *A ONU e o meio ambiente – direitos humanos, mudanças climáticas e segurança no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARENT, D. J. *et al.* The status and prospects of renewable energy for combating global warming. *Energy Economics*, v. 33, Issue 4, p. 584-593, jul. 2011.
- BARNETT, J. The prize of peace (is eternal vigilance): A cautionary editorial essay on climate geopolitics. *Climatic Change*, v. 96, n. 1, p. 1-6, 2009.
- BARNETT, J.; ADGER, W. N. Climate change, human security and violent conflict. *Political Geography*, v. 26, n. 26, p. 639-655, 2007. Disponível em: www.elsevier.com/locate/polgeo. Acesso em: 13 dez. 2018.
- BATES, D. C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, 2002.
- BAYLIS, J.; SMITH, S.; OWENS, P. *The globalization of world politics : an introduction to international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BECK, U. *Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo, SP: Editora 34, 2010.
- BELL, D. R. Environmental refugees: what rights? which duties? *Res Publica*, v. 10, n. 2, p. 135-152, 2004.
- BENJAMIN, A. H. V. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça, 1998.
- BILEN, K. *et al.* Energy production, consumption, and environmental pollution for sustainable development: A case study in Turkey. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 12, Issue 6, p. 1.529-1.561, ago. 2008.
- BILGEN, S. *et al.* Global warming and renewable energy sources for sustainable development: A case study in Turkey. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 12, Issue 2, p. 372-396, fev. 2008.
- BOBBIO, N. *O terceiro ausente : ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Organização Pietro Polito. Prefácio Celso Lafer. Barueri, SP: Ed. Manole, 2009.
- BOYD, D. R. Catalyst for Change: evaluating forty years of experience in implementing the right to a health environment. In: KNOX, John H.; PEJAN, Ramin. *The Human Right to a Healthy Environment*. New York, NY: Cambridge University Press, 2018.
- BOYLE, A. Human Rights and the Environment: Where Next? *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 613-642, 2012.
- BRUNDTLAND, G. H. For Global Cooperation on Environmental Problems. *Population Council*, v. 15, n. 4, p. 784-787, 2018.
- BULKELEY, H. *et al.* Governing Sustainability: Rio+20 and The Road Beyond, *Environment and Planning C: Government and Policy* 2013, v. 31, p. 958-970. DOI: 10.1068/c3106ed.
- BULKELEY, H. Reconfiguring environmental governance: Towards a politics of scales and networks. *Political Geography*, v. 24, p. 875-902, 2005.
- CARVALHO, Alba Maria P. de; GUERRA, E. C. Brasil no século XXI na geopolítica da crise: para onde apontam as utopias? *Revista de Políticas Públicas*, v. 20, número especial, p. 267-280, 2016.
- CELIKATES, R. *et al.* *Transformations of Democracy: crisis, protest and legitimation*. Maryland: Rowman & Littlefield, 2015.
- CQNUMC, ONU. *Protocolo de Kyoto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.
- CRUTZEN, Paul J. Geology of mankind. *Nature*, v. 415, n. 6867, p. 23. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1038/415023a>.
- CRUTZEN, Paul J. The antropocene: The current human-dominated geological era. Pontifical Academy of Sciences, n. *Acta* 18, p. 199-293, 2006. Disponível em: <http://www.pas.va/content/dam/accademia/pdf/acta18/acta18-crutzen.pdf>.
- CULLET, Philippe. Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 13, n. 1, p. 25-40, 1995.
- DALY, E.; MAY, J. R. Learning from Constitutional Environmental Rights. In: KNOX, John H.; PEJAN, Ramin. *The Human Right to a Healthy Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, New York, NY. 2018.
- DAHLMAN, C. Technology, globalization, and international competitiveness: Challenges for developing countries. In: *Industrial Development for the 21st Century: Sustainable Development Perspectives*. New York, 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/sustdev/publications/industrial_development/full_report.pdf. Acesso em: 21 maio 2019.
- DINCER, Ibrahim. Environmental impacts of energy. *Energy policy*, v. 27, n. 14, p. 845-854, 1999. DOI: 1999.10.1016/S0301-4215(99)00068-3.

- DINCER, I. Renewable energy and sustainable development: a crucial review. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 4, Issue 2, p. 157-175, jun. 2000. DOI: 10.1016/S1364-0321(99)00011-8.
- DOBSON, A. *Justice and the environment: Conceptions of environmental sustainability and theories of distributive justice*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- FACHIN, M. G. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015.
- FAGNANI, E. O fim do breve ciclo da cidadania social no Brasil (1988-2015). *Texto para Discussão*, Unicamp, Instituto de Educação, v. 308, 2017.
- FLORINI, A. *The coming democracy: new rules for running a new world*. Washington, D.C: Island Press, 2003.
- FOX-PENNER *et al.* *Smart Power: Climate Change, the Smart Grid, and the Future of electric utilities*. 2. ed., 2010. ISBN-13: 978-1610915892.
- GIDDENS, A. *A política da mudança climática*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 314 p.
- GLASBERGEN, P.; BIERMANN, F.; MOL, A. P. J. (ed.). *Partnerships, governance and sustainable development: Reflections on theory and practice*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2007.
- HARTMANN, B. Rethinking climate refugees and climate conflict: Rhetoric, reality and the politics of policy discourse. *Journal of International Development*, Nova Jersey, EUA: John Wiley & Sons, v. 22, n. 2, p. 233-246, 2010. Disponível em: <http://doi.wiley.com/10.1002/jid.1676>. Acesso em: 14 dez. 2018.
- HISKES, R. P. *The human right to a green future: Environmental rights and intergenerational justice*. New York, NY: Cambridge University Press, v. 27, n. 4, p. 1-171, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511575396>.
- HUMPHREYS, S. Introduction: human rights and climate change. In: HUMPHREYS, Stephen (Ed.). *Human rights and climate change*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.
- IDMC. Internal Displacement Monitoring Centre. *IDMC Annual Report 2015*. Geneva, Switzerland. 2016. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/201607-annual-report-2015-en.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.
- IPCC. *Climate Change 2001: Synthesis Report - A Report of Working Group I of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, 2001.
- IPCC. *Climate Change 2007: Synthesis Report. Summary for Policymakers*. Cambridge University Press, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1136/bmj.39420.654583.25>.
- IPCC. *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]*. IPCC, Geneva, Switzerland, 2014a. 151 p. Disponível em: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf.
- IPCC. *Climate Change 2014. Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, UK, Nova Iorque, USA: Cambridge University Press, 2014b.
- ISSAR, A. S.; ZOHAR, M. *Climate change: environment and history of the Near East*. Berlin: Springer, 2007.
- IVANOVA, M. Designing the United Nations Environment Programme: a story of compromise and confrontation. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Germany: Springer Netherlands, v. 7, n. 4, p. 337-361, 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s10784-007-9052-4>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- KARIN, B. *et al.* (ed.). *Environmental politics and deliberative democracy: Examining the promise of new modes of governance*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2010.
- KNOX, J. H.; PEJAN, R. *The Human Right to a Healthy Environment*. New York, NY: Cambridge University Press, 2018.
- KUMANO, M. Y. El ciclo electoral 2017-2019 en América Latina. *bie3: Boletín I.E.E.E.*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, n. 10, p. 624-640, 2018. ISSN-e 2530-125X. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6555529>. Acesso em: 11 dez. 2018.
- LEFTWICH, A. Governance, democracy and development in the Third World. *Third World Quarterly*, v. 14, n. 3, p. 605-624, 1993.
- LEITE, J. R. M.; SILVEIRA, P. G.; BETTEGA, B. Princípios estruturantes do Estado de Direito para a Natureza. In: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. (org.). *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da Natureza*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 166-201.
- MASON, M. *Environmental democracy: A contextual approach*. Abingdon, Inglaterra, Reino Unido: Routledge, 2012.

- MATTHEW, R. A. Climate change adaptation and peacebuilding. In: SWAIN, A.; ÖJENDAL, J. *Routledge Handbook of Environmental Conflict and Peacebuilding*. Londres: Routledge, 2018. p. 108-120.
- MCLEAN, R. F. *et al.* Coastal Zones and Marine Ecosystems. In: *Climate Change 2001: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2001. p. 343-379.
- MYERS, N. Environmental refugees: A growing phenomenon of the 21st century. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 357, n. 1.420, p. 609-613, 2002.
- OHCHR. United Nations High Commissioner for Human Rights. *Key Messages on Human Rights and Climate Change*. 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf> e https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/KeyMessages_on_HR_CC.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.
- ONU. *World Economic Situation and Prospects 2018*. 2018.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas: Paris/França, 1948.
- PAINTER, D. S. *The Cold War: an international history. The making of the contemporary world*. Londres, Nova Iorque: Routledge, 1999.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REUVENY, R. Climate change-induced migration and violent conflict. *Political Geography*, v. 26, n. 6, p. 656-673, 2007. Pergamon. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0962629807000601>. Acesso em: 14 dez. 2018.
- ROCKSTRÖM, J. *et al.* Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity. *Ecol. Soc.* 14, 32 (2009). Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>.
- RODRIGUES, V. M.; JUNIOR, A. L. Refugiados ambientais: da necessidade de proteção jurídica internacional. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 1, p. 355-368, 2017.
- SACHS, W. *Environment and human rights*. *Development*, v. 47, n. 1, p. 42-49, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/palgrave.development.1100016>.
- SCHEFFRAN, J.; BATTAGLINI, A. Climate and conflicts: The security risks of global warming. *Regional Environmental Change*, v. 11, n. SUPPL. 1, p. 27-39, 2011.
- SHELTON, D. Human Rights and the Environment_what specific environmental rights have been recognized? *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, v. 35, n. 1, p. 129-171, 2008.
- SHIVA, V. *Earth democracy: Justice, sustainability and peace*. Londres: Zed Books, 2016.
- SHRADER-FRECHETTE, K. *Environmental Justice : Creating Equity, Reclaiming Democracy*. Oxford: Oxford University Press, Incorporated, 2006.
- STEFFEN, W. *et al.* The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, v. 369, n. 1.938, p. 842-867, 2011.
- STERN, N. The economics of climate change. *American Economic Review*, v. 98, n. 2, p. 1-37, 2008.
- TURNER, S. The Human Right to a Good Environment – The sword in the stone. *Non-State Actors and International Law*, v. 4, n. 3, p. 277-301, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/1571807042794663>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Trade and Development Report 2017*. Current Trends And Challenges in The World Economy, 2017.
- UNHCR. *In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*. 2009.
- VIOLA, E.; FRANCHINI, M.; RIBEIRO, T. L. *Sistema internacional de hegemonia conservadora: governança global e democracia na era da crise climática*. São Paulo: Annablume, 2013.
- WARNER, K. *et al.* Climate change, environmental degradation and migration. *Natural Hazards*, Springer Netherlands, v. 55, n. 3, p. 689-715, 2010. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s11069-009-9419-7>. Acesso em: 14 dez. 2018.
- WESTON, B. H.; BOLLIER, D. Toward a recalibrated human right to a clean and healthy environment: making the conceptual transition. *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 4, n. 2, p. 116-142, 2013.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.260-279>

Cyberbullying: Intimidação Sistemática, Constrangimento Virtual e Consequências Jurídicas

Mateus de Oliveira Fornasier

Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, Brasil) (2013). Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido) (2018-2019). Professor/pesquisador da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação da tecnologia, inteligência artificial e Direito, filosofia da tecnologia, democracia eletrônica e cidadania digital.
<http://lattes.cnpq.br/3316861562386174>. <https://orcid.org/0000-0002-1617-4270>. mateus.fornasier@unijui.edu.br

Tiago Protti Spinato

Graduação em Direito e Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direitos humanos, atuando principalmente nos temas relacionados com as novas tecnologias e seus fatores de inclusão e exclusão referentes aos direitos humanos.
<http://lattes.cnpq.br/1084101397448884>. <http://orcid.org/0000-0002-9389-5151>. tiago.spinato@gmail.com

Fernanda Lencina Ribeiro

Bacharelado em Direito (2018) pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Advogada inscrita na OAB/RS n. 118.405. Integrante do Grupo de Extensão Educação e Informação em Direitos Humanos e do Grupo de Extensão Cinema e Direitos Humanos. Atua principalmente nos temas: novas tecnologias e direitos humanos.
<http://lattes.cnpq.br/8573583848437193>. <http://orcid.org/0000-0002-1821-4037>. fernandalencinaribeiro@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem o escopo de compreender a relevância jurídica da discussão sobre o *cyberbullying*. Sua hipótese é de que as atuais formas de relações sociais digitais acarretam a possibilidade de abuso, de forma similar ao que ocorre presencialmente – porém de modo potencializado pela complexidade, pelo alcance e pela velocidade que as redes sociais oferecem. Como resultados, tem-se que as relações nas redes sociais replicam práticas abusivas que ocorrem também fisicamente, causando danos morais e existenciais. Diante disso é necessário que existam análises e práticas cuidadosas desse tipo de prática, em um esforço conjunto entre Estado, escolas, famílias e administradores de redes sociais, para que possam ser coibidas. Metodologia: método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Ciberespaço. Cyberbullying. Constrangimento. Crimes virtuais.

CYBERBULLYING: SYSTEMATIC INTIMIDATION, VIRTUAL EMBARRASSMENT AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

This article aims to understand the legal relevance of the discussion on cyberbullying. Its hypothesis is that the current forms of digital social relations lead to the possibility of abuse, similarly to what happens in person – however, in a way that is enhanced by the complexity, reach and speed that social networks offer. As a result, relationships in social networks replicate abusive practices that also occur physically, causing moral and existential damage. In view of this, it is necessary that there are careful analyzes and practices of this type of practice, in a joint effort between the State, schools, families and social media controls, so that such practices can be restrained. Methodology: hypothetical-deductive procedure method, with a qualitative and technical approach to bibliographic-documentary research.

Keywords: Cyberspace. Cyberbullying. Embarrassment. Virtual crimes.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Noções gerais acerca do *cyberbullying*. 2.1 O *cyberbullying* e sua prática na atualidade. 2.2 O estudo da problemática do *cyberbullying*. 3 Prevenção e combate ao *cyberbullying*. 3.1 O futuro da prática do *cyberbullying*. 3.2 O efetivo combate ao *cyberbullying*. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 14/4/2020

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica que influencia radicalmente a sociedade e a humanidade altera maneiras de se relacionar, como o advento de novas formas de comunicação e interação entre indivíduos, empresas, instituições e até mesmo *softwares* inteligentes de aprendizado de máquina (*machine learning*) e máquinas em si (inteligência artificial, Internet das coisas, etc.). Muitas vezes essas mudanças apresentam resultados positivos para a sociedade, facilitando o compartilhamento de conhecimentos e acelerando processos, mas podem mostrar o lado oposto da moeda, e entre tais consequências negativas se tem a tradução do *bullying* – constrangimento imposto por uma figura (indivíduo ou grupo) contra alguém a quem persegue, causando a este humilhação social, danos psicológicos e/ou físicos – que acontecia presencialmente, para os ambientes de rede virtuais, ocasionando então o fenômeno do *cyberbullying*.

Para exemplificar e demonstrar que o ser humano pode demorar para absorver novas tendências, mas quando o faz, normalmente desenvolve seu lado pernicioso tanto quanto benéfico, um estudo da Healio (Infectious Diseases In Children) constatou que a pandemia mundial da Covid-19 pode ser um fator de aumento para os casos de *cyberbullying*. Com o significativo número de vítimas e de possíveis agressores no mundo virtual, somados à determinação de quarentena, os números aumentaram e revelaram que a sociedade ainda precisa evoluir no que diz respeito ao seu modo de comunicar (CROSS, 2020).

Isso evidencia que a mudança dos paradigmas pode alterar o uso da tecnologia e fazer com que comportamentos nocivos sejam mais recorrentes e danosos, como nesse exemplo em que podemos visualizar uma alteração da prática do *cyberbullying* por uma questão extraordinária. Assim, qualquer mudança no nosso estilo de vida normalmente vai refletir no comportamento virtual dos seres humanos, podendo ser isso algo positivo ou negativo, e também demonstrando que estamos intrinsecamente ligados ao mundo virtual, com nossos costumes constituindo-se fatores de alteração do comportamento digital.

O problema que guiou esta pesquisa pode ser descrito na seguinte interrogação: Há diferenças fundamentais entre o *bullying* que tradicionalmente ocorria de modo presencial e o novo fenômeno do *cyberbullying*? Como hipótese que responde provisoriamente a tal questionamento, tem-se que as atuais formas de relações sociais digitais acarretam a possibilidade de abuso, de forma similar ao que ocorre presencialmente – porém de modo potencializado pela complexidade, pelo alcance e pela velocidade que as redes sociais oferecem.

O objetivo deste trabalho é estudar como se configura o *cyberbullying*, expondo como causa danos à moral, à psiquê e, muitas vezes, à vida de muitas pessoas que, por estarem em um ambiente tão vasto e cheio de possibilidades quanto a rede mundial de computadores, muitas vezes são atacadas de forma sistemática por agressores virtuais, que podem conhecer a vítima ou não. Para operacionalizar esse objetivo geral o texto teve seu desenvolvimento dividido em duas seções, cada qual representando um objetivo específico. Em um primeiro momento, assim, apresenta as noções gerais que norteiam o *cyberbullying*, tratando sobre as suas especificidades e também apresentando estudos das mais variadas áreas do conhecimento sobre o tema, de modo transdisciplinar.

Na segunda parte do trabalho procura refletir sobre a prevenção e a repressão ao *cyberbullying*, para que essa forma de violência seja, ao menos, reduzida em escala, diminuindo o prejuízo a toda uma geração de pessoas que já se encontraram inseridas nas redes de Internet desde o seu nascimento. Trata da necessária intervenção do poder público, fazendo-se necessário um intenso cuidado das autoridades para coibir os casos mais graves que, por muitas vezes, já resultaram em mortes ou lesões físicas graves, além dos inúmeros casos de danos psicológicos.

Metodologicamente, trata-se de estudo de natureza exploratória, com método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e transdisciplinar, e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO *CYBERBULLYING*

As relações pessoais sempre foram contingentes, demandando intenso estudo sobre as formas pelas quais as pessoas se aproximam, se afastam, bem como os sentimentos e atitudes que despertam as interações entre elas. Em especial, interessa aqui o extrapolar dos limites do aceitável entre as comunicações humanas, a ponto de vitimar outrem, e que, por meio de agressões, na maioria dos casos verbais, desestabilizam moral e psicologicamente indivíduos, causando-lhes traumas que podem se traduzir fisicamente em suicídio, em casos mais extremos.

O *cyberbullying* é uma forma atualizada de *bullying*, com uma frequência e facilidade muito mais alarmantes, com uma forma específica de violência, quando a agressão verbal se torna tão grave mediante insultos, difusão de boatos e personificações, que o jovem perde o controle de si (DE LUIS; LANDAZABAL, 2019, p. 58). Essa é uma tendência crescente que vem preocupando educadores e profissionais da área de saúde, que estão atentos para tentar acabar com a prática.

Dessa forma, com o crescente número de adolescentes, jovens e até mesmo crianças sofrendo com essa nova forma de violência, buscou-se revelar os motivos, as características, o procedimento adotado pelos agressores, bem como se há semelhança entre as vítimas, embasando-se em pesquisas e em relatos dos jovens. Um crescente índice de suicídios no Canadá, possivelmente motivados pelo *bullying*, foi o que chamou a atenção das autoridades para o problema do *cyberbullying*, e o pânico gerado acarretou alguns textos em legislações esparsas, incluindo unidades de investigação e programas de conscientização, além de estatutos direcionados à polícia local (DESCHAMPS; MCNUTT, 2016, p. 45-47).

A partir de então, muitas pesquisas buscam compreender algo que ainda não foi solucionado, e é de grande importância para resolver certos casos e impedir que atitudes como o suicídio voltem a ocorrer, ou seja, qual seria onexo causal entre a agressão, o assédio causado pelo *bullying* e o suicídio, o que leva esses adolescentes a uma atitude tão radical (NIKOLAOU, 2017, p. 40).

O aumento do índice de suicídios fez com que tanto a mídia quanto as escolas apresentassem uma maior preocupação com seus alunos, o medo de que o *cyberbullying* se tornasse uma prática frequente, e que os pais perdessem seus filhos de uma hora para outra despertou a atenção até mesmo das autoridades. De acordo com os Centros de Controle e Preven-

ção de Doenças, no ano de 2015 nos Estados Unidos, o suicídio foi a segunda principal causa de morte entre crianças e adolescentes com idades entre 10 e 17 anos (HINDUJA; PATCHIN, 2018, p. 9-10). Da mesma forma, o aumento entre 2000 e 2015 foi de 21% entre adolescentes, o que ressalta a grande preocupação da saúde pública com o suicídio e, mais ainda, a necessidade de compreender como ocorre e o que está levando os adolescentes a um ponto tão desesperador, e além disso, buscar uma solução com o apoio dos pais, escolas, professores e comunidade.

Esses números revelam que o *cyberbullying* é uma prática recente, com resultados devastadores, motivadas por causas ainda desconhecidas, mas são de certa forma mais evidentes devido ao amplo acesso de todos à Internet e às redes sociais, o que fez o *bullying* evoluir e se disseminar por meio do *cyberbullying*. O que podemos entender é que essa prática já era comum nos ambientes escolares, e só tomou uma proporção diferente com o uso da Internet e das redes, ocorrendo o aumento dos casos.

Dessa forma, o uso da Internet e da tecnologia tem se tornado uma questão social cada vez mais grave, principalmente por estar prejudicando e abalando psicologicamente tanto crianças quanto jovens e adultos, por meio do *cyberbullying*. O índice de agressões tem variado bastante, em diferentes partes do mundo (ZURCHER *et al.*, 2018, p. 294). Muito além de uma simples discussão comportamental, o *cyberbullying* traz à tona questões relativas aos direitos fundamentais. Um dos principais direitos fundamentais é a liberdade de expressão, mas quando essa prática é relacionada às formas tradicionais de *bullying*, surge o questionamento de até onde vai essa liberdade de cada um, de que forma isso pode afetar a vida e o bem-estar de outras pessoas, tonando-se um problema de saúde pública global (VIANA; MAIA; DE ALBUQUERQUE, 2017, p. 309). Com isso a liberdade de expressão colide com os direitos de personalidade de cada ser humano, uma vez que outro direito fundamental, o direito à honra, à privacidade, à intimidade, o direito de imagem, podem ser feridos com o assédio moral. Aqui o direito à liberdade de expressão encontra uma limitação para que o direito de personalidade seja respeitado.

Ademais, o *cyberbullying* é um grave problema de saúde pública e levanta muitos questionamentos, tanto sobre as relações humanas, o psicológico das crianças, adolescentes e jovens, bem como sobre o papel desempenhado entre os pais, a escola e as autoridades. Tudo isso envolve muitas pesquisas e estudos, para solucionar o problema do *cyberbullying*, para compreender casos que já ocorreram e para impedir que aconteçam novamente, fazendo com que se criem leis, regras e diretrizes a serem seguidas para diminuir o número de vítimas. A seguir são apresentadas mais especificidades sobre o tema, com características já estabelecidas e abordaremos também as pesquisas atuais e futuras que serão apresentadas sobre o tema que está cada vez mais sendo discutido.

2.1 O *cyberbullying* e sua prática na atualidade

O conceito de *cyberbullying* difere do *bullying*, sendo considerado por muitos autores uma evolução deste último, advinda da evolução da tecnologia e do crescente uso de redes sociais, o que traz ao atual panorama mundial um grave problema de saúde que atinge a todos os países. Trata-se de um tipo mais refinado da prática, e que pode gerar diversos outros problemas correlatos, mostrando-se mais gravoso por não ter limitações territoriais ou de dis-

tância física entre vítima(s) e agressor(es). Dessa forma, a principal diferença do *cyberbullying* para o *bullying* tradicional é que, enquanto este último tem o caráter presencial, sendo praticado frente a frente, estando vítima e agressor identificados, o *cyberbullying* ocorre por meio da Internet, nas redes sociais e *sites* de conversas, podendo ser praticado de forma mais fácil pelo agressor, que muitas vezes se esconde atrás de perfis falsos (FAHY *et al.*, 2016, p. 1-2).

Esse também é um fator problemático, pelo fato de que quando o ilícito ocorre, sua autoria pode ser de difícil identificação, gerando uma grande sensação de impunidade para os infratores, que se escondem atrás de nomes e imagens falsas. Mesmo assim, porém, o dano causado à vítima é de elevado potencial, e com a eventual impunidade do agressor, a vítima ainda corre o risco de ser atacada novamente, pelos mesmos meios, e por um perfil diferente na rede social. Os sintomas mais frequentes sofridos pelas vítimas vão muito além de um sentimento momentâneo, acabam causando doenças futuras, desencadeando transtornos graves, como depressão e ansiedade, muitas vítimas se autoexcluem de relações sociais, e a união desses transtornos pode inclusive levar ao suicídio.

O ambiente escolar é onde o jovem estabelece suas primeiras relações sociais para além da família, geralmente o que faz com que desenvolva sua sexualidade e se identifique com determinados grupos, adquirindo consciência sobre a sociedade em que está inserido, percebendo as diferenças e os condicionamentos sociais (BRÊTAS, MORAES, 2020, p. 148-150). Assim, estabelecem-se características próprias de cada grupo, os chamados estereótipos, que acabam gerando muitas vezes preconceito entre grupos de diferentes características, originado pelo repúdio aos estereótipos de grupos distintos, baseando-se no contexto social no qual estão inseridos.

Esse preconceito quanto a estereótipos pode se dar em razão de sexo, religião, raça, etnia, bem como a cultura e a situação social e econômica, a orientação sexual e o porte físico, entre outras características que são exteriorizadas e não são aceitas por um grupo. É nesse momento que o preconceito, a não aceitação as diferenças acabam gerando uma violência física ou psicológica, o que mostra a forte relação entre o preconceito e o *bullying*, com ocorrências ainda maiores relacionadas ao *cyberbullying*, devido a alteração nas relações interpessoais através da Internet. Assim, o ambiente escolar proporciona aos indivíduos as primeiras relações e percepções, os primeiros entendimentos e interações sociais, e nesse momento precisam de uma atenção especial, pois é na escola que entram em contato com o mundo externo e reproduzem muitas vezes as violências que observam e reprimem, quando estão submersas em realidades familiares complexas (BRÊTAS; MORAES, 2020, p. 154-155).

Em uma pesquisa realizada no Brasil, a chamada Pesquisa Nacional de Saúde Escolar em 2015, o percentual dos estudantes que afirmaram sofrer alguma violência relacionada ao *bullying* nos últimos 30 dias era de 7,6% masculino e 7,2% feminino, destacando-se que a pesquisa abordou jovens de 10 a 18 anos na região de São Paulo. Quando perguntados se já haviam zombado, intimidado seus colegas, o percentual foi de 19,8% (BRÊTAS; MORAES, 2020, p. 148-150).

Existem ainda diferentes tipos de *bullying*, os verbais diretos, mais comuns, os físicos diretos, quando a agressão deixa de ser verbal e passa a ser física, agravando mais ainda o caso, os indiretos, quando são agressões veladas, e o *cyberbullying*, que ocorre por meio da Internet (SLONJE; SMITH; FRISÉN; 2017, p. 13-14). Neste contexto, cumpre mencionar que os

sentimentos despertados após o *bullying* vão além do suportado pelas vítimas, passando por intimidação, medo, constrangimento, solidão, o que leva muitas vezes à depressão, entre outros distúrbios psicológicos que estão diretamente ligados à agressão.

O ataque de *cyberbullying* pode partir de ações como deboche, montagem de fotos, divulgação de fotos ou matérias da intimidade das vítimas, propagação de boatos em prol de desclassificar e intimidar a vítima, entre outros meios, que causam danos como tristeza e medo, seguidos de vergonha e desapontamento, características que se tornam comuns a todas as vítimas e podem levar a atitudes mais drásticas quando estas não têm acompanhamento psicológico (MOTA; MONGE; VITALLE, 2020, p. 35-36).

Pode-se perceber, contudo, que a prática do *cyberbullying* é de fato um comportamento altamente agressivo, envolvendo dois polos, a vítima e o agressor, basicamente abrangendo insultos, depreciação, com a intenção de causar danos psicológicos, ressaltando defeitos e espalhando boatos, com o uso da Internet, por meio de redes sociais e *sites* (ZYCH *et al.*, 2018, p. 4). Uma das particularidades do *cyberbullying* que o agravam em relação ao *bullying* tradicional é a possibilidade de o agressor permanecer no anonimato, sem que se possa descobrir o autor do ataque. Além disso, o *cyberbullying* pode ocorrer a qualquer tempo, qualquer hora do dia, e se divulgado nas redes sociais, pode ter um longo alcance de público (GONZÁLEZ-CABRERA, 2017, p. 2-3).

Com o uso de *smartphones* não há mais controle sobre qual a mídia mais usada para os ataques, dado que todos têm acesso a diferentes mídias sociais sem que se possa distinguir as variações de uso, o que faz com que o foco principal seja agora o tipo de comportamento dos agressores e das vítimas. Muito além de oprimir a vítima, o assédio causado pelo *cyberbullying* ultrapassou barreiras de sentimentos, de formas de ataque, sem contar a possibilidade de cometer a agressão e continuar no anonimato, o que com toda certeza fez crescer ainda mais os níveis de *cyberbullying*.

Com isso o resultado tornou-se cada vez mais devastador na vida das vítimas, o que para muitas torna-se insustentável. Alguns dos jovens não conseguem sobreviver à depressão e à ansiedade causada e sofrem por toda vida, ou desistem de sua existência, o que torna ainda mais gritante a necessidade de soluções para esse grave assunto, as quais estão sendo buscadas por meio de pesquisas e estudos desenvolvidos por diversas áreas do conhecimento humano.

2.2 O estudo da problemática do *cyberbullying*

As primeiras pesquisas sobre os impactos que as novas formas de comunicação poderiam trazer surgiu na década de 80 do século 20, quando começou a modificação das relações pessoais em relação às tecnologias digitais e assim, a preocupação com a possibilidade do anonimato passou a ser muito maior (FESTL; QUANDT, 2017, p. 1-2). Isso gerou uma tendência diferenciada, pois qualquer pessoa poderia se esconder por trás de uma máscara virtual e despejar ofensas nas redes sociais com a quase total certeza de sua impunidade. Muito se discutiu que isso seria apenas o uso civil da liberdade de expressão, mas como bem afirma a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, o que não deixa dúvidas acerca da necessidade de responsabilização dos indivíduos por suas ações e palavras na Internet.

Dessa forma, muitas pessoas sentiram-se desinibidas para exteriorizar formas de comportamento que até então não eram comuns, o que, associado com as novas formas de comunicação, causou o que conhecemos por *cyberbullying*, forma diferente do *bullying* tradicional (FESTL; QUANDT, 2017, p. 6-7). O principal foco para os estudos é o indivíduo, com suas mudanças de comportamento e características peculiares àqueles que são vítimas e aos agressores, muitas vezes direcionados a casos que chamam mais atenção da mídia, para entender o que leva uma vítima a cometer o suicídio.

Geralmente as pesquisas sobre o *cyberbullying* envolvem aspectos como assédio, humilhação, insultos e ameaças. Envolvem também diversas áreas do conhecimento, sendo necessária a mobilização de profissionais da Psicologia, da Pedagogia e da Comunicação para dar assistência aos jovens dentro e fora de casa, na escola e ainda em campanhas de conscientização por meio da mídia (FESTL; QUANDT, 2017, p. 6-7). Os resultados de pesquisas apontam ainda que o *cyberbullying* acontece mais frequentemente com vítimas do sexo feminino do que do sexo masculino, isso porque teoricamente as vítimas femininas estão mais propensas a sofrerem ataques por estarem mais conectadas às mídias sociais, com mais interações por meio da Internet (WOLKE; LEE; GUY, 2017, p. 899-900). Outro índice aponta que os adolescentes com *status* socioeconômico mais baixo, com menor poder aquisitivo, também estão mais vulneráveis aos ataques, por apresentarem em sua maioria maiores dificuldades relacionadas à autoestima, às desigualdades, entre outros fatores que fazem esse adolescente ser mais visado pelos agressores.

O resultado de algumas pesquisas relacionadas ao *cyberbullying* e à sexualidade sugerem que a agressão pode ser um fator de evolução, que facilitaria a competição intrasexual entre indivíduos, dessa forma, melhoraria a perspectiva de escolha entre os parceiros, servindo como uma exibição de força, popularidade e domínio (LAPIERRE; DANE, 2019, p. 49-51). Além disso, o *status* social também colabora para o maior índice de relacionamentos ao praticante de *cyberbullying*, o que demonstra que esse comportamento agressivo, ao invés de ser reprovado, pode atrair parceiros sexuais, e assim acaba muitas vezes servindo como incentivo à agressão. A vitimização em razão de relacionamentos é cada vez mais crescente. O que ocorre com parceiros de namoro é que sua condição pode provocar ciúmes a agentes externos, que possuem o mesmo interesse sexual, mas que no momento procuram por parceiros, o que muitos agressores fazem é atacar vítimas em razão da sua condição, buscando derrotá-las em uma espécie de competição pelo parceiro ideal. Dessa forma, muitos agressores buscam no *cyberbullying* um modo de obterem popularidade, demonstrando poder sobre as vítimas, fazendo com que se destaquem nas áreas de convivência social como relacionamentos. É nesse ponto que a vitimização tem maior alcance entre aqueles de características distintas, como porte físico; homens mais altos, com maior porte físico, seriam menos propensos a sofrer ataques, o mesmo ocorrendo com mulheres que praticam atividade física.

Nesse sentido, o agressor busca desclassificar seus oponentes, que têm interesses sexuais comuns, por meio de ataques de *cyberbullying*, fazendo com que tenha mais chances por compelir outros indivíduos, e assim se tornam dominantes, muitas vezes de forma indireta, sem agressão física e no anonimato, características comuns ao *cyberbullying*. Ainda, quando se trata de vitimização em relação ao sexo e relacionamentos, homens e mulheres

praticam níveis semelhantes de *cyberbullying*, no entanto o comportamento relativo a formas indiretas de agressão é mais frequente entre o sexo feminino, isso porque é notável a agressão física e direta ser mais comuns entre homens.

Outro fator que se tornou intrigante a muitos pesquisadores é que uma grande parcela dos jovens, quando apenas observadores do *cyberbullying*, não demonstram nenhuma reação, nem em relação a reprimir o autor, nem quanto a se solidarizar com a vítima, mesmo sendo um fato cada vez mais comum no ambiente cibernético (DOANE; EHLKE; KELLEY, 2020, p. 41). Assim, buscou-se uma abordagem para compreender a importância do papel dos espectadores, com um papel crítico propenso a não esboçar reações, porém podendo ser utilizado como recurso de repressão a agressão. O foco maior das pesquisas se concentrava, até há pouco tempo, em vítimas e autores do *cyberbullying*, mas, atualmente, começou a ser considerada uma abordagem direta do espectador.

Dessa forma, em uma pesquisa direcionada a espectadores, foram desenvolvidos vídeos, baseando-se em técnicas relacionadas a comportamento, expondo vídeos de *cyberbullying*, com o intuito de desenvolver reações positivas ao espectador após assistir o vídeo, o que de fato ocorreu. Após assistir à exposição de uma agressão por meio do *cyberbullying*, imediatamente sentiam-se propensos a auxiliar a vítima, e não silenciar diante de uma agressão. Com o passar do tempo, em torno de um mês, os efeitos já não eram mais tão significativos (DOANE; EHLKE; KELLEY, 2020, p. 50-51).

Mesmo os efeitos dos vídeos não surtindo um efeito prolongado, ficou claro que em um primeiro momento podem ser utilizados na luta contra o avanço do *cyberbullying*, aliados a outros instrumentos de prevenção, que mesmo sem uma eficácia contínua, pode chamar a atenção para o problema central, e assim ajudar a reduzir o número de vítimas e aumentar o apoio emocional em todos os casos (DOANE; EHLKE; KELLEY, 2020, p. 51).

Um ponto importante nas pesquisas é o fato de que muitos adultos não estão inseridos nas mídias sociais tanto quanto os jovens, e dessa forma não têm a experiência pessoal para analisar a que tipo de sentimentos os jovens estão submetidos. Isso faz com que a inclusão de adolescentes e jovens nos esforços para compreender quais os sinais e como combater o *cyberbullying* seja imprescindível. Muito mais do que dar voz às vítimas é preciso atender às particularidades todas, para identificar a natureza desse tipo de agressão (DENNEHY *et al.*, 2020, p. 25-26). Dessa forma, com a busca direcionada a dar voz aos jovens e adolescentes em geral, será possível descrever a complexidade do mundo cibernético no dia a dia de cada um, no quanto interfere na sua vida, na sua rotina, e principalmente no seu psicológico, partindo desse ponto de conhecimento para agregar esforços na conscientização para um combate ao *cyberbullying*.

Cabe destacar que o impacto do *cyberbullying* na vida dos jovens é ainda maior quando se trata de intolerância e preconceito relacionados a gênero e opção sexual. O *cyberbullying* é motivado muitas vezes por uma fobia contra a população LGBT, que sofre com níveis e frequência de *cyberbullying* muito maiores do que jovens heterossexuais (GARAIGORDOBIL; LARRAIN, 2020, p. 1-2). De acordo com pesquisas baseadas na teoria de identidade social, cada grupo com as mesmas características reúnem-se para manter sua identidade social po-

sitiva, enquanto atribuem características negativas a grupos externos, para desqualificá-los, mostrando desprezo aos que não estão inseridos no grupo positivo, o que justifica a agressão gratuita aos que não e enquadram.

Estudos ainda revelam um forte aumento de práticas homofóbicas, principalmente no contexto escolar, em que o jovem se depara com a diversidade sexual, e dependendo de sua conscientização com as diferenças, o respeito que tem com os demais, fatores que são características pessoais, também adquiridas no ambiente familiar e na escola, e têm uma reação contra essas diversidades, seja baseada em tolerância e respeito ou seguem o caminho da intimidação e agressão (GARAIGORDOBIL; LARRAIN, 2020, p. 6-7). De igual modo, as vítimas que não são heterossexuais costumam sofrer ainda mais com as agressões, sendo expostas a níveis mais intimidadores, agressivos, que abalam psicológica e emocionalmente a vítima intensamente, causando depressão, ansiedade, paranoia, psicose, entre outros sintomas psicopatológicos causados diretamente por agressões por meio do *cyberbullying*.

É importante fazer com que o *cyberbullying* seja visto como um verdadeiro problema de saúde pública, e não apenas combatido dentro das escolas, pois ele ocorre fora do espaço físico escolar na maioria das vezes, causando transtornos que comprometem a saúde mental das vítimas. Nesse contexto, o que todas as pesquisas apontam é a gravidade do problema; ainda não se sabe o que leva o agressor a praticar tais atos, mas se sabe que as vítimas normalmente são os mais vulneráveis, aqueles que não sabem como se defender de insultos, de assédio moral e que se fecham, não exteriorizam seus sentimentos nem mesmo para seus pais.

Com tantos detalhes a serem descobertos e tantas pesquisas mais avançadas, abrangendo um maior número de crianças e jovens, fica muito distante a possibilidade de se encontrar uma solução permanente ao problema, fazendo-se necessário, portanto, desenvolver medidas preventivas contra futuros ataques e tratamentos para as consequências dos que já ocorreram, com a devida punição aos agressores, em conformidade com o Direito. Isso mostra que a prática mais saudável e que pode de fato ser útil para reduzir a ocorrência desses casos são o controle das redes pelos responsáveis pelas crianças e adolescentes que podem vir a praticá-los, e o aconselhamento, que ensine que certos atos podem ter consequências terríveis, passando-se a investir em educação, a fim de que se mitigue a ocorrência do *cyberbullying*.

3 PREVENÇÃO E COMBATE AO CYBERBULLYING

O *cyberbullying*, em 2015, ainda não aparecia como uma das maiores formas de *bullying*, pois ocorria com menos frequência que as demais, mas foi aumentando devido ao uso crescente da Internet, sendo associado à baixa autoestima e a dificuldades de aprendizagem, o que faz com que as vítimas se tornem ainda mais vulneráveis – o que se soma às dificuldades de muitos jovens e adolescentes em procurar auxílio profissional ou familiar (PATTERSON; ALLAN; CROSS, 2015, p. 367-368). Com o avanço dos ataques, a prevenção e a repressão contra esse tipo de *bullying* também avançaram, principalmente com pesquisas de comportamento de adolescentes nas escolas, tanto relativas à aprendizagem quanto às influências negativas encontradas, como o vandalismo praticado por outros jovens como uma influência de conduta negativa, como quando os próprios jovens reprimem atitudes de *bullying*, fazendo cessar a prática contra uma vítima.

Essas pesquisas demonstraram que o problema é essencialmente comportamental, e encontra-se permeado de inúmeros fatores complexos, observando-se que, havendo muitas vezes inseguranças e problemas afetivos em relação à vítima, o promotor do *cyberbullying* consegue acessar suas dimensões mais subjetivas com as ofensas, arrastando-a a sentimentos de tristeza e insegurança diversos.

Conforme uma pesquisa realizada no Canadá com crianças e adolescentes na faixa de 10 a 17 anos, cerca de 14% de um total de 1001 entrevistados, relataram estar sofrendo, ou já ter sofrido *cyberbullying*, todos estudantes, no período de um mês, um número alarmante, que faz com que o poder público invista em soluções para os casos de *cyberbullying* (ESPELAGE; HONG, 2016, p. 375). Esse dado apresenta-se de forma bastante importante, porque, mesmo que existam ocorrências da prática em todas as idades e classes sociais, ela ocorre na maioria das vezes no período em que a pessoa está frequentando a escola, e está nos seus anos iniciais de vida. Além disso, a pesquisa revela que os estudantes que são vítimas de *cyberbullying* também enfrentam graves problemas psicológicos, como ansiedade e depressão, em uma maior escala do que aos que não sofrem esse tipo de ataque, e que o *cyberbullying* e o *bullying* apresentam-se com o mesmo índice de vítimas. Essas práticas muitas vezes inclusive são usadas de forma conjunta, pois o *bullying* ocorre em ambiente escolar, e não cessa quando a vítima chega em casa e acessa suas redes, pois continua sendo alvo de zombarias e ofensas a sua pessoa. A partir dessa e outras pesquisas foram feitos folhetos e criados sites na Internet direcionados a informações de prevenção e denúncia, no intuito de reprimir agressores e evitar ofensas no momento em que elas estão acontecendo, tentando minimizar a gravidade dos danos causados às vítimas. Ainda é necessária, contudo, uma maior atenção às mídias sociais, que são a forma mais comum de ataques virtuais, fazendo crescer diariamente o número de vítimas de *cyberbullying*, com agressões veladas ou explícitas, direcionadas a uma pessoa ou a um grupo.

Na Indonésia, uma pesquisa revelou que um em cada dois entrevistados já havia sofrido agressões de *cyberbullying*, em um total de 353 adolescentes entrevistados, na faixa etária de 12 a 15 anos, no ano de 2017, atingindo um percentual de 48%, um número considerado alarmante, e na maioria das vezes as agressões eram via Facebook, SMS e Instagram (FRENESH; MULYADI, 2018, p. 2-5). Assim, o problema está enraizado no comportamento dos jovens, e é extremamente carente de discussão por parte das escolas, com contato com os pais de cada um, os professores, com o apoio de psicólogos e psiquiatras para dar a devida assistência para as vítimas e também para os agressores, para que não voltem a cometer atos de violência e assédio moral. Este também é um grave problema social, pois as gerações anteriores já vieram carregando esse problema na forma de *bullying*, mas as gerações atuais apenas refinaram o método usando as redes de computador para perpetuar essa prática antiga de humilhação e destruição da moral humana.

Isso posto, as redes sociais precisam de um mecanismo de proteção das vítimas para que se possa identificar os agressores que se escondem atrás de perfis falsos, assim fazendo-se possível punir o responsável e buscar compreender o que o levou a cometer a agressão, para conseguir mais respostas aos estudos. Um exemplo disso é que as maiores redes sociais do mundo estão começando a se mover com a intenção de acabar com o *cyberbullying*, gerando uma rede de controle e vigilância sobre o assunto.

Há quem considere o *cyberbullying* apenas uma extensão do *bullying* tradicional, mas também há autores que afirmam a especificidade de resultar de um comportamento cibernético (CHAN *et al.*, 2020, p. 10). Seja qual for o posicionamento adotado, é fato que, quando se trata do *cyberbullying*, os estudos deveriam estar mais contextualizados nas especificidades do ambiente cibernético, a fim de que se estabeleçam noções mais claras e objetivas. Ademais, a conscientização nos programas realizados em escolas sobre o *cyberbullying* deveriam acontecer com a mesma frequência e intensidade quanto em relação ao *bullying*, utilizando critérios semelhantes para penalidades e limites de comportamento entre os alunos, a fim de que seja criada e fomentada uma cultura de respeito mútuo. Esses projetos funcionam como um meio de professores e educadores estarem mais próximos dos jovens, que cada vez mais precocemente estão vulneráveis a ataques como *cyberbullying*, sendo incentivado o desenvolvimento de atividades extracurriculares que despertem a empatia e melhorem o comportamento dos jovens.

Uma das grandes diferenças entre o *bullying* e o *cyberbullying* é o maior desequilíbrio de poder entre a vítima e o agressor no caso deste segundo, que muitas vezes pode ficar no anonimato, enquanto a vítima pode ser exposta a várias mídias, e sem qualquer controle na disseminação de conteúdos e informações (SKILBRED-FJELD; REME; MOSSIGE, 2020, p. 2-3). O distanciamento físico é outra característica própria do *cyberbullying*, destacando-se que tal distância faz com que o autor não visualize diretamente a reação da vítima – o que dificulta até mesmo qualquer possibilidade de desenvolvimento de um sentimento de compaixão para com aquela.

Ainda se tratando de características, na maioria das vezes o que resulta em um ataque de *cyberbullying* é uma soma de fatores relacionados ao autor, bem como da vítima. Aqui, o responsável pelo ataque pode ser representado como um jovem que não apresenta pistas claras sobre sentimentos, e acaba reprimindo expressões, e que no anonimato a oportunidade de exteriorizar um comportamento não aceito socialmente, aliado à falta de supervisão dos pais ou responsáveis, resulta em um comportamento extremamente agressivo por meio das redes sociais. Assim, o anonimato (e a distância possibilitada pelas redes sociais) oferece maior confiança ao agressor, o que pode fazer com que adote comportamentos cada vez mais agressivos, livres de possíveis sanções, acreditando que não será responsabilizado e nem mesmo penalizado por seus atos. No que se relaciona às vítimas, porém, as semelhanças são grandes em termos de depressão, problemas relativos à adolescência tardia, ansiedade, e comportamentos antissociais e autodestrutivos (como tentativas de suicídio, por exemplo).

A Unicef (2020) lançou um memorando para tratar especificamente sobre o *cyberbullying*. Uma boa parte do texto trata especialmente de redes como o Facebook e o Instagram, típicos locais utilizados para a prática. Relata o documento então que essas empresas possuem equipes que trabalham 24 horas por dia *on-line* buscando denúncias (totalmente anônimas) e outras violações a direitos nas redes, além de terem um programa de assessoria para pais que não sabem ao certo o que podem fazer para coibir essa prática. Essa iniciativa possibilita concluir que um esforço não apenas em âmbito internacional, mas também global está ocorrendo, e que grandes corporações estão preocupadas com esse problema, e entendem as consequências que a prática pode gerar em longo prazo para milhões de pessoas, explicitando que essas preocupações não devem ser minimizadas. Isso mostra que é necessário

que ocorra no futuro uma discussão sobre práticas para coibir o *cyberbullying* e seus efeitos na sociedade, esta constituindo uma responsabilidade solidária entre nações, entidades privadas e as famílias.

3.1 O futuro da prática do *cyberbullying*

Apesar de o *cyberbullying* ser uma prática crescente, ainda são recentes as pesquisas e estudos mais aprofundados, com poucos autores que abordam o tema, e o *cyberbullying* é carente de muito mais esforços, investimento em pesquisas e também em orientação, tanto a professores, pais, crianças como também à população em geral que acompanha pela mídia o reflexo do que acontece com os jovens que passam por tal sofrimento.

Existe, evidentemente, um movimento para que isso mude, e para que as pessoas sejam mais conscientes sobre o assunto, mas isso é algo que ainda está em crescimento e não chegou a um patamar viável, fazendo-se necessário mais investimento e cuidado para o tratamento desse tipo de tema.

Ainda são necessárias pesquisas mais aprofundadas em relação às vítimas de *cyberbullying*, nas mais variadas idades, desde crianças até jovens, fazendo comparação entre idade e características das vítimas, para que se possa prever quando o *bullying* poderá acontecer e se antecipar, conhecendo possíveis agressores e possíveis vítimas, avaliando ataques que já aconteceram, tomando medidas de prevenção para melhorar a qualidade de vida de quem está sempre vulnerável (KOWALSKI; LIMBER; MCCORD, 2019, p. 31-33). Entre esses estudos também são necessárias as separações entre cada tipo de *bullying* e assédio, seja social, moral, presencialmente, *on-line*, por meios tradicionais ou recentes, examinando fatores de risco e implicações para prevenção e conscientização, especificamente para cada grupo, em sua particularidade. Isso é necessário porque, por mais que se assemelhem, existem peculiaridades em cada tipo de *bullying* que os torna únicos e precisam ser atacados de formas diversas, com estratégias específicas para cada tipo.

Nessa perspectiva, é possível que de fato se consiga com o aumento das pesquisas sobre *cyberbullying* entender como e sob quais condições comumente ocorrem, buscando um entendimento teórico sobre a agressão, para, dessa forma, estabelecer tomadas de decisão embasadas nessas pesquisas (SAVAGE; TOKUNAGA, 2017, p. 20-21). Também faz-se necessária uma comparação entre os diferentes níveis de *bullying*, principalmente envolvendo a Internet, estabelecendo características comuns nas agressões verbais, tanto realizadas pessoalmente como na nas redes sociais utilizando tecnologias, e então aliar as teorias e pôr em prática políticas de prevenção.

A questão psicológica que envolve cada vítima e cada agressor levanta grandes discussões, a exemplo de como porque o agressor escolhe determinada vítima e como alguns jovens têm mais capacidade de reprimir uma agressão do que outros, que sofrem danos muito mais elevados (HINDUJA; PATCHIN, 2017, p. 182-185). E estabelecendo uma regra geral, quais fatores poderiam ser levados em conta na abordagem utilizada contra as vítimas, para que possa ser criada uma forma de proteção contra esse agressor, e uma forma de proteção para as vítimas, que apresentam maior vulnerabilidade. Ainda são levantadas questões tais como se há possibilidades de estudantes serem treinados para enfrentar ou para superar os ataques de *cyberbullying*, criando jovens e crianças resilientes, com uma maior capacidade de supor-

tar esses tipos de agressão, bem como outras ocorrências que podem vir a desestabilizar seu psicológico. De fato, a capacidade de aguentar abusos não seria o perfeito panorama desejado pelas nações, mas na inexistência de uma política melhor, pode-se fortalecer os oprimidos para que não sejam vítimas tão frágeis dos agressores, enquanto a sociedade procura meios mais eficazes de acabar com a prática de forma permanente.

Buscando compreender como funcionam os processos de regulação moral e sua relação com o *cyberbullying*, investigou-se o desengajamento moral *on-line*, conjunto de ações cognitivas que levam à má conduta, desativando as percepções morais de cada indivíduo, permitindo ações que seriam reprimidas. O desengajamento moral foi reconhecido como o fator mais importante para explicar os comportamentos agressivos, destacando-se aqui o *cyberbullying* (PACIELLO *et al.*, 2020, p. 192-194). Ao considerar esse comportamento agressivo, percebe-se que muitas vezes o autor pode não estar ciente de suas ações, e acaba interpretando a reação das vítimas de outra forma, sem compreensão da gravidade que pode gerar uma exposição ao *cyberbullying*. Assim, o desengajamento moral pode representar as atitudes e decisões tomadas *on-line*, relacionando as atividades aos maus comportamentos, legitimando-os. O que se quer demonstrar com esse conceito é o fato de que as pessoas apresentam uma maior liberdade para expor ações *on-line*, sem considerar os princípios morais que seguem no ambiente pessoal, aumentando ainda a distância psicológica entre agressor e vítima.

Uma solução para diminuir o número crescente de ataques é fazer com que ao autores saiam do anonimato, destacando-se que a possibilidade de serem descobertos pode ser uma maneira de frear a livre disseminação de ataques violentos – o que pode se dar mediante a revelação do número de IP (*Internet Protocol*) do aparelho de onde o agressor comete suas ofensas, o que possibilita o rastreamento da prática (MOTA; MONGE; VITALLE, 2020, p. 35-36). Essa possibilidade de rastreamento faz parte do Programa de Combate à Intimidação Sistemática, que foi criado pela Lei nº 13.185/2015 (que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática) que, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê medidas socioeducativas a jovens que praticam crimes contra a honra no ambiente virtual, tais como calúnia, injúria ou difamação, ofensas que se praticadas por maiores também estão tipificadas no Código Penal.

A legislação brasileira também apresenta com a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – de forma geral os princípios, direitos e deveres para os usuários de Internet, bem como os provedores de telefones e rede de Internet. A Lei nº 13.663/2018 também instituiu para as escolas o incentivo à cultura da paz e conscientização para enfrentar todos os tipos de violência praticados nas escolas e nas comunidades escolares (MOTA; MONGE; VITALLE, 2020, p. 35-36).

Dessa forma, a Lei nº 13.663/2018 busca com sua publicação diminuir o elevado número de casos de *bullying* nas escolas, o que chamou atenção em diversos Estados. Em seu artigo 12 instituiu dois incisos relativos à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que determina às escolas a criação de programas direcionados ao combate à violência (DUTRA; SILVA; VITALLE, 2020, p. 24-25). O que pesquisas e a legislação revelam é que apenas na última década o índice crescente de *bullying* e *cyberbullying* fez com que o Legislativo brasileiro tomasse providências para coibir, investigar e punir as agressões sofridas por jovens e adolescentes, tanto no âmbito escolar quanto na Internet.

Por sua vez, a ausência injustificada de muitos pais na vida dos filhos afeta diretamente essa realidade, em que os jovens encontram-se muitas vezes desinteressados nos estudos, desinteresse que é causado por *bullying* e *cyberbullying*, sem contar os fatores como a desvalorização dos professores e inadequação de estabelecimentos de ensino, que fazem parte da realidade brasileira, o que atrasa ainda mais a instituição de políticas públicas direcionadas ao combate a agressões psicológicas (DUTRA; SILVA; VITALLE, 2020, p. 28-30).

3.2 O efetivo combate ao *cyberbullying*

Quando uma vítima passa por uma agressão, seus direitos de personalidade são violados, como a honra e a intimidade, e o que isso causa na vítima pode envolver graves distúrbios psicológicos, mudando a vida de um menino ou de uma menina, por toda sua trajetória, e muitas vezes tornando a própria vida insustentável. Inclusive existem inúmeros casos de pessoas que perderam a vida, por meio de suicídio, exclusivamente pela pressão sofrida pela manutenção dessa prática.

O efeito do *cyberbullying*, na maioria das vezes, é muito mais devastador quando ocorre com crianças, com graves consequências mentais e físicas, e dessa forma, a punição a quem pratica tal ato não poderá ser branda, para que o *bullying* não ocorra novamente. Um aliado para tanto são algumas soluções apresentadas pela tecnologia no intuito de diminuir o número de vítimas, criando ferramentas para denunciar a prática (EL ASAM; SAMARA, 2016, p. 138-139). O que a tecnologia apresentou até aqui são formas de denunciar, mas ainda não são soluções para essa prática tão utilizada; os primeiros a tentar solucionar os casos de *bullying*, para que não mais ocorram, são os pais e as escolas, aliados em prol da garantia de um bem-estar de todos os estudantes, crianças, jovens ou adolescentes, que frequentam os ambientes escolares todos os dias e se sentem vulneráveis.

Quando se busca entender a particularidade de quem pratica atos de *cyberbullying*, deve-se levar em consideração as características comuns a jovens e adolescentes, como traços psicopáticos, que variam muito neste período, e a imoralidade que está sendo desenvolvida desde o princípio da adolescência (CHARALAMPOUS *et al.*, 2020, p. 15-16). Assim, os traços psicopáticos, bem como o desengajamento moral e as atitudes violentas que são percebidas nos adolescentes ainda na escola representam um grande impacto nos casos de *cyberbullying*, como estabelecer fatores indicativos de perpetração e vitimização, e, além disso, demonstram diferentes níveis de engajamento relativos a gênero e grau de psicopatia. Dessa forma, é demonstrada a importância da atuação da escola na diminuição dos ataques, buscando intervir na educação dos alunos, colaborando com estes na construção de um respeito mútuo entre todos os jovens e adolescentes, reprimindo atitudes incorretas desde sua primeira percepção e demonstrando que cada ação terá uma responsabilização.

É importante conversar e debater sobre o *bullying* nas escolas, falar com as vítimas e buscar meios de prevenir futuros ataques a partir dessas conversas, além de auxiliar a vítima a enfrentar os temores que sofreu ao passar pela agressão e os sentimentos causados. Dessa forma, quando se busca auxiliar no tratamento e recuperação de uma vítima o foco deveria ser relacionado ao enfrentamento das vergonhas e sentimentos gerados a partir do assédio moral (SLONJE; SMITH; FRISÉN, 2016, p. 14-15).

Nesse contexto, as escolas precisam ter a percepção inicial para elaborar estratégias e planejamentos mais eficazes na prevenção de ataques, criando uma estrutura conceitual, baseada em identificação, gerenciamento e prevenção do *cyberbullying*, partindo do princípio de que o ataque poderá ocorrer em qualquer lugar e em qualquer momento (REDMOND; LOCK; SMART, 2020, p. 7-8). São detalhes minuciosos, utilizados para explicar cada elemento, trabalhando sempre em conjunto, nunca isoladamente, buscando abordagens direcionadas à construção de uma maior responsabilidade por parte dos jovens, não se restringindo apenas ao ambiente escolar. Com isso, a estrutura poderá ajudar tanto educadores quanto pesquisadores no combate ao *cyberbullying*, de forma que trabalhem juntos, mesmo diante da improbabilidade de eliminar totalmente a incidência desses ataques, mas buscando proteger futuras vítimas e diminuir os abalos psicológicos gerados.

O papel dos pais, nesses casos, é muito importante, especialmente na parte de proteção aos filhos, presencialmente e *on-line*, como forma de conscientização, conversando e conectando-se com o mundo em que o jovem está inserido, pois muitas vezes os adolescentes e jovens não relatam os problemas enfrentados pela dificuldade que encontram em conversar com seus pais, que parecem não compreender sua realidade (BALDRY; SORRENTINO; FARRINGTON, 2019, p. 302-306). Dessa forma, a atitude dos pais tem grande relação com a conduta dos filhos, sendo que as características de cada um dos genitores em relação aos filhos se reflete nas atitudes destes, e observando as variedades comportamentais pode-se criar métodos para que os pais saibam como lidar com os filhos que sofrem com a agressão, e também como agir com os filhos agressores (ZURCHER *et al.*, 2018, p. 300-302).

O importante, além disso, é que ao contrário do que muitas vezes ocorre, em vez de os pais se apresentarem cada vez mais conservadores, proibindo seus filhos de utilizarem redes sociais e aparelhos eletrônicos, estejam cientes do que eles estão fazendo, estejam “on-line” para seus filhos, comentando e compartilhando informações, preocupações e momentos do dia a dia, deixando-os mais seguros (BALDRY; SORRENTINO; FARRINGTON, 2019, p. 302-306).

Quando a união entre pais e escolas não é suficiente, o Judiciário deverá intervir, criando normas de regulamentação, estabelecendo punições para os agressores e proteção para as vítimas, instituindo leis que possam se tornar um impedimento na hora em que o *bullying* aconteceria, devendo ser claras e objetivas para que possam ser aplicadas no âmbito escolar (EL ASAM; SAMARA, 2016, p. 138-139).

Além da falta de identificação de uma definição universal para o *cyberbullying*, a complexidade das leis estaduais e a falta de legislação *offshore* acrescentam mais confusão a educadores e pesquisadores (CRAWFORD *et al.*, 2017, p. 70). O governo precisa estabelecer diretrizes para que possam ser usadas em cada caso em particular, e planejar ações para prevenção ao *cyberbullying* nas escolas, para que se possa tomar medidas confiáveis entre alunos, pais e educadores, criando conselhos escolares, reunindo jovens e debatendo sobre o assunto, encorajando as vítimas a relatarem o que sentem, para que cada sala de aula possa dar assistência ao aluno.

O que muitas autoridades ainda não entendem é a relação entre *bullying* e *cyberbullying*, em como a prática que antes já existia agora pode ter se tornado tão mais grave, e com isso, como não sabem como resolver de fato, acabam buscando soluções momentâneas e criando leis na tentativa de reduzir as ocorrências (DESCHAMPS; MCNUTT, 2016, p. 65-67).

As políticas de prevenção e repressão ao *cyberbullying* estão sendo aplicadas de diferentes formas, por cada ferramenta e sem uma regulamentação comum, entre as redes sociais mais utilizadas, sendo fornecidos *softwares* para bloqueio de conteúdos e filtragem de dados, bem como matérias *antibullying* (MILOSEVIC, 2016, p. 5.166-5.168). Também as empresas, em sua maioria, oferecem ferramentas para que os próprios usuários possam manifestar-se e denunciar qualquer tipo de *bullying* que estejam sofrendo por meio da rede social, assim como denúncias a conteúdos que consideram abusivos, fazendo com que o usuário se sinta mais seguro ao acessar as redes, mas que ainda não soluciona totalmente, pois não impede que o assédio ocorra. Dessa forma, toda empresa poderá investigar cada caso em particular e dar a devida resposta, entre as quais bloquear o usuário, remover todo o conteúdo ou ainda tomar providências mais sérias, como buscar a resolução na Justiça, servindo muitas vezes como intermediários para a repressão de ataques.

Uma resposta ao *cyberbullying* que pode ajudar as vítimas é uma defesa que envolva respostas ao comportamento nocivo contra elas perpetrado, confortando a vítima para que possa se reestabelecer, sendo dado apoio moral e psicológico, bem como confrontando as atitudes do agressor, buscando sensibilizá-lo e responsabilizá-lo (BUSSEY *e al.*, 2020, p. 9-10). Dessa forma, o mecanismo de defesa ocorreria a partir dos espectadores que, ao presenciarem práticas de *cyberbullying*, possam intervir no momento em que ocorre, dando suporte psicológico às vítimas para que possam se sentir seguras e denunciar os agressores, expor os ataques, reprimindo-se conseqüentemente os autores e desempenhando um papel mais significativo, visto que é mais fácil responder a uma agressão pela Internet do que pessoalmente, com medo de uma possível violência física. Assim, a defesa deverá associar-se à vítima, sem esquecer de abordar o agressor, utilizando-se de diferentes dinâmicas, mas sempre buscando a resolução do conflito, para que além de reprimir a agressão, se possa impedir que o mesmo autor volte a realizar tais atos para exteriorizar seus sentimentos. É importante destacar, contudo, que todo jovem e adolescente precisa receber informações, tanto da escola quanto dos pais, da mídia e da sociedade, de forma explícita, clara e coerente, sobre como se defender, a quem recorrer e de que forma podem ser responsabilizados os agressores, sempre respeitando a intimidade e a individualidade de cada um, para que o jovem possa criar sua própria defesa.

Por fim, é de suma importância reconhecer que sem prevenção e sem combate ao *cyberbullying* o número de vítimas será cada vez maior, e famílias vão continuar perdendo seus filhos por meio de um ataque cruel, muitas vezes motivado pela imaturidade e critérios ainda não conhecidos, mas que causam danos irreparáveis, que podem perdurar por toda a vida, ou até mesmo acabar precocemente com os sonhos e os planos para o futuro de muitos estudantes, levando-os a cometer suicídio. Os casos são graves e precisam de atenção das autoridades, para que se possa proporcionar que quem já foi vítima sinta-se seguro para continuar, e quem ainda não foi e se sinta vulnerável não conviva com o medo de passar por ataques de *cyberbullying*, muitas vezes evitando se expor e afastando-se do convívio dos demais.

Além disso, os agressores também precisam ser estudados, deverão ser punidos e acompanhados por atendimento psicológico, para que se compreenda o que ocorre na mente de um agressor, que na maioria das vezes é tão jovem e tão vulnerável quanto as vítimas, e utiliza o *bullying* como mecanismo de defesa para suas vulnerabilidades, e tudo isso reflete

não ações para o combate ao *cyberbullying*. Só será possível diminuir os casos de ocorrência de tais práticas ao serem unidos os esforços de pesquisas, escolas, professores, pais e Judiciário, aliados em prol de um bem maior, preservar vítimas e também dar assistência aos prováveis futuros agressores, criando uma corrente de segurança para que todos possam viver livres do *cyberbullying* e quaisquer outras formas de violência relacionadas.

4 CONCLUSÃO

As experiências de comunicação entre os seres humanos na atualidade encontram-se em pressupostos muito diferentes do que ocorria há poucas décadas, gerando questões e paradigmas que nunca precisaram ser enfrentados ou discutidos por aqueles que viveram em um mundo completamente diferente no passado. A evolução agressiva das tecnologias colocou a todos em uma realidade mutável, em que as facilidades usadas hoje serão rapidamente suplantadas por novos conceitos que surgem velozmente.

Diante disso começamos a visualizar a replicação de comportamentos que antes ocorriam presencialmente em rodas de conversa e em escolas, para o mundo virtual, sendo tanto a prática de boas ações como de crimes e ofensas que antes aconteciam nos ambientes físicos. Isso levou a uma maior facilidade em alcançar as pessoas, que agora podem ser encontradas e atacadas dentro de seus lares, não precisando mais que ocorra o confronto físico antes necessário.

Assim, essa mudança determinou que muitas vezes os praticantes do *cyberbullying* podem agora se esconder atrás de escudos virtuais, usando nomes e fotos falsas, para efetuar os seus ataques na certeza de que nunca poderão ser punidos por isso. De fato, por muito tempo isso ocorreu, pois a Internet ainda se mostrava muito jovem e não sabia como lidar com esse tipo de questão.

Ocorre que com a popularização da Internet e com o crescente número de usuários, tornou-se uma demanda necessária a discussão sobre crimes e ilícitos cibernéticos, procurando-se encontrar formas de punir e responsabilizar os culpados. Essas discussões ainda estão evoluindo, mas encontram-se em um estágio bem mais consistente, com a eventual criação de legislações, e também o maior cuidado que os administradores de redes sociais estão despendendo em relação à prevenção e coibição da prática.

O *cyberbullying* deve ser entendido como derivado do *bullying* tradicional, mas tendo características próprias, relacionadas às possibilidades que o ambiente cibernético propicia. Embora as consequências danosas às vítimas (danos psicológicos e comportamentos autodestrutivos) sejam similares em ambas as categorias, o distanciamento social e o anonimato favorecidos no ambiente virtual podem tornar o autor da coação ainda mais agressivo, eis que é muito grande a probabilidade de não virem a ser punidos – o que tem levado pesquisadores a classificar o desengajamento moral como uma das características desse comportamento em ambiente virtual. O *cyberbullying* e seus danos não devem ser minimizados, pois se o *bullying* tradicional cessava no momento em que a pessoa não estava em contato mais direto com o seu agressor, agora a vítima, mesmo em seu ambiente privado, continua sendo atacada e exposta nas redes sociais. Assim sendo, a vítima sofre ataques ubíquos e incessantes, sem possibilidade de defesa, visto que se encontra em posição de desvantagem pelo fato de seu sofrimento ser constante.

Como forma de coibir essa prática, os especialistas tratam do tema com muita atenção, visto que ela muitas vezes já levou jovens ao suicídio, ou atentados no interior de escolas e centros educacionais. São necessárias, assim, ações conjuntas entre familiares da vítima, junto com as instituições de ensino, além de fortes políticas públicas restritivas a essas práticas e regras que têm de ser construídas por administradores de redes sociais.

Na última década os crescentes índices das práticas de *bullying* e de *cyberbullying* motivaram o Legislativo a tomar providências para investigar, coibir e punir as agressões sofridas por jovens e adolescentes, tanto no âmbito escolar quanto na Internet. Desta forma, além do já mencionado Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, foram instituídas as leis 13.185/2015 (contra a intimidação sistemática), 12.965/2014 (Marco Civil da Internet, contando com várias disposições aplicáveis à prática), e nº 13.663/2018 (que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a fim de instituir mecanismos para a promoção da cultura de paz no ambiente de ensino). Apesar desses louváveis esforços, contudo, tratam-se tais alterações legislativas de mero início da instituição da cultura de paz e respeito – o que demanda mais regulamentações, políticas públicas e autorregulação em ambientes privados físicos (tais como escolas) e virtuais (normas e mecanismos instituídos pelas empresas que administram as redes sociais em que o *cyberbullying* ocorre) para dar continuidade a essa grande empreitada em prol da dignidade.

5 REFERÊNCIAS

- BALDRY, Anna Costanza; FARRINGTON, David P.; SORRENTINO, Anna. School bullying and cyberbullying among boys and girls: Roles and overlap. *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, v. 26, n. 9, p. 937-951, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1080/10926771.2017.1330793>.
- BALDRY, Anna Costanza; SORRENTINO, Anna; FARRINGTON, David P. Cyberbullying and cybervictimization versus parental supervision, monitoring and control of adolescents' online activities. *Children and Youth Services Review*, v. 96, p. 302-307, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2018.11.058>.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRÊTAS, José Roberto da Silva; MORAES, Silvia Piedade de. preconceito e bullying no ambiente escolar. *Revista Educação-UNG-Ser*, v. 15, n. 1, p. 147-157, 2020. DOI: <https://doi.org/10.33947/1980-6469-v15n1-4015>.
- BUSSEY, Kay *et al.* Defending victims of cyberbullying: The role of self-efficacy and moral disengagement. *Journal of School Psychology*, v. 78, p. 1-12, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jsp.2019.11.006>.
- CHAN, N. N. *et al.* A hermeneutic phenomenological study of students' and school counsellors' "lived experiences" of cyberbullying and bullying. *Computers & Education*, v. 146, p. 1-11, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.compedu.2019.103755>.
- CHARALAMPOUS, Kyriakos *et al.* Cyberbullying, psychopathic traits, moral disengagement, and school climate: the role of self-reported psychopathic levels and gender. *Educational Psychology*, p. 1-20, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1080/01443410.2020.1742874>.
- CRAWFORD, Sherrionda *et al.* Cyberbullying and the Law: Implications for Professional School Counselor. *Georgia School Counselors Association Journal*, v. 25, p. 70-78, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1177/2156759X0701100109>.
- CROSS, Cori. *Cyberbullying may increase during COVID-19 pandemic, expert says*. Disponível em: <https://www.healio.com/pediatrics/school-health/news/online/%7B2274659e-f0f1-4ae7-88e3-bd4ea062a8a0%7D/cyberbullying-may-increase-during-covid-19-pandemic-expert-says>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- DE LUIS, Edurne Chocarro; LANDAZABAL, Maite Garaigordobil. Bullying y cyberbullying: diferencias de sexo en víctimas, agresores y observadores. *Pensamiento Psicológico*, v. 17, n. 2, p. 57-71, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7210921>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- DENNEHY, Rebecca *et al.* Young people's conceptualizations of the nature of cyberbullying: A systematic review and synthesis of qualitative research. *Aggression and Violent Behavior*, p. 1-35, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2020.101379>.

- DESCHAMPS, Ryan; MCNUTT, Kathleen. Cyberbullying: What's the problem? *Canadian Public Administration*, v. 59, n. 1, p. 45-71, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1111/capa.12159>.
- DOANE, Ashley N.; EHLKE, Sarah; KELLEY, Michelle L. Bystanders against cyberbullying: a video program for college students. *International Journal of Bullying Prevention*, v. 2, n. 1, p. 41-52, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s42380-019-00051-5>.
- DUTRA, Leanna Silva Meirelles; SILVA, Dalva Alves; VITALLE, Maria Sylvania de Souza. Bullying: as leis como um auxiliar no enfrentamento do fenômeno nas escolas. *Revista Educação-UNG-Ser*, v. 15, n. 1, p. 23-33, 2020. DOI: <https://doi.org/10.33947/1980-6469-v15n1-4004>.
- EL ASAM, Aiman; SAMARA, Muthanna. Cyberbullying and the law: A review of psychological and legal challenges. *Computers in Human Behavior*, v. 65, p. 127-141, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.08.012>.
- ESPELAGE, Dorothy L.; HONG, Jun Sung. Cyberbullying prevention and intervention efforts: current knowledge and future directions. *The Canadian Journal of Psychiatry*, v. 62, n. 6, p. 374-380, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/0706743716684793>.
- FAHY, Amanda E. et al. Longitudinal associations between cyberbullying involvement and adolescent mental health. *Journal of Adolescent Health*, v. 59, n. 5, p. 502-509, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2016.06.006>.
- FESTL, Ruth; QUANDT, Thorsten. Cyberbullying. The international encyclopedia of media effects, p. 1-8, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1002/9781118783764.wbieme0171>.
- FRENESH, Wenggedes; MULYADI, Mahmud. Criminal policy on cyberbullying toward children. In: E3S Web of Conferences. EDP Sciences, 2018. p. 00050. DOI: <https://doi.org/10.1051/e3sconf/20185200050>.
- GARAIGORDOBIL, Maite; LARRAIN, Enara. Bullying and cyberbullying in LGBT adolescents: Prevalence and effects on mental health. *Comunicar*, v. XXVIII, n. 62, p. 79-90, 2020. DOI: <https://doi.org/10.3916/C62-2020-07>.
- GONZÁLEZ-CABRERA, Joaquin et al. Relationship between cyberbullying roles, cortisol secretion and psychological stress. *Computers in Human Behavior*, v. 70, p. 153-160, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.12.054>.
- HINDUJA, Sameer; PATCHIN, Justin W. Connecting adolescent suicide to the severity of bullying and cyberbullying. *Journal of School Violence*, v. 18, n. 3, p. 333-346, 2018. Disponível em: <https://cyberbullying.org/bullying-suicide-research>. Acesso em: 22 mar. 2020. DOI: 10.1080/15388220.2018.1492417.
- HINDUJA, Sameer; PATCHIN, Justin W. Cultivating youth resilience to prevent bullying and cyberbullying victimization. *Child Abuse & Neglect*, v. 73, p. 51-62, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.09.010>.
- KOWALSKI, Robin M.; LIMBER, Susan P.; MCCORD, Annie. A developmental approach to cyberbullying: Prevalence and protective factors. *Aggression and Violent Behavior*, v. 45, p. 20-32, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2018.02.009>.
- KWAN, Irene et al. Cyberbullying and children and young people's mental health: a systematic map of systematic reviews. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, v. 23, n. 2, p. 72-82, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1089/cyber.2019.0370>.
- LAPIERRE, Kiana R.; DANE, Andrew V. Cyberbullying, cyber aggression, and cyber victimization in relation to adolescents' dating and sexual behavior: An evolutionary perspective. *Aggressive Behavior*, v. 46, n. 1, p. 49-59, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1002/ab.21864>.
- MILOSEVIC, Tijana. Social media companies' cyberbullying policies. *International Journal of Communication*, v. 10, p. 22, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308928617_Social_media_companies'_cyberbullying_policies_2016_International_Journal_of_Communication_IJOC. Acesso em: 23 mar. 2020.
- MOTA, Marcos Vinicius; MONGE, Aline Bitencourt; VITALLE, Maria Sylvania de Souza. Memes, Trollagens e o Cyberbullying: um estudo de campo. *Revista Educação-UNG-Ser*, v. 15, n. 1, p. 34-44, 2020. DOI: <https://doi.org/10.33947/1980-6469-v15n1-4005>.
- NIKOLAOU, Dimitrios. Does cyberbullying impact youth suicidal behaviors? *Journal of Health Economics*, v. 56, p. 30-46, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jhealeco.2017.09.009>.
- PACIELLO, Marinella et al. The role of traditional and online moral disengagement on cyberbullying: Do externalising problems make any difference? *Computers in Human Behavior*, v. 103, p. 190-198, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2019.09.024>.
- PATTERSON, Lisa J.; ALLAN, Alfred; CROSS, Donna. Adolescent perceptions of bystanders' responses to cyberbullying. *New Media & Society*, v. 19, n. 3, p. 366-383, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444815606369>.
- REDMOND, Petrea; LOCK, Jennifer V.; SMART, Victoria. Developing a cyberbullying conceptual framework for educators. *Technology in Society*, v. 60, p. 1-8, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2019.101223>.

SAMARA, Muthanna *et al.* Bullying and cyberbullying: their legal status and use in psychological assessment. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 14, n. 12, p. 1449, 2017. DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph14121449>.

SAVAGE, Matthew W.; TOKUNAGA, Robert S. Moving toward a theory: Testing an integrated model of cyberbullying perpetration, aggression, social skills, and Internet self-efficacy. *Computers in Human Behavior*, v. 71, p. 353-361, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2017.02.016>.

SLONJE, Robert; SMITH, Peter K.; FRISÉN, Ann. Perceived reasons for the negative impact of cyberbullying and traditional bullying. *European Journal of Developmental Psychology*, v. 14, n. 3, p. 295-310, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/17405629.2016.1200461>.

SKILBRED-FJELD, Sara; REME, Silje Endresen; MOSSIGE, Svein. Cyberbullying involvement and mental health problems among late adolescents. *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, v. 14, n. 1, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5817/CP2020-1-5>.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Meneses; DE ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 294-312, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4915>.

UNICEF. Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas. *Situação mundial da infância – 2020*. Brasília, DF: Escritório da Representação do Unicef no Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

WOLKE, Dieter; LEE, Kirsty; GUY, Alexa. Cyberbullying: a storm in a teacup? *European Child & Adolescent Psychiatry*, v. 26, n. 8, p. 899-908, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00787-017-0954-6>.

ZURCHER, Jessica D. *et al.* Parenting and cyberbullying across adolescence. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, v. 21, n. 5, p. 294-303, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1089/cyber.2017.0586>.

ZYCH, Izabela *et al.* Are children involved in cyberbullying low on empathy? A systematic review and meta-analysis of research on empathy versus different cyberbullying roles. *Aggression and Violent Behavior*, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2018.03.004>.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.280-295>

Breve Análise das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Âmbito da Migração

Oscar Silvestre Filho

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove/SP). Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC/Campinas). Advogado. Professor-assistente de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Ex-Pesquisador Capes. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). <http://lattes.cnpq.br/0232575809711404>. <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>. oscarsilvestre2005@hotmail.com

Eduardo Dias de Souza Ferreira

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987). Mestrado (2001) e Doutorado em Direito (2006) pela mesma Instituição. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na Graduação e na Pós-Graduação na área de Direitos Humanos com ênfase em Infância e Juventude. Chefe do Departamento de Direitos Difusos e Coletivos. Integra o corpo docente dos cursos de Especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. 42º Procurador de Justiça Cível no MPSP e ex-promotor da Justiça de Infância e Juventude da capital, com atribuições na área de Direitos Difusos e Coletivos da Infância. Membro do Grupo Pediatria Legal da Sociedade de Pediatria de São Paulo/SP. <http://lattes.cnpq.br/8497057300721560>. <http://orcid.org/0000-0002-7543-2567>. edudiasf@terra.com.br

RESUMO

O objetivo deste artigo teve a finalidade de estudar os Pareceres Consultivos OC – 18/03 e OC –21/14, ambos emitidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativamente à condição jurídica dos migrantes e necessidade de proteção no âmbito internacional. A finalidade foi a de analisar os direitos e garantias ressaltadas pela Corte Interamericana no âmbito da migração, atentando-se para a situação de vulnerabilidade dos migrantes e a perspectiva dos direitos humanos no plano global. Por fim, concluiu-se que aludidos Pareceres estabelecem novas diretrizes no tratamento jurídico a ser conferido aos migrantes, tendo em vista o grande enfoque nos direitos humanos consagrados no âmbito nacional e internacional.

Palavras-chave: Pareceres consultivos. Corte Interamericana. Direitos humanos. Migração.

BRIEF ANALYSIS OF THE ADVISORY OPINIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF MIGRATION

ABSTRACT

The objective of this article was to study Advisory Opinions OC-18/03 and OC-21/14, both issued by the Inter-American Court of Human Rights, regarding the legal status of migrants and the need for protection at the international level. The purpose was to analyze the rights and guarantees highlighted by the Inter-American Court in the context of migration, taking into account the situation of vulnerability of migrants and the perspective of human rights at the global level. Finally, it was concluded that the aforementioned Opinions establish new guidelines on the legal treatment to be given to migrants, in view of the great focus on human rights enshrined at the national and international levels.

Keywords: Advisory opinions. Inter-American Court. Human rights. Migration.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Análise do parecer consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 3 Análise do parecer consultivo OC 21 de 19 agosto de 2014 sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. 3.1 Da migração. 3.2 Das garantias do devido processo no âmbito migratório. 3.3 Do princípio da não privação de liberdade de crianças e do princípio de não devolução (*Non-Refoulement*). 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 27/4/2018

Aceito em: 24/10/2020

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno migratório manifesta hoje um dos aspectos mais relevantes da modernidade. Pessoas migram de Federação para Federação, de Estados para Estados ou até mesmo entre municípios.

Aludido fenômeno tem despertado interesse nos pesquisadores, pois quando se trata de migração, especialmente no contexto internacional, nota-se invariavelmente as desproporcionalidades econômicas existentes entre as nações espalhadas pelo mundo.

Países subdesenvolvidos apresentam sérios problemas sociais, o que, na maioria das vezes, ocasiona o êxodo dos seus habitantes. Nesse aspecto, cumpre assinalar que indicadores importantes desses acontecimentos migratórios estão relacionados a questões políticas e sociais, razão pela qual buscam os migrantes melhores oportunidades de vida e o direito a ter direitos.

Assim, expõe-se a análise dos Pareceres Consultivos OC-18/03 e OC-19/14, ambicionando discorrer o pleito de direitos no âmbito da migração, especialmente no tocante às políticas adotadas no processo migratório e o respeito dos direitos fundamentais aos indivíduos.

2 ANÁLISE DO PARECER CONSULTIVO OC-18/03 DE 17 DE SETEMBRO DE 2003, SOLICITADO PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS – A CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Em 10 de maio de 2002 os Estados Unidos Mexicanos solicitaram, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana”, “a Convenção” ou “o Pacto de San José”), à Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de Parecer Consultivo relativamente à privação dos direitos trabalhistas dos migrantes e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária previstos em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, ressaltando a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme razões expostas pelo Estado Mexicano:

“Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto [a]o desfrute e exercício efetivos destes direitos.

[...]

No contexto já descrito, preocupa-lhe profundamente o governo do México a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da região, com o sistema de direitos humanos da OEA. O governo do México considera que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos trabalhistas com base em critérios discriminatórios fundamentados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. O anterior poderia alentar os empregadores a utilizar essas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos trabalhistas. Por exemplo: pagamento de horas extras, antiguidade no emprego, salários atrasados, licença-maternidade, abusando assim da condição de vulnerabilidade em que se encontram

os trabalhadores migrantes indocumentados. Nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos”.¹

Nesse sentido, o Parecer OC-18/03 teve por finalidade o reconhecimento pela comunidade internacional da necessidade de proteção especial dos direitos humanos dos migrantes em situação de vulnerabilidade, tendo em vista que países da região negam a aplicação dos direitos humanos e trabalhistas, com fundamento em critérios discriminatórios por se tratar de trabalhadores indocumentados.

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no entanto, expressou manifestação no sentido de que os países devem assegurar o respeito aos direitos humanos, bem como o princípio da não discriminação, constituindo imperativo constitucional aplicável a todas as nações, independentemente de serem partes ou não de tratados internacionais, conforme se verifica no parecer OC-18/03:

A Corte, nesta oportunidade, precisou o alcance das obrigações dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, de respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade, ao estabelecer que o princípio de igualdade e não discriminação, que é fundamental para a proteção destes direitos, pertence ao *jus cogens*.²

Esta precisão conduz a Corte a declarar, igualmente, que os Estados, sejam ou não partes de um determinado tratado internacional, estão obrigados a proteger os direitos de igualdade e não discriminação e que essa obrigação tem efeitos *erga omnes*, não apenas em relação aos Estados, mas também frente a terceiros e particulares. Os Estados devem, portanto, respeitar e garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores, seja qual for seu *status* migratório, e, ao mesmo tempo, devem impedir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados ou que a relação de trabalho viole os padrões mínimos internacionais. Para que seja efetiva a tutela dos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados é necessário que se garanta a estes o acesso à justiça e o devido processo legal.³

¹ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

² Afirmar que o princípio de igualdade e não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens*, tem, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, vários efeitos jurídicos: o reconhecimento de que a norma é hierarquicamente superior a respeito de qualquer norma de Direito Internacional, excetuando outras normas de *jus cogens*; em caso de conflito, teria primazia a norma de *jus cogens* frente a qualquer outra regra de Direito Internacional, e seria nula ou careceria de efeitos jurídicos a disposição que contradiga a norma imperativa. (Tomado dos argumentos das Clínicas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade San Francisco de Quito).

³ No Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que “para que exista ‘devido processo legal’ é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. São exemplos deste caráter evolutivo do processo os direitos a não se autoincriminar e a depor na presença de um advogado, que hoje em dia figuram na legislação e na jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados. Desta forma, progressivamente, foi estabelecido o aparato das garantias judiciais recopiladas pelo artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que podem e devem agregar-se, sob o mesmo conceito, de outras garantias apresentadas por diversos instrumentos do Direito Internacional”.

Assegurou-se também a todos os estrangeiros em situação irregular a ampla defesa e o devido processo legal, uma vez que o migrante tem o direito de se defender, mediante processo, nos casos que envolvam violações aos direitos humanos, expulsão, deportação ou até mesmo a detenção do migrante nos respectivos Estados.

Sobre o assunto, expressa o Parecer:

“A proclamação de direitos sem a provisão de garantias para exercê-los fica no vazio. Converte-se em uma formulação estéril, que semeia expectativas e produz frustrações. Por isso é preciso estabelecer as garantias que permitam reivindicar o reconhecimento dos direitos, recuperá-los quando foram desconhecidos, restabelecê-los se foram violados e colocá-los em prática quando seu exercício tropeça em obstáculos indevidos. A isso atende o princípio de acesso igual e expresso à proteção jurisdicional efetiva, isto é, a possibilidade real de ter acesso à justiça através dos meios que o ordenamento interno proporciona a todas as pessoas, com a finalidade de alcançar uma solução justa à controvérsia que se suscitou. Em outros termos: acesso formal e material à justiça.

A esse acesso serve o devido processo, amplamente examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de suas competências consultiva e contenciosa. A rigor, o devido processo é o meio consequente com o mais avançado conceito dos direitos humanos para assegurar a efetiva realização destes direitos: um método ou fator para a eficácia do direito em seu conjunto e dos direitos subjetivos em casos concretos. O devido processo, conceito dinâmico guiado e desenvolvido sob um modelo garantidor que serve aos interesses e direitos individuais e sociais, bem como ao supremo interesse da Justiça, constitui um princípio orientador para a devida solução dos litígios e um direito primordial de todas as pessoas. Aplica-se à solução de controvérsias de qualquer natureza – entre elas, obviamente, as trabalhistas – e às petições e reivindicações que se apresentam perante quaisquer autoridades: judiciais ou administrativas.

O devido processo, em seus elementos que interessam para o objeto do OC-18/2003, implica, por uma parte, a maior igualdade – equilíbrio, “igualdade de armas” – entre os litigantes, particularmente importante quando em um extremo da disputa se encontra o vulnerável trabalhador migrante e no outro o empregador dotado de direitos suficientes e eficientes, uma igualdade que apenas se consegue – na maioria dos casos, que refletem a verdadeira dimensão do problema coletivo – quando o poder público incorpora, através de leis e critérios de interpretação e aplicação, os elementos de compensação ou correção aos que antes me referi; e, além disso, o cumprimento claro e fluído do dever que tem o Estado de oferecer o serviço de justiça, sem distinção e, muito menos, discriminação, que implicaria, de entrada, a derrota do acusado débil”.⁴

A Corte ainda menciona que não é considerada discriminatória a distinção entre migrantes regulares e irregulares, desde que tal distinção seja feita de forma razoável e proporcional, sem qualquer violação aos direitos humanos, tendo em vista que a regularização no país não poderá ser utilizada como critério para aplicação dos princípios da igualdade e da não discriminação.

⁴ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

No que diz respeito aos trabalhadores migrantes, a Corte ressaltou que a criação de vínculos de emprego em determinado trabalho acarreta a aquisição dos direitos trabalhistas previstos na legislação do respectivo Estado, pois o respeito e garantia dos direitos trabalhistas devem ser aplicados de forma igualitária, sem qualquer espécie de discriminação, independentemente da nacionalidade do migrante.

“Os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, entendida em seu sentido mais amplo. Toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, consequentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulamentado no âmbito nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, isto é, regulamenta os direitos e obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer outra consideração de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingressa em um Estado e estabelece relações trabalhistas, adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego, independentemente de sua situação migratória, visto que o respeito e garantia do desfrute e exercício destes direitos devem se realizar sem nenhuma discriminação”.⁵

Consequentemente, o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas, sem qualquer espécie de discriminação nas relações de trabalho, respeitado, ainda, os padrões mínimos estabelecidos no âmbito internacional.

Acerca do assunto, explicita-se:

“Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.

Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática”.⁶

Esclareceu ainda que os Estados e os particulares não estão obrigados a estabelecerem vínculo de emprego com trabalhadores irregulares, mas caso estabeleçam, ficam obrigados a garantirem os mesmos direitos trabalhistas previstos para os trabalhadores regulares no país, na medida em que há obrigação pela nação na aplicação dos direitos empregatícios tanto no campo do Direito Público quanto no Direito Privado, caracterizando, assim, certa responsabilidade internacional por parte do Estado.

Nesse sentido:

⁵ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

⁶ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

“Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.

Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional”.⁷

Essa responsabilidade internacional, no caso da violação dos direitos humanos, caracteriza-se de diversas formas: a primeira delas decorre do Estado como empregador; a segunda praticada por um particular diante da ausência do Estado na fiscalização entre particulares; a terceira quando o migrante, empregado pelo setor público ou privado, seja privado de direitos trabalhistas previstos pelo Estado, a exemplo de aposentadoria, e quarto e último quando o empregado, no pleito de seus direitos, for privado da ampla defesa e de processo judicial.

Com isso, diante da vulnerabilidade dos migrantes em situação irregular, foram previstas várias hipóteses no sentido de assegurar a proteção dos trabalhadores indocumentados em solo estrangeiro, pois, em virtude das dificuldades de se encontrar um emprego condizente, uma vez que determinada situação propicia o pagamento de salários baixíssimos e condições precárias de trabalho, faz com que muitas empresas submetam esses migrantes a trabalhos análogos à condição de escravos. A esse respeito constantemente tem-se notado na mídia, principalmente na cidade de São Paulo, a situação dos bolivianos que trabalham em condições sub-humanas em troca de R\$ 0,20 (vinte centavos) por peça de roupa confeccionada, de acordo com o pronunciamento da Corte:

“Neste Parecer, a Corte se pronunciou sobre os direitos que devem ser reconhecidos e aplicados pelos Estados aos trabalhadores que, por distintas circunstâncias, emigram de seus países em procura de bem-estar econômico, e que ao não terem *status* migratório legal, podem ser vítimas de violações de seus direitos, entre outros, de seus direitos trabalhistas, de seus direitos à integridade, à igualdade e não discriminação. Nesse sentido, o Estado solicitante do Parecer da Corte refere-se ao fato concreto de que, quase seis milhões de trabalhadores mexicanos vivem fora do território nacional, dos quais aproximadamente dois milhões e meio são trabalhadores migrantes indocumentados. Acrescenta que ‘apenas em cinco meses, (do ano de 2002), o México teve que intervir, através de suas representações consulares, em aproximadamente 383 casos em defesa dos trabalhadores mexicanos, por discriminação trabalhista, salários não pagos, indenizações por doenças adquiridas nos centros de trabalho e acidentes de trabalho, entre outros motivos’”.⁸

Assim, a Corte listou, por exemplo, a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, proibição do trabalho infantil, proteção ao trabalho feminino, com a garantia dos mesmos direitos previstos ao trabalhador masculino, como a associação sindical, duração de jornada razoável, descanso e indenização.

⁷ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

⁸ Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

Com isso, constata-se que o objetivo central desse documento é demonstrar que os deslocamentos migratórios são protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, observando-se que todos os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, devem ter asseguradas a proteção dos direitos humanos, a igualdade e a não discriminação:

“A ideia básica de todo o documento é no sentido de que os deslocados internos não perdem os direitos que lhes são inerentes como seres humanos em razão do deslocamento, e estão protegidos pela normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.⁹ Na mesma linha de raciocínio, a ideia básica subjacente à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990) é no sentido de que todos os trabalhadores qualificados como migrantes de acordo com suas disposições, devem desfrutar seus direitos humanos, independentemente de sua situação jurídica; daí a posição central ocupada, também neste contexto, pelo princípio da não discriminação.¹⁰ Em resumo, os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares dos direitos humanos fundamentais, que não se condicionam por sua situação jurídica (irregular ou não).¹¹ Em conclusão sobre este ponto, ao princípio fundamental da igualdade e não discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, um posicionamento verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.¹²

Do exposto, passa-se agora para a análise do Parecer Consultivo OC-21/14, relativamente à migração de crianças na América Latina.

3 ANÁLISE DO PARECER CONSULTIVO OC 21 DE 19 AGOSTO DE 2014 SOBRE DIREITOS E GARANTIAS DE CRIANÇAS NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO E/OU EM NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Em 19 agosto de 2014 as Repúblicas Federativas da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, os denominados “Estados Solicitantes”, apresentaram perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos Opinião Consultiva (OC) sobre a infância migrante na América Latina.

Referido documento teve por objetivo solicitar à Corte internacional a definição das obrigações dos Estados quanto aos padrões jurídicos a serem utilizados nas políticas migratórias, tendo em vista que a situação deveria ser interpretada de acordo com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

⁹ R. Cohen e F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

¹⁰ Tal como enunciado em seu artigo 7º.

¹¹ A. A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Cidade da Guatemala, OIM/IIDH (Cadernos de Trabalho sobre Migração n° 5), 2001, p. 13,18.

¹² Trecho extraído do Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos – A Condição Jurídica e os Direitos Dos Migrantes Indocumentados.

Os aludidos Estados manifestaram as suas considerações sobre a questão da migração, dando, assim, origem ao parecer OC-21 de 2014,¹³ ora objeto em análise.

3.1 Da migração

A migração é um fenômeno internacional que pode envolver dois ou mais Estados. O fluxo migratório, especificamente no que diz respeito ao tema, acarreta o deslocamento de pessoas por diversas razões:

Em busca de oportunidades, seja por razões econômicas ou educacionais; com fins de reunificação familiar, a fim de reagrupar-se com familiares que já migraram; por mudanças repentinas ou progressivas do meio ambiente que afetam adversamente sua vida ou suas condições de vida; por danos derivados do crime organizado, desastres naturais, abuso familiar ou extrema pobreza; para serem transportados no contexto de uma situação de exploração, incluindo o tráfico infantil; para fugir de seu país, seja por temor fundado de ser perseguido por determinados motivos ou porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Apesar de as crianças geralmente se trasladarem com seus pais, membros da família ampliada ou outros adultos, atualmente um número crescente e significativo migra de forma independente e sem companhia.¹⁴

¹³ Na América Latina e no Caribe considera-se que aproximadamente 25 milhões de pessoas migraram para países da América do Norte e Europa, enquanto [...] outros 6 milhões migraram a outros países dentro da região. Delas, uma quantidade crescente, ainda incalculável, são meninas, meninas e adolescentes, alguns dos quais migram junto a seus pais (ou com um deles) ao tempo que outros o fazem de maneira crescente, em forma não acompanhada ou separada. [...]

[... Os meninos e meninas [...] emigram por motivos diversos, seja por reagrupação familiar, procura de melhores condições econômicas, sociais ou culturais, para fugir da pobreza extrema, da degradação ambiental, da violência ou de outras formas de abuso e perseguição a que se vêm submetidos. [...]

[... As pessoas migrantes em situação migratória irregular, por um lado, e os meninos e meninas, pelo outro, são grupos sociais que se encontram em uma condição de vulnerabilidade. Ambos [os] coletivos requerem, por isso, um compromisso especial por parte dos Estados que devem procurar o respeito, a proteção e a garantia de seus direitos fundamentais [tendo em conta] um enfoque transversal de idade que tenha devidamente em consideração os direitos dos meninos e meninas afetados pela migração. [...]

Na atualidade, a utilização da privação de liberdade de migrantes (adultos e meninos) associada à infração das normas migratórias constitui uma problemática que suscita uma profunda preocupação em diferentes âmbitos nacionais e internacionais. [...]

Estabelecido o princípio de não criminalização, ainda restam muitas questões pendentes em relação [ao] reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes e, em particular, sobre o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos das crianças migrantes. [...]

Neste cenário, resulta fundamental que a [...] Corte Interamericana de Direitos Humanos defina com maior precisão quais são os padrões, princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das pessoas migrantes, em particular no que diz respeito aos direitos dos meninos e meninas migrantes e filhos/as de migrantes [...] nos seguintes temas: 1. Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantias que se deveria aplicar nos procedimentos migratórios que envolvam meninos, meninas e adolescentes migrantes; 3. Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório sobre a base do princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes; 4. Medidas de proteção de direitos que deveriam dispor-se de maneira prioritária e que não implicam restrições à liberdade pessoal; 5. Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios; 6. Garantias do devido processo perante medidas que impliquem [na] privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios; 7. Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes; 8. Procedimentos para a identificação e tratamento de meninos e meninas eventuais solicitantes de asilo ou refúgio; 9. O direito à vida familiar dos meninos e meninas em casos de se dispor a expulsão por motivos migratórios de seus pais.

¹⁴ Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 19.

Embora a migração ocorra por diversos fenômenos, o que também foi objeto da pauta dessa consulta é a proteção internacional oferecida por um Estado a uma pessoa estrangeira, ainda que seus direitos humanos estejam violados ou ameaçados no seu país de origem, tendo em vista que a proteção internacional dos direitos humanos deve abarcar

(a) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (b) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (c) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de direitos humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária, e (d) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.¹⁵

Nota-se, entretanto, que há direito de se reivindicar e de receber asilo como um direito individual, bem como de receber proteção internacional em território estrangeiro. Além disso, o comitê dos direitos da criança também ressaltou que a interpretação de aludidos direitos merece ser analisada nos aspectos idade e gênero, levando-se em conta todos os fatores que levaram ao deslocamento territorial dessas pessoas.

Avalia a Corte que as autoridades fronteiriças não podem barrar a entrada de crianças estrangeiras no território nacional, ainda que desacompanhadas, e nem mesmo podem exigir delas documentação que não possam ter, devendo encaminhá-las ao setor adequado para apurar suas necessidades de proteção, inclusive com a criação de uma base de dados que apure o ingresso delas no respectivo território.

Analisa também a questão da criança desacompanhada ou separada da sua família, levando em consideração sua situação de vulnerabilidade, uma vez que o Estado, nesse caso, deverá atuar com maior cautela e prevenção, caso contrário ela poderá tornar-se vítima de tráfico infantil, exploração sexual ou diversas outras formas de abuso ou ações criminosas.

Quanto às crianças vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico, que se encontram em uma situação de extrema vulnerabilidade, os Estados têm o dever de protegê-las contra um novo risco de vitimização¹⁶ e prestar-lhes assistência jurídica e médica,¹⁷ tentando, na medida do possível, proteger a privacidade e identidade da vítima.¹⁸ Além disso, os Estados, na medida do possível, devem considerar a possibilidade de cumprir os propósitos anteriores através do fornecimento de: a) alojamento adequado; b) assessoramento e informação, em particular com respeito a seus direitos, em um idioma que as vítimas de tráfico de pessoas possam compreender; c) assistência médica, psicológica e material e d) oportunidades de educação e/ou capacitação.¹⁹ Adicionalmente, devido à especial si-

¹⁵ Texto extraído do Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, p. 14.

¹⁶ Ver o artigo 9.1.b do 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.

¹⁷ Ver o artigo 6 do 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.

¹⁸ Ver o artigo 6.1 do 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.

¹⁹ Ver o artigo 6.3 do 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.

tuação de vulnerabilidade das vítimas deste delito, os Estados devem, quando proceder, facilitar a obtenção de uma permissão para permanecer em seu território, sobretudo nos casos nos quais seu interesse superior assim o aconselhar ou para continuar com a investigação penal do perpetrador do delito.²⁰

Dessa forma, os Estados devem atuar utilizando-se de medidas de investigação, proteção para as vítimas e campanhas de informação e difusão. Além disso, tem-se adotado políticas de controle de fronteiras, por meio da capacitação de funcionários, com o objetivo de prevenir o tráfico de seres humanos.

3.2 Das garantias do devido processo no âmbito migratório

A Corte Interamericana analisou também as garantias do devido processo legal nas questões migratórias envolvendo crianças, uma vez que deve ser garantido o direito e condições de se defender adequadamente diante de qualquer ato do Estado ou qualquer autoridade pública, administrativa, legislativa ou judicial, prevalecendo noção de justiça:

“Corte já indicou que o direito ao devido processo se refere ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer ato do Estado, adotado por qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que possa afetá-los.²¹ O devido processo, por sua vez, encontra-se intimamente ligado à noção de justiça,²² que se reflete em: (i) um acesso à justiça não apenas formal, mas que reconheça e resolva os fatores de desigualdade real dos processados, (ii) o desenvolvimento de um julgamento justo e (iii) a resolução das controvérsias de forma tal que a decisão adotada se aproxime do maior nível de correção do direito, isto é, que se assegure, na maior medida possível, sua solução justa”.²³

As garantias do devido processo legal são aplicáveis a qualquer pessoa independentemente de sua idade ou nacionalidade. Já é um direito garantido no *status* migratório, uma vez que o Estado deve oferecer a todo estrangeiro, ainda que em situação irregular, a possibilidade de se fazer valer tais atributos:

Outrossim, as garantias do devido processo são aplicadas a qualquer pessoa independentemente de sua idade e condição de estadia em um país. Nessa perspectiva, a Corte esclareceu que o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório.²⁴ Isso significa que o Estado deve garantir

²⁰ Ver o artigo 7.1 do 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. Ver, também, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OACNUDH), Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico Humano, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados em 20 de maio de 2002, diretriz 8.

²¹ Cf. Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), supra, par. 27; Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 69, e Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, par. 130.

²² Cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal, par. 117

²³ Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 cit., p. 42.

²⁴ Cf. Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, pars. 121 e 122, e Caso Vélez Loo Vs. Panamá, par. 143.

que toda pessoa estrangeira, mesmo quando for um migrante em situação irregular, tenha a possibilidade de fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros jurisdicionados.²⁵

Ressalta-se que aludidas garantias devem ser respeitadas independentemente das pessoas às quais se refiram, observando-se que, ao se tratar de criança, o Estado deverá conferir a elas uma atenção especial, tendo em vista que o reconhecimento do processo migratório em relação a pessoas adultas não se faz nas mesmas condições de igualdade.

Assim, a própria Corte Interamericana confere às crianças várias garantias no processo migratório, considerando critérios de maiores relevâncias:

Tendo as anteriores considerações como base, a Corte se referirá a seguir às garantias que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório que envolva crianças, fazendo menção especial, quando corresponda, àquelas que exigem mais relevância neste tipo de processo. Em consequência, a Corte se referirá aos seguintes aspectos: (i) o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; (ii) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; (iii) o direito da criança a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; (iv) o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; (v) o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; (vi) o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; (vii) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; (viii) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; (ix) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e (x) o prazo razoável de duração do processo.²⁶

Com isso, exemplificando, o Tribunal reconhece que a falta de notificação ao migrante sobre a existência de um processo acarreta violação ao direito de defesa, que também é entendido às crianças migrantes. Logicamente que, nesse caso, há pessoal especializado para se comunicar com as crianças e tratar do assunto tanto administrativa quanto judicialmente.

Além disso, todo processo migratório deve ser conduzido por um funcionário ou juiz especializado no assunto, garantida a sua imparcialidade e respeito à legislação pertinente.

Importante ressaltar também que, no caso de migrantes menores de idade, as decisões em matéria migratória não poderão ser delegadas a funcionários não especializados, pois os Estados devem garantir que tais decisões sejam feitas por pessoas capacitadas, de forma a identificar as necessidades especiais e de proteção às crianças migrantes.

A criança também precisa ser ouvida nas diversas etapas do processo, pois com isso busca-se o seu melhor interesse. O Estado, no caso das crianças migrantes que não entendam o idioma, deve garantir que elas sejam assistidas por um tradutor e/ou intérprete, sempre com o objetivo de que seus interesses superiores sejam considerados.

²⁵ Cf. Caso Vélez Looz Vs. Panamá, par. 143.

²⁶ Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 cit., p. 44.

A Corte menciona ainda que todo funcionário consular tem o dever de zelar primordialmente pelos interesses das crianças, tendo em vista que as decisões administrativas ou judiciais que sejam adotadas no país receptor devem ser avaliadas de acordo com seu interesse superior, na medida em que sua situação de vulnerabilidade, em razão de se encontrarem fora de seu país de origem, desacompanhadas ou separadas de sua família, merece especial atenção por parte das nações.

O Tribunal destaca também que os Estados têm o dever de garantir a toda criança no contexto migratório representação jurídica especializada por meio de serviços estatais gratuitos, respeitando-se o efetivo acesso à Justiça.

No caso de crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias, o Estado tem a obrigação de designar um tutor até que elas atinjam a maioridade, o que ocorre aos 18 (dezoito) anos de idade, podendo, logo após a emancipação, abandonar o território ou a jurisdição daquela nação, devendo, referido tutor, no exercício de sua tutela, conhecer evidentemente os interesses do menor, atendendo-se sempre às necessidades sociais, educativas, jurídicas e psicológicas daquele(a) migrante.

Para as decisões emanadas no âmbito migratório, a Corte menciona que todas elas deverão ser fundamentadas de acordo com a administração da Justiça, garantindo-se sempre o direito das pessoas de não serem julgadas de forma arbitrária numa sociedade democrática.

Em se tratando de decisão, caberá a toda pessoa no contexto migratório o direito de recorrer, com efeito suspensivo, seja no âmbito administrativo ou judicial, de deliberação pela deportação ou expulsão de um país. No caso da criança, esse recurso merece destaque, pois será ele utilizado caso o interesse superior do menor não seja atendido, ou seja, quando de fato não foi a criança devidamente ouvida ou suas opiniões não terem sido consideradas, lembrando que todo o trâmite processual deverá respeitar a duração razoável do processo, sem prejuízo ao direito da criança no que diz respeito à celeridade processual.

3.3 Do princípio da não privação de liberdade de crianças e do princípio de não devolução (*Non-Refoulement*)

Outro ponto importante a ser destacado refere-se ao Princípio da Não Privação de Liberdade de Crianças por sua situação migratória irregular.

Mais especificamente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados entendeu, em relação às pessoas em busca de proteção internacional, que a detenção equivale à “privação da liberdade ou confinamento em um local fechado, do qual não se permite que o solicitante de refúgio saia pela própria vontade, incluindo, mas não limitado a presídios ou centros de detenção, instalações de recepção ou retenção”.²⁷ Além disso, entende que “[a]s distinções entre a privação da liberdade e restrições menores à circulação são de maior ou menor grau de intensidade e não de natureza ou substância”.²⁸ Por conseguinte, “[q]ualquer que seja o nome dado ao local específico da detenção, as questões mais importantes dizem respeito a se o solicitante de refúgio está sendo privado de sua

²⁷ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção, publicadas em 2012, introdução, par. 5º.

²⁸ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção, publicadas em 2012, introdução, par. 6º.

liberdade de fato e se esta privação é considerada legal de acordo com o Direito Internacional”.²⁹ Outorga-se assim, portanto, uma precisão adicional ao conceito de privação de liberdade em hipóteses em que se restringe a liberdade de ir e vir, mas que esta restrição gera, na situação concreta, uma afetação de tal envergadura nos direitos da pessoa, como no direito de solicitar e receber asilo, que essa restrição resulta comparável a uma medida privativa de liberdade em razão do “tipo, duração, efeitos e forma de implementação”.³⁰

A Corte entende que o princípio de *ultima ratio* de detenção só deve ser aplicado em último caso como caráter pedagógico do processo penal.

Com efeito, constitui um princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos,³¹ cristalizado na Convenção Sobre os Direitos da Criança³² e desenvolvido pela jurisprudência desta Corte no marco do direito à liberdade pessoal em casos relativos a jovens em conflito com a lei penal,³³ que a privação de liberdade, seja em sua faceta cautelar ou como sanção penal, constitui uma medida de último recurso que deve ser aplicada, quando proceda, pelo menor tempo possível,³⁴ dado o objetivo fundamentalmente pedagógico do processo penal relativo a pessoas menores de idade.³⁵ É assim que a privação de liberdade no contexto da justiça penal juvenil deve respeitar os princípios de legalidade, excepcionalidade e máxima brevidade.³⁶ Além disso, a excepcionalidade da prisão preventiva opera com maior rigorosidade, já que a regra deve ser a liberdade e, caso se verifique a necessidade de cautela, deve primar a aplicação de medidas substitutivas.³⁷

De acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte considera que a privação de liberdade das crianças desacompanhadas ou separadas de sua família é totalmente descabida, tendo em vista que o Estado, conforme o Comitê dos Direitos da Criança, está obrigado a garantir uma proteção especial aos menores e buscar atingir seu melhor interesse superior:

²⁹ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção, publicadas em 2012, introdução, par. 7º, citando TEDH, Caso Guzzardi Vs. Itália, Nº 7367/76. Sentença de 6 de novembro de 1980, par. 93.

³⁰ TEDH, Caso Amuur Vs. França, Nº 19776/92. Sentença de 25 de junho de 1996, par. 42 (tradução da Secretaria da Corte).

³¹ Ver a regra 13.1 das Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a administração da justiça da criança e do adolescente (Regras de Beijing), UN Doc. A/RES/40/33, adotadas em 29 de novembro de 1985; a regra 6.1 das Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), UN. Doc. A/RES/45/110, adotadas em 14 de dezembro de 1990; a regra 17 das Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade (Regras de Havana), UN Doc. A/RES/45/113, adotadas em 14 de dezembro de 1990, e o princípio III dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, adotados durante o 131º Período Ordinário de Sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008.

³² O artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que os Estados-Partes zelarão para que: nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

³³ Cf. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai, supra, pars. 230 e 231, e Caso Mendoza e outros Vs. Argentina, par. 162.

³⁴ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 10: Os Direitos da Criança no âmbito da justiça de menores, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, pars. 70, 79 e 80. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, par. 61.

³⁵ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 10: Os Direitos da Criança no âmbito da justiça de menores, par. 51.

³⁶ Ver artigo 37.b) e d) da Convenção sobre os Direitos da Criança.

³⁷ Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 cit., p. 54-55.

Em aplicação do artigo 37 da Convenção e do princípio do interesse superior do menor, não se deve privar de liberdade, como regra geral, os menores desacompanhados ou separados de sua família. A privação de liberdade não poderá ser justificada apenas porque o menor esteja sozinho ou separado de sua família, nem por sua condição de imigrante ou residente. [...] Por conseguinte, deve ser feito todo o possível, inclusive acelerar os processos pertinentes, com o objetivo de que os menores desacompanhados ou separados de sua família sejam postos em liberdade e colocados em outras instituições de alojamento.³⁸

No caso das crianças migrantes, a Corte ainda ressalta que:

Em suma, a Corte entende que as crianças migrantes e, em particular aqueles em situação migratória irregular que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, requerem do Estado receptor uma atuação especificamente orientada à proteção prioritária de seus direitos, que deve ser definida segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto, isto é, se se encontram com sua família, separados ou desacompanhados, e atendendo o seu interesse superior. Para tanto os Estados, em cumprimento de suas obrigações internacionais na matéria, devem elaborar e incorporar em seu ordenamento interno um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem ordenadas e aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios visando, de forma prioritária, à proteção integral dos direitos da criança, de acordo com as características descritas, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade.³⁹

Isso se aplica também na questão dos alojamentos para crianças acompanhadas ou separadas de suas famílias, quando o Estado tem o dever de assegurar espaços de alojamento com infraestrutura apropriada, regime adequado que assegure a proteção de seus direitos, bem como assistência médica, jurídica, apoio educativo e atenção integral, especialmente àquelas portadoras de deficiência física ou de doenças como o HIV/Aids, inclusive com pessoal especializado em Psicologia Infantil.

E por fim, em se tratando do Princípio de Não Devolução (*Non-Refoulement*), tem se entendido que uma das obrigações internacionais associadas a esse princípio é a proibição à tortura, o que faz com que o Estado respeite normas de direitos humanos e não deporte ou extradite uma pessoa sujeita à jurisdição de outro país, com fundado receio de perigo a sua integridade:

Assim, a partir do artigo 5º da Convenção Americana, lido em conjunto com as obrigações *erga omnes* de respeitar e fazer respeitar as normas de proteção dos direitos humanos, decorre o dever do Estado de não deportar, devolver, expulsar, extraditar ou remover de outro modo uma pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição para outro Estado, ou para

³⁸ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, *supra*, par. 61. Ver, também, Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes, de acordo com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 75.a).

³⁹ Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 cit., p. 62.

um terceiro Estado que não seja seguro, quando exista presunção fundada para crer que estaria em perigo de ser submetida à tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.⁴⁰

4 CONCLUSÃO

Por fim, constata-se que os Estados estão condicionados no respeito aos direitos humanos no campo de circulação de pessoas pelo mundo, com dever de especial proteção aos migrantes indocumentados, tendo em vista que uma nação não mais pode agir, no que diz respeito ao contexto migratório, exclusivamente com base na sua pretensão nacional ou política interna.

5 REFERÊNCIAS

- BATISTA, Vanessa Oliveira. O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo da segurança migratória. *Revista Versus Acadêmica*, Rio de Janeiro: UFRJ, p. 68-78, nov. 2009.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Cidade da Guatemala, OIM/IIDH (Cadernos de Trabalho sobre Migração nº 5), 2001, p. 13,18.
- COHEN, R.; DENG, F. *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*. Washington D.C.: Brookings Institution, 1998. p. 74.
- FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. *Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Veigas. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- PARECER CONSULTIVO OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*.

⁴⁰ De igual forma, o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece: “[n]inguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro 1966, entrada em vigor em 23 de março de 1976. Os seguintes 31 Estados-Membros da OEA são parte deste tratado: Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas interpretou essa norma no sentido de incluir um dever dos Estados-Partes de “não [...] expor as pessoas ao perigo de serem submetidas a torturas ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ao regressar a outro país como resultado de extradição, expulsão ou devolução”. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 20, Substitui a Observação Geral N° 7. Proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis (Artigo 7º), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 10 de março de 1992, par. 9º. Este dever surge das obrigações gerais do artigo 2º do Pacto, que exige que os Estados-Partes respeitem e garantam os direitos do Pacto a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, o que implica “[n]a obrigação de não extraditar, deportar, expulsar ou retirar de outro modo uma pessoa de seu território, quando há razões de peso para acreditar que existe um risco real de provocar um dano irreparável, como o contemplado pelos artigos 6º [direito à vida] e 7º [proibição de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes] do Pacto, no país para onde se realizará essa saída forçada ou em qualquer país para o qual a pessoa seja expulsa posteriormente”. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 31, A natureza da obrigação jurídica geral imposta, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 12. Além disso, em várias decisões sobre casos individuais, o Comitê afirmou que não é possível extraditar, deportar, expulsar ou remover de nenhuma maneira uma pessoa do território de um Estado se existem motivos suficientes para acreditar que existe risco de dano irreparável contra seus direitos, e sem antes tomar em consideração as alegações da pessoa sobre o risco existente. Comitê de Direitos Humanos, Joseph Kindler c. Canadá (Comunicação N° 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, parecer adotado em 11 de novembro de 1993, par. 6.2; Charles Chitit Ng c. Canadá (Comunicação N° 469/991), UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, parecer adotado em 7 de janeiro de 1994, par. 6.2; Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca (Comunicação N° 1222/2003), UN Doc. CCPR/C/82/D/1222/2003, parecer adotado em 9 de dezembro 2004, par. 11.3, e Jama Warsame c. Canadá, (Comunicação N° 1959/2010), UN Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010, parecer adotado em 1 de setembro 2011, par. 8.3.

PARECER CONSULTIVO OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RELATÓRIO do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante. *Promoção e Proteção de Todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 19.

REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. *Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros – os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. (Edição especial comemorativa dos 40 anos).

VEDOVATO, Luís Renato. *Direito de ingresso do estrangeiro: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado*. São Paulo: Atlas, 2013. Livro digital.

ZOLBERG, Aristide. “Matters of State: theorizing immigration policy”. In: HIRSCHMAN, Charles; KASINITZ, Philip; DEWIND, Josh. *The handbook of international migration, the American Experience*. Nova York: Russel Sage Foundation, 1999.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.16.296-310>

Relevância Provisória e Urgência Sob Medida: Paradoxos Conceituais na Moderna Conjuntura Jurídico-Política Brasileira

Delano David Silva

<http://lattes.cnpq.br/7210081675639119>. ddmsilva@sabesp.com.br

Everaldo Luiz Bonfim Fernandez

Professor da Universidade Federal do Amazonas desde 1991. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público. <http://lattes.cnpq.br/2479543824188955>. elbf@live.com

RESUMO

O presente ensaio visa a observar a definição de pressupostos constitucionais de relevância e urgência nas medidas provisórias sob uma perspectiva sociopolítica. Previstas no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são instrumentos de caráter excepcional e de emprego pelo chefe do Poder executivo para editar normas com força de lei para situações de manifesta relevância que exijam urgência. A aferição do cumprimento desses requisitos na realidade, e, conseqüentemente, o uso adequado deste instrumento normativo, considerado o diagnóstico contumaz de que a competência legislativa do poder Executivo revela-se desvirtuada nesta seara, traduz o núcleo de discussão deste artigo.

Palavras-chave: Constituição. Sociedade. Medidas provisórias. Relevância. Urgência.

PROVISIONAL RELEVANCE AND TAILORED URGENCY: CONCEPTUAL PARADOXES IN THE MODERN BRAZILIAN JURIDICAL AND POLITICAL CONJUNCTION

ABSTRACT

The present study intends to adjudge the definition of the constitutional presumptions of relevance and urgency in provisional measures under social and political perspectives. Prescribed in Article 62 of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, interim measures are an instrument of exceptionality to be used by the Head of the Executive Branch to edit standards with status of law for situations of relevance which demand urgency. This paper draws attention to the monitoring of compliance with these requisites in the current timeframe and, consequently, the proper use of this normative instrument, considering the contumacious diagnostic that the legislative authority from the Executive Branch of this body is somehow misused as a governmental instrument.

Keywords: Constitution. Society. Provisional measures. Relevance. Urgency.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Iniciação à delineação axiológica das medidas provisórias. 3 Requisitos constitucionais para a devida edição positiva de medidas provisórias. 4 Aproximações teóricas ao significado dos requisitos de relevância e urgência. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 26/2/2019

Modificações solicitadas em: 18/10/2019

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Inspirado no artigo 13 da atual Constituição da República Italiana, o qual dispõe que “em casos excepcionais de necessidade e urgência estritamente definidos por lei, a autoridade de ordem pública poderá adotar medidas provisórias”, o poder constituinte do Brasil adotou a medida provisória¹ na sua tipologia legal com o escopo de atender às demandas sociopolíticas da comunidade brasileira contemporânea, que exige numerosas providências legislativas imediatas em determinadas matérias, cujas circunstâncias graves e excepcionais exigiam a sua participação na produção normativa, sem necessidade de intervenção prévia do poder Legislativo.

Prevista no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a MP sucedeu o decreto-lei, porquanto o semantema ditatorial intrínseco a este instrumento deveria ser rechaçado diante da nova ordem jurídica, produto de revoluções burguesas, que da independência da Holanda contra a Espanha no século 16, passando pelas revoluções inglesas seiscentistas, atingiria o apogeu ao término do século 18 com a Independência dos Estados Unidos da América e, máxime, com a excelsa Revolução Francesa.

Nestas circunstâncias, ao emergir como área de legitimação política, o embrião de diversos Estados passou a adotar os fundamentos ideológicos da república e da democracia – hoje patentes na Constituição da República Federativa do Brasil e ajustados ao peculiar cenário sociopolítico nacional.

Isso posto, a partir deste esboço histórico-cultural, o presente ensaio principia com a definição do instrumento normativo que mais suscita debates na presente quadra. Constitui, pois, a MP, em ato normativo primário e excepcional, de competência legislativa autônoma e direta do chefe do poder Executivo Federal,² que pode editá-la com força de lei em situações urgentes e matérias relevantes.

Este tópico, contudo, enfrenta algumas dificuldades para sua delimitação no Brasil, principalmente em razão de dissensões doutrinárias acerca da função extraordinária de legislar concedida ao poder Executivo, que se comporta como exceção à função típica legiferante inerente ao poder Legislativo, e se agrava pelo desmedido número de medidas provisórias já editadas pelo Executivo, ainda que aparentemente excepcionais.

2 INICIAÇÃO À DELINEAÇÃO AXIOLÓGICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Mesmo após vivenciar uma ditadura militar marcada por autoritarismo exasperado e nacionalismo exacerbado, que governou o Brasil por mais de 20 anos, admite-se hoje que a pessoa ocupante do cargo de presidente da República, de forma discricionária, por meio de um ato normativo, edite uma MP de imediato para o emprego em circunstâncias peculiares, após a devida submissão de tal ato normativo ao Congresso Nacional.

A partir dessa leitura do texto constitucional, tem-se a exigência de dois requisitos fundamentais para edição de MP: relevância e urgência. As medidas provisórias, portanto, apenas poderão ser editadas em caráter excepcional quando houver relevância e urgência.

¹ Para garantir a fluidez textual, adotar-se-á a sigla MP para a designação desta espécie normativa.

² Os chefes do poder Executivo dos Estados Federados podem valer-se das medidas provisórias, caso esteja prevista esta possibilidade em suas respectivas Constituições Estaduais; entretanto isto não constitui o foco de estudo deste ensaio.

Relevância e urgência são, todavia, conceitos jurídicos indeterminados, e, por essa razão, não suscetíveis de identificação imediata. Especialmente por serem concebidos como genéricos e subjetivos, há certa dificuldade na sua aferição, configurando tal abertura uma das hipóteses para justificar a demasiada edição de medidas provisórias.

Pautada no sistema de colaboração entre os poderes, a Constituição Federal exige que o chefe do poder Executivo, após a edição preliminar de uma MP, submeta-a de imediato ao Congresso Nacional para que este realize o controle de seus pressupostos. Ora, o poder Legislativo poderá rejeitar medidas provisórias que não contemplem os referidos requisitos de admissibilidade, ou seja, que não sejam relevantes e urgentes.

Conforme fonte obtida nos *sites* da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Portal da Legislação do Governo Federal (2015, p. 3), o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou 419 medidas provisórias durante os oito anos de governo, uma média de 4,3 MP por mês.

Por sua vez, Dilma Vana Rousseff editou 145 medidas provisórias durante seu primeiro ano de mandato (2011-2014), totalizando-se uma média de 3 por mês durante o exercício de suas funções governamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o basal ordenamento jurídico-normativo, servindo de modelo em âmbitos nacional, estadual, distrital e municipal para que os entes federativos atuem em consonância com os seus ditames, evitando, assim, lacunas, discrepâncias ou antagonismos na aplicação de princípios e normas jurídicas e na atuação dos diversos órgãos estatais.

Nesse sentido, a fim de se propiciar uma atuação equilibrada dos órgãos nos entes federativos, infere-se a previsão do princípio da simetria, o qual, embora não esteja grafado expressamente no texto constitucional, é amplamente construído a partir do diálogo entre outros elementos constitucionais – isonomia, proporcionalidade, supremacia constitucional, devido processo legal, razoabilidade e boa-fé.

Em razão da constatação da grande e crescente frequência das medidas provisórias na pauta do Legislativo federal³ e, por vezes, do Legislativo estadual, que não observam tais pressupostos constitucionais, esta pesquisa tecerá as diretrizes para orientar as noções dos pressupostos constitucionais sobreditos.

3 REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA A DEVIDA EDIÇÃO POSITIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

No âmbito federal, uma vez adotada a MP, deve o presidente da República submetê-la de imediato à análise do Congresso Nacional. Caso seja editada durante o recesso parlamentar, que ocorre, em regra, no período de 22 de dezembro a 2 de fevereiro e de 17 de julho a 1º de agosto, a contagem do prazo ficará suspensa, iniciando-se no primeiro dia da sessão legislativa seguinte (CLÈVE, 2011, p. 229).

³ Nesse sentido, a título de exemplo, informação obtida no *site* do Senado Federal, com o seguinte teor: “O Senado recebeu nesta segunda-feira (26) três medidas provisórias aprovadas pela Câmara na última semana. Com isso, passa a seis o número de medidas que trancam a pauta do plenário e impedem a votação de projetos de lei. Todas precisam ser aprovadas até o dia 2 de junho para que não percam a validade” (BRASIL, 2015, p. 1).

De acordo com o artigo 62, §§ 5º e 9º da CF, e artigo 5º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, uma vez recebida a MP pelo Congresso Nacional, esta será enviada a uma Comissão Mista composta de deputados e senadores, que deverá examinar a medida provisória e sobre ela emitir parecer no prazo improrrogável de 14 dias, contados da publicação do ato no Diário Oficial da União. Este parecer deverá apreciar os aspectos constitucionais e de mérito, a matéria, a adequação financeira e orçamentária, a observância aos pressupostos de relevância e urgência, e o cumprimento pelo presidente da República do disposto no artigo 2º, §1º da Resolução nº 1/2002-CN, que exige deste o envio de seu texto ao Congresso Nacional, acompanhado de documento expondo a motivação fundamentada do ato no mesmo dia da publicação da MP no DOU (CLÈVE, 2011, p. 235).

Caso a Comissão não emita o parecer no prazo estabelecido, caberá à Câmara dos Deputados apreciar a MP (artigo 6º, §1º), sendo possível que o Relator da Comissão Mista profira parecer no Plenário da Câmara (§2º). Tal apreciação pela Comissão é indispensável, pois se trata de uma exigência constitucional; todavia, “a possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista” (CLÈVE, 2011, p. 233).

Após o parecer da Comissão Mista, a MP será apreciada pelo plenário de cada uma das Casas. O processo de votação será em sessão separada, tendo início na Câmara dos Deputados para deliberação principal e primeira votação, com a Casa revisora sendo o Senado Federal. Aprovada na Câmara por maioria simples de votos, a medida provisória será enviada para o Senado, que, na revisão, verificará preliminarmente o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e a sua adequação financeira e orçamentária (artigo 8º da Resolução n. 1/2002-CN), e, no caso de atendidos esses requisitos, será então realizada a análise de seu mérito.

Sendo aprovada integralmente por, pelo menos, a maioria simples do Senado, a MP será convertida em lei e promulgada pelo presidente do Senado, que a remeterá ao presidente da República para que este a publique como ato normativo primário.

Do contrário, dentro do prazo de vigência, poderão dar-se três situações: aprovação com alterações, rejeição expressa ou rejeição tácita.

Tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal podem apresentar emendas supressivas ou aditivas ao conteúdo da medida provisória, desde que não tratem de matéria diferente daquela disposta no texto da MP.

Nesse caso, sendo a MP aprovada com emenda, isto é, com qualquer alteração no texto da medida pelo Congresso, transformar-se-á em um projeto de lei de conversão (Resolução nº 1 de 2002-CN, artigo 5º, §4º, inciso I).

De maneira diversa, pode a MP editada ser rejeitada expressamente, situação em que será arquivada e perderá seus efeitos de forma retroativa.

O prazo para apreciação da medida provisória no Congresso Nacional é de 60 dias contados da sua publicação no Diário Oficial. Findos os primeiros 60 dias, o prazo é prorrogável uma única vez por igual período, caso não tenha sido encerrada a votação nas duas Casas do Congresso Nacional.

Totalizado o prazo de 120 dias, caso não seja convertida em lei pelas Casas do Congresso, a MP perderá a eficácia desde a sua edição (artigo 62, §3º, da CF/1988), devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes (rejeição tácita).

Importante ressaltar que o artigo 62, §6º, CF/1988 dispõe que, não sendo a medida provisória apreciada em até 45 dias pelo Congresso Nacional, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência constitucional.

Isso significa que haverá sobrestamento da pauta, ou seja, ocorrerá o trancamento da pauta na casa legislativa em que a MP esteja tramitando, de modo que, em sessão ordinária, nenhuma proposição poderá ser deliberada até concluída a votação desta MP.

Importante observar que se trata de dois prazos diferentes, mas paralelos e interdependentes (prazo de vigência de 60 dias prorrogáveis por mais 60 dias e prazo de trancamento de pauta do Congresso, que corresponde a 45 dias), muito embora tenham ambos como termo inicial a edição da MP.

A Carta Política de 1988 determina que, para a edição de medidas provisórias, há de ser observado o cumprimento de dois pressupostos: urgência e relevância.

Assim, é necessária a presença simultânea dos dois requisitos para que sua adoção seja autorizada; caso contrário, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade.

Tais pressupostos dignam-se a limitar o uso de MP apenas para situações ditas urgentes e relevantes, justamente por ser excepcionalidade a ser utilizada pelo chefe do poder Executivo, e de exceção à função típica legiferante do poder Legislativo.

Ocorre que a Lei Maior, muito embora tenha adotado os referidos pressupostos, não tratou de delimitá-los, dificultando a sua apreciação.

Diante do silêncio, relevância e urgência foram caracterizadas como termos abstratos em decorrência da fluidez linguística.

Reitera-se que são conceitos jurídicos indeterminados, porque não são passíveis de identificação imediata, necessitando de interpretação por parte do seu aplicador. Ao não determinar quais seriam as situações relevantes e urgentes, o Constituinte concedeu a esses requisitos caráter de “cláusulas abertas”, e, pois, passíveis de interpretações variadas ao longo do tempo e do espaço, o que conferiu uma maior liberdade aos chefes do Executivo na edição de medidas provisórias, que se “beneficiam”, com bastante frequência, dessa abertura do legislador para aplicar seus próprios critérios e editar medidas provisórias que, muitas vezes, não observam os pressupostos exigidos.

Obviamente, os vocábulos “relevância” e “urgência” são portadores de conteúdo de significação ampla, sujeitos a critérios axiológicos cambiantes, que lhes dão timbre subjetivo de fungibilidade, instabilidade e volubilidade.

Apesar dessa aparente insegurança, entretanto, Alexandre de Moraes (2015, p. 95) alerta que a não explicação dos pressupostos pela Constituição Nacional é uma técnica ideológica por trazer consigo desígnio intencional, no qual o legislador constitucional introduz “expressões indeterminadas ou imprecisas, como relevância e urgência, a fim de que, em cada momento propício à edição de medidas provisórias, eles possam sofrer uma valoração, adequando-se aos fatos que poderão servir de fundamento a essas medidas”.

Com o intuito de preservar a permanência duradoura da Lei das Leis, de maneira que sua interpretação permita a adaptabilidade dos preceitos de acordo com o tempo e espaço, a impossibilidade de previsão pelo legislador de todas as circunstâncias que recobrem um dado instrumento foi empregada na Constituição da República de 1988.

Embora sejam cláusulas abertas e gerais, inaplicável ao intérprete a prerrogativa de atribuir aos conceitos qualquer significado.

De acordo com os esclarecimentos Celso Antônio Bandeira de Mello (2018, p. 100), “a circunstância de relevância e urgência serem, como efetivamente o são, conceitos ‘vagos’, ‘fluidos’, ‘imprecisos’, não implica que lhes faleça densidade significativa”, ou seja, apesar de que possam ser considerados conceitos indeterminados, são passíveis de identificação plena. De fato, todo conceito jurídico indeterminado é portador de um comando e, portanto, de um conteúdo, ainda que esta relação de linearidade não se manifeste de modo incontestável em precipitada apreciação.

Em observância à factibilidade de conceitos jurídicos indeterminados, a valoração da presença dos requisitos e do seu teor, “acarreta um juízo discricionário por parte de seu destinatário final imediato” (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 143-144), *i.e.*, o chefe do poder Executivo. Mesmo impreciso, o conceito deve apresentar uma diretriz em que se aloja o seu significado. Desse modo, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não explicitar as situações que configurariam relevância e urgência, a doutrina tratou de identificá-las, levando-se em consideração todo o contexto que envolve o referido instrumento desde a sua criação pelo legislador, principalmente porque a penumbra da subjetividade dos termos abre margem para a utilização desmedida e indevida de MP.

Passa-se, portanto, à pressurosa apreciação de parte do incomensurável arcabouço doutrinário atinente aos dois elementos de constitucionalidade das medidas provisórias na condição de espécies legislativas excepcionais.

4 APROXIMAÇÕES TEÓRICAS AO SIGNIFICADO DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

O artigo 62 da Constituição da República estabelece como requisitos para a edição de medidas provisórias a presença simultânea dos pressupostos constitucionais urgência e relevância. Diante dessa exigência, impõe-se definir o conteúdo semântico dos termos, sem os quais não há como identificar as hipóteses possíveis de serem agasalhadas pela MP.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a doutrina chama-os de pressupostos, por serem elementos que deverão ser considerados em uma fase antecedente à sua própria edição” (2018, p. 99).

Relevância pode ser entendida como todo trecho material da realidade social que é importante, necessário, fundamental e pertinente à vida em sociedade.

O conceito de relevância está absolutamente atrelado ao interesse público. Destarte, o conceito era inclusive utilizado à época do extinto decreto-lei da Constituição Federal de 1967, que dispunha em seu artigo 55 que o presidente da República poderia expedir decretos-lei em casos de urgência ou interesse público relevante.

Não é todo e qualquer interesse público, contudo, que enseja a edição de medidas provisórias. Estas são destinadas aos casos mais importantes, mais graves, que demandam atuação imediata do Estado Federal. As medidas provisórias, portanto, como explica Uadi Lammêgo Bulos (2016, p. 181-182), servem “para suprir ou amenizar – momentaneamente – situações de enorme risco e gravidade reconhecida”. Aduz o jurisconsulto:

Etimologicamente o vocábulo relevância, advindo de *relevare*, traduz importância social, vantagem de algum empreendimento, ato de fazer ressaltar, o que significa valorar o fato a ser considerado como desencadeador de uma medida provisória (2016, p. 182).

A relevância mencionada no artigo 62 da Constituição Nacional é a providência que se impõe, em determinada situação, para tutelar interesse público, cujas peculiaridades e especificidades da matéria que veicula reclamam atenção e atuação extraordinárias por parte do Estado. O fim será alcançado por meio da MP, inexistindo outro instrumento hábil a fazê-lo.

A relevância, pois, é “extraordinária, excepcional, especialmente qualificada e contaminada pela contingência, acidentalidade e imprevisibilidade” (CLÈVE, 2011, p. 89). Nesse sentido, sua adoção inadmite satisfação de interesses outros que não os da sociedade.

A relevância deve vincular-se, unicamente, à realização do interesse público sob apreciação. Esta relevância que autoriza deflagração da competência normativa do chefe do poder Executivo em questão não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, na verdade, de uma relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, socialmente adjetivada, contaminada pela quota circunstancial, acidentalidade e imprevisibilidade (CLÈVE, 2011, p. 89-90).

Ora, a relevância para a sociedade já justificaria a adoção do ato normativo por parte do poder Executivo, contanto que não implique a satisfação de interesses particulares, sob o risco de resultar em sérios comprometimentos da ordem pública.

Ainda acerca da relevância, destaca-se a explanação de que “a relevância de que trata a Constituição não é, apenas, da matéria tratada, devendo qualificar a situação a qual enseja (estado de necessidade) a medida provisória” (CLÈVE, 2011, p. 173).

Ora, além de relevante a matéria, a situação também deve ser urgente. A esse respeito, de acordo com o ministro Celso de Mello, em seu voto na ADI 221-MC (BRASIL, 2015), a justificativa da edição da MP está na existência de um estado de necessidade que demanda uma rápida atitude do chefe do Executivo:

O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso Direito Constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao poder público a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação em face do próprio *periculun in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da postação legislativa (...). É inquestionável que as MPs trazem, no plano de organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional (Voto do Min. Celso de Mello, no julgamento da ADI 221-MC, Plenário, DJ de 22-10-1993).

Conforme explica a ministra Carmem Lúcia, citada por Clève (2011, p. 174), o artigo 62 da Constituição deve ser lido do seguinte modo: “em caso de relevância e quando esse caso de relevância for urgente [...]”. A urgência significa que a MP deve regular uma situação que não suporte aguardar um período prolongado.

O contexto fático que requer a edição da medida deve ser iminente e inadiável, aliando a questão de data (momento) à condição social nela constatada (CLÈVE, 2011, p. 68-71). A urgência, então, admite maior precisão conceitual e é mais fácil de ser compreendida, podendo ser interpretada como aquilo que exige prioridade e que demanda, além de uma providência legislativa imediata, uma eficácia também imediata, inalcançável pelas regras ordinárias de legiferação, por indicar um perigo de dano, uma emergência, uma situação crítica ou muito grave, um estado de necessidade legislativa. Assim esclareceu o ministro Celso de Mello na ADI 221-MC. Neste mesmo sentido, Celso Antônio de Mello, *ipsis litteris*:

[...] mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora (2018, p. 118).

Assim, a urgência referida na Constituição da República de 1988 consubstancia-se em uma hipótese que requer positividade premente, não sendo possível aguardar o tempo necessário do processo legislativo ordinário, nem mesmo se socorrendo da alegação de urgência no trâmite, facultada no artigo 64, §§ 1º e 2º da Lei Maior, sob pena de ocasionar riscos ou danos à coletividade.

Ora, situações de emergência podem existir e a MP surge como uma necessidade a fim de superar, como bem lembra Gustavo Zagrebelsky (*apud* CLÈVE, 2011, p. 22), “a lentidão procedimental e política, nem sempre evitáveis em sede parlamentar”. Constitui demanda inadiável, em que tanto o processo legislativo ordinário e o sumário abreviado são ineficazes. Isto já possui relativo consenso na doutrina brasileira, conforme Balera assim se manifesta sobre o pressuposto da urgência:

[...] só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes inidiváveis prejuízos à Nação venha a ser disciplina por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso Direito Positivo só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto (2009, p. 16).

A configuração do requisito da urgência, por ser uma cláusula aberta, dificulta determinar seu significado, e por esse motivo há de ser verificada diante do caso concreto. À vista disso, justifica-se a obrigação do chefe do Executivo de apresentar a circunstância que embasa a necessidade de edição daquele instrumento normativo.

Para Balera (2009), as medidas provisórias assemelham-se a um procedimento cautelar, que se antecipa ao processo legislativo. Assim, para esta autora, o pressuposto urgência insere-se no *periculum in mora*, “visto que, em determinada matéria, objeto de medida pro-

visória, a espera do trâmite normal do processo legislativo pode inviabilizar o caráter acautelatório do instrumento constitucional, causando um dano irreparável ou de difícil reparação” (2009, p. 17).

O pressuposto da relevância, por sua vez, pode ser compreendido como o *fumus boni iuris*, por se entender que os motivos causadores da emanção das medidas provisórias “devem ser altamente significativos em termos de premência, para que se configure a necessidade deste ato normativo no exercício da ação executiva” (BALERA, 2009, p. 18-19). Assim, é indispensável a prova da existência daquela situação urgente, cujos motivos devem ter alto grau de importância (relevância) que se vinculem unicamente à realização do interesse público.

Segundo entendimento de Bulos (2016, p. 1.188), deve-se explorar a certeza positiva e a certeza negativa como instrumentos aptos a penetrar a zona de penumbra na qual tais expressões, relevante e urgente, inserem-se.

Assim, elencar as matérias de indubitosa incidência corresponde à certeza positiva, por exemplo, das matérias não vedadas pela Constituição.

Na mesma proporção, está em se identificar a certeza negativa, ou seja, as situações das MPs que ultrapassam os pressupostos de autorização, como o chefe do Executivo dispor sobre matéria que não seja de sua competência ou a qual puder sofrer o processo legislativo normal embora relevante, mas não urgente.

O conceito de relevância, conforme exposto, é mais movediço e difícil de determinar empiricamente, enquanto o pressuposto da urgência possui um significado mais objetivo e inteligível, embora comporte certa margem de indeterminação.

Diante da imprecisão terminológica dos termos, a doutrina pátria tratou de interpretar juridicamente os conceitos de relevância e urgência. Percebe-se, todavia, que o espaço de atuação para quem deverá criar uma MP é gigantesco, pois não estão definidas na Lei Maior quais as situações que poderão ser consideradas urgentes e relevantes, fazendo-se importantíssima a regulação desse instituto.

Assim, relativamente aos conceitos jurídicos indeterminados, os doutrinadores têm apresentado posições divergentes quanto à admissibilidade de sua discricionariedade. Os argumentos conflitantes dividem-se em duas grandes correntes: de um lado, há aqueles que objetivam justificar a relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade com o fim de garantir a liberdade do administrador diante da vagueza conceitual; e de outro, os que fazem uma distinção entre os termos com o fito de buscar vinculação para uma única decisão justa (BULOS, 2016, p. 1.189).

Em certas situações o legislador, ao elaborar suas leis, usa de pouca densidade reguladora, com o objetivo de conceder maior espaço de atuação para a administração pública, o que não significa, necessariamente, maior discricionariedade.

Nesse cenário, para alguns doutrinadores conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade conectam-se na medida em que os textos legais trazem conceitos abertos, vagos e indefinidos, permitindo à administração maior independência na escolha nas decisões de solução do caso concreto.

Conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A discricionariedade é, no conceito de Hely Lopes Meirelles (2017, p. 143), “a liberdade de agir dentro dos limites legais”. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 276) a discricionariedade “ainda pode dizer respeito a uma escolha entre o agir e não agir”, ou seja, também existe discricionariedade quando o administrador público tem a “possibilidade de escolher entre atuar ou não”.

Observando esses conceitos, o chefe do Executivo age com discricionariedade ao editar medidas provisórias, porque possui liberdade na escolha de lançar mão ou não do instrumento, muito embora esteja vinculado aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Isso significa que, apesar da liberdade que lhe é conferida, o chefe do Executivo possui limites que a lei impõe à sua atividade.

A lei, entretanto, define o motivo e a finalidade para editar medidas provisórias, que são a ocorrência dos pressupostos constitucionais, utilizando-se noções vagas e imprecisas, bem como vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, “que deixam à administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa” (DI PIETRO, 2019, p. 278).

Assim, a lei autoriza o chefe do Executivo utilizar o instrumento da MP nos casos de “relevância” e “urgência”, mas sem definir em que consistem os conceitos.

Segundo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 281), nessas situações em que “a lei não estabelece critérios objetivos que permitam interferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa”. Como a lei não é suficientemente capaz de pormenorizar todas as condutas, muito embora busque definir alguns limites para atuação do agente administrativo, a própria lei em algumas situações oferece a esse agente a possibilidade de valoração da conduta.

Eis que se situa o poder discricionário, nos casos em que “pode o agente avaliar a conveniência e oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos” (DI PIETRO, 2019, p. 282).

O poder discricionário é uma prerrogativa conferida ao chefe do poder Executivo para edição de medidas provisórias concretizada no momento em que o ato de editar uma MP é praticado. Hely Lopes Meireles (2017, p. 149), porém, alerta que essa liberdade de escolha “deve se conformar com o fim colimado na lei”, sob pena de “não ser atendido o objetivo público da ação administrativa”.

A discricionariedade é, portanto, a margem de liberdade conferida pela lei ao agente público para que este encontre a solução mais adequada para o caso concreto e exerça suas competências, considerando as variáveis de conveniência e oportunidade. Tal ato, no caso das medidas provisórias, é ainda caracterizado pela existência de conceitos jurídicos indeterminados, os quais arvoram o Executivo, para além do poder discricionário descrito, da competência de apurar a relevância e urgência em dado contexto.

Há, neste sentido, a ocorrência de uma dupla valoração por parte do administrador: 1) interpretar o contexto a fim de avaliar se é caso a justificativa da edição de medidas provisórias, presentes relevância e urgência e, 2) sendo este o caso, exercer a faculdade de editá-las, nos termos da Constituição.

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões fluidas, imprecisas, contidas em normas jurídicas que necessitam de interpretação e avaliação para alcançar a seu exato conteúdo e sentido (MEIRELLES, 2017, p. 144-145). A definição dos conceitos jurídicos indeterminados é quase unânime entre os autores. Por esse motivo, utiliza-se a definição apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual:

A expressão conceitos jurídicos indeterminados, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do Direito (2019, p. 97).

Os conceitos jurídicos determinados, como o próprio nome sugere, são conceitos mais objetivos e cujo conteúdo, senão inequívoco, pode ser facilmente definido e estabelecido pela própria experiência comum ou por meio de recursos científicos (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 184).

Os conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário, carecem de precisão e exigem uma atividade interpretativa para apuração da sua expressão e alcance. Partindo-se para a análise dos requisitos de relevância e urgência, constatar-se-á que são conceitos jurídicos com significados abertos e possibilidade de múltiplas interpretações, posto que os limites desses conceitos não foram traçados com exatidão pela lei, ficando a cargo do aplicador a sua determinação e complementação de acordo com o caso concreto. Embora pressupostos constitucionais das medidas provisórias sejam indeterminados, uma vez que possuem um “campo amplo de significação necessitando de uma atividade interpretativa para se obter o seu real sentido” (TOURINHO, 2008, p. 2), está o chefe do Executivo autorizado a, no que lhe couber, utilizar de seu poder discricionário, conforme a conveniência e oportunidade requeridas pela situação, para editar tal ato normativo.

Em verdade, a grande dificuldade em admitir a relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados aloja-se na possibilidade ou não de análise pelo Judiciário dos atos administrativos discricionários. Faz-se, então, oportuno destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela imperiosa necessidade de haver o controle jurisdicional da discricionariedade dos atos emanados do poder público.

O STF tem se posicionado no sentido de que não se exime o poder Judiciário de analisar se a solução adotada pelo administrador público é a mais adequada para o caso concreto em caso de existência de conceitos jurídicos indeterminados, ainda que possa conferir algum grau de discricionariedade (ADI 162/DF, RTJ 145/101, RTJ 165/174).

A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). - *Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão*

sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes (STF, ADI-MC 2213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/04/2002) (grifo nosso).

Percebe-se, primeiramente, que o vínculo entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, não sendo o caso de motivo relevante e urgente a ensejar a edição de MP, também não será a hipótese de ato conveniente e oportuno a sua criação.

Com relação ao ato discricionário, contudo, o poder Judiciário poderá contemplar aspectos concernentes à legalidade e verificar se a administração pública não ultrapassou os limites da discricionariedade.

Assim, sempre que o ato administrativo discricionário ofender os limites “estabelecidos ao juízo de conveniência (objeto) e oportunidade (motivo), principalmente os princípios que regem a atividade administrativa, desvirtuando a finalidade prevista na norma ou utilizando-se de meio inadequado para sua consecução deverá ser controlado pelo Judiciário” (TOURINHO, 2008, p. 4).

No caso das medidas provisórias, o chefe do Executivo tem discricionariedade tanto na edição de MP quanto na análise dos pressupostos de relevância e urgência, no sentido de decidir se há ou não a ocorrência dos pressupostos naquele caso concreto.

Para ambas as situações exige-se uma interpretação dos fatos, em que um é consequência do outro. Como há fluidez nos conceitos (o que são), haverá margem na determinação da ocorrência destes (se é o caso de).

Diante de conceitos vagos e imprecisos, torna-se mais difícil exigir da administração pública a melhor resposta para determinada situação que não possui parâmetro objetivo fixado. Discricionariedade não significa arbitrariedade: implica agir com liberdade de opção, decisão e ação, mas dentro de parâmetros jurídicos.

De qualquer maneira, posteriormente, o poder Legislativo avaliará o cumprimento desses pressupostos e deverá conferir se a administração se manteve no campo significativo da aplicação da regra ou não. Esse controle é possível, porque as escolhas da administração não são inteiramente livres.

O chefe do Executivo, embora tenha certa margem de liberdade para escolher a melhor solução a ser adotada no caso concreto, está limitado ao princípio da legalidade e pela existência de razoabilidade e motivação (DI PIETRO, 2019, p. 227). Não observado esse limite, poderá o poder Legislativo sustar os efeitos da MP irregularmente editada.

Assim, apesar do poder dirigido ao chefe do poder Executivo, ao qual compete, dentro de um juízo de discricionariedade, envolto de um caráter político, exercer o direito de editar MP, esta está sujeita ao controle pelo poder Legislativo, o qual pode e deve apreciar e valorar os requisitos constitucionais indeterminados de relevância e urgência para evitar arbitrariedades, e também pelo poder Judiciário.

Justamente a falta desse controle, sobretudo por parte do poder Legislativo, enseja a proliferação de medidas provisórias sem nenhuma relevância ou urgência, banalizando o instituto primário do âmbito federal.

Levando-se em conta os aspectos trazidos à baila, filia-se este estudo à corrente que entende os conceitos jurídicos indeterminados como, pelo menos neste caso específico, postulados amplamente relacionados com a discricionariedade.

Conceitos jurídicos indeterminados que ensejam ou não discricionariedades, de qualquer forma, submetem-se a controle jurisdicional. Ademais, o poder Legislativo possui amplo poder e responsabilidade no controle sobre a decisão do chefe do poder Executivo em valorar urgência e relevância referentes à edição de medidas provisórias, o que deveria explicitar um eficiente e eficaz sistema de freios e contrapesos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida provisória perfaz-se como instrumento precário e possui lapso temporal definido, o que exige a transformação da MP em lei pelo poder Legislativo no prazo de até 120 dias, sob risco de perder eficácia e ter seus efeitos futuros cessados, se revogada.

Para que o seu conteúdo opere com vigência para além do caráter provisório, é necessário que a MP seja convertida em lei ordinária, ato que somente se completa com a atuação conjunta dos poderes Executivo e Legislativo.

A primeira avaliação da existência dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância para efeito da edição da medida provisória é realizada pelo chefe do poder Executivo. Posteriormente, cabe ao poder Legislativo analisar se a medida editada obedece aos preceitos constitucionais, ou seja, tem a incumbência de julgar se os pressupostos de urgência e relevância foram preenchidos pelo titular do Executivo.

Cabe afirmar, portanto, que na esfera legislativa opera-se uma sobreposição do juízo anteriormente realizado pelo chefe do poder Executivo, em consonância com a dinâmica de cooperação e tripartição dos poderes da República.

Constata-se, no entanto, uma ineficiência no controle das medidas provisórias pelo poder Legislativo. A partir de mera observação do quadro legislativo dos mandatos dos últimos dois chefes do poder Executivo Federal, percebe-se uma desmesurada edição de medidas provisórias, ficando a inconstitucionalidade formal muito clara, tendo em vista o flagrante desrespeito ao artigo 42, parágrafo 1º, porquanto a avaliação quanto à urgência e relevância simplesmente não é realizada; caso contrário, uma grande parte destas medidas provisórias teria sido rejeitada. Relevância e urgência devem ser vislumbradas, a fim de que não se abra margem para MP sem observação dos seus pressupostos.

Diferentemente do que previu a Constituição Federal de 1988, a medida provisória está longe de ser ato excepcional. É notória a necessidade de um conjunto normativo consistente, coerente e, sobretudo, eficaz, com objetivo de obter uma maior racionalização do processo legislativo e pôr fim à utilização casuística das medidas provisórias pelo chefe do Executivo e sua conversão em lei sem critérios pelo poder Legislativo.

Medidas provisórias, portanto, devem ser concatenadas a três requisitos principais: relevância, urgência e excepcionalidade. Firmou-se neste estudo que relevância pode ser entendida como aquilo cuja importância é necessária ao interesse público e a urgência se traduz em uma situação inadiável que exige uma providência imediata, não podendo aguardar o processo legislativo ordinário sem prejudicar excessivamente o que se pretende alcançar. Com relação à urgência, trata-se de satisfação imediata de interesse coletivo que jamais poderia esperar o processo legislativo comum. Quanto à excepcionalidade, destina-se a situações que exijam uma rápida atuação do Estado, casos em que a demora do processo legislativo prejudicaria excessivamente o desígnio social que se pretende.

Apesar da obrigatória dimensão jurídica, o ensejo político prevalece fomentando a conversão em lei de inúmeras medidas provisórias com a chancela do Congresso Nacional, em âmbito federal, e de várias Assembleias Legislativas, em âmbito estadual.

O presidente da República deve, portanto, editar medidas provisórias apenas em situações emergenciais para suprir necessidade inadiável ou evitar grave dano ao país. Esse ato normativo, como lamentavelmente vem sendo, nunca deve ser utilizado como regra no processo legislativo.

Atribui-se, assim, ao Congresso Nacional, no pleno exercício de suas funções e missões constitucionais, rejeitar MP sempre que não seja considerada relevante ou urgente por aquele poder, exercendo-se o controle político e jurídico em relação à MP e devendo rejeitá-la quando ferir a Carta Política ou quando reputada MP mostrar-se inoportuna ou inconveniente.

Finalmente, cabe ao poder Judiciário suspender a vigência de uma MP ao declarar a inconstitucionalidade desta sempre que, uma vez provocado, constatar a inobservância de requisitos constitucionais que justificam a sua edição.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, pelo que deve obediência à Constituição de 1988. Para que as medidas provisórias sejam realmente exceção legiferante, cabe não só ao Congresso Nacional e ao poder Judiciário proceder para desativar uma MP, mas também cabe à sociedade brasileira, no exercício de seus direitos civis e políticos, exercerem controle sobre a atuação governamental, especialmente em relação à edição de medidas provisórias, porque o destinatário final das implicações e efeitos diretos e indiretos de uma MP, portanto, é o povo brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

BALERA, Felipe Penteado. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 14, jul./dez. 2009. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-025Artigo_Felipe_Penteado_Balera_\(Medida_Provisoria\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-025Artigo_Felipe_Penteado_Balera_(Medida_Provisoria).pdf). Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Secretaria de Comunicação Social. *Manual de redação*: Agência Senado, Jornal do Senado. Brasília: Senado Federal, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PORTAL DA LEGISLAÇÃO GOVERNO FEDERAL, 2015. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 22 fev. 2019.